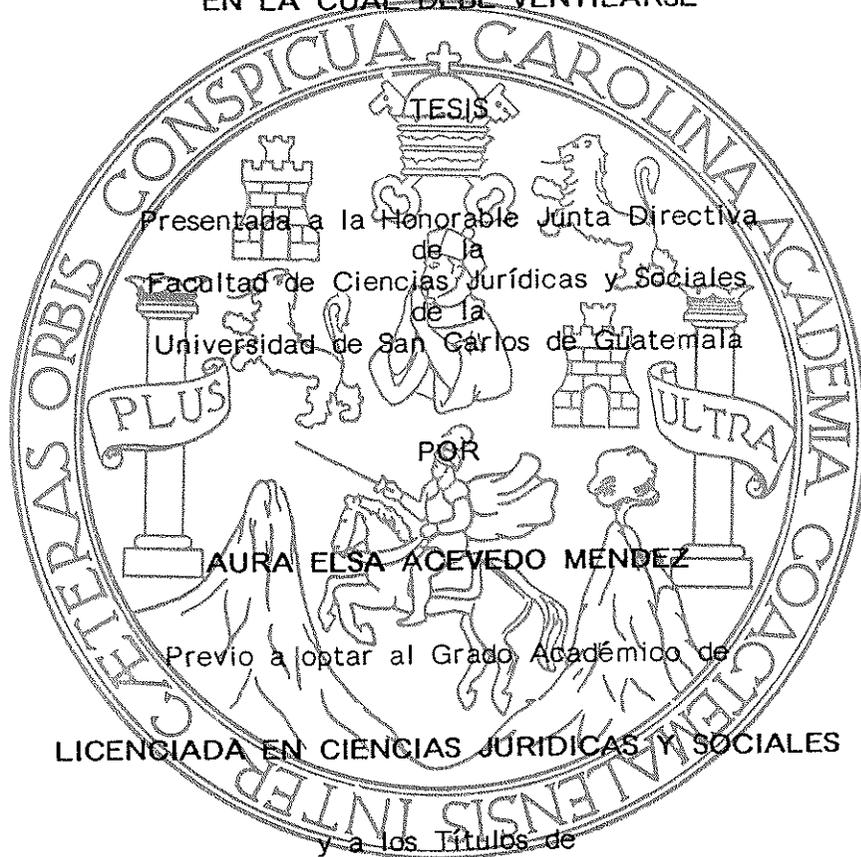


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

CAUSALES QUE MOTIVAN AL JUICIO
DE GUARDA Y CUSTODIA Y LA VIA JUDICIAL
EN LA CUAL DEBE VENTILARSE



ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Julio de 1995

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

34
(3078)
C Y

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Edgar Orlando Najarro Vásquez
VOCAL V	Br. Carlos Leonel Rodríguez Flores
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

DECANO	
(en funciones)	Lic. José Arturo Sierra González
EXAMINADOR	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
EXAMINADOR	Lic. Carlos Urbina Mejía
EXAMINADOR	Lic. Luis Haroldo Ramírez Urbina
SECRETARIO	Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo

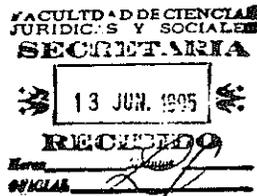
NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



1911-95

Escuintla, 13 de Junio de 1995

Señor Decano de la
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Ciudad Universitaria, zona 12
Ciudad.



Señor Decano:

En mi calidad de Asesora de Tesis de la alumna Aura
Elsa Acevedo Méndez, me permito dictaminar de la manera
siguiente:

La alumna Aura Elsa Acevedo Méndez, presentó como
punto de tesis "CAUSALES QUE MOTIVAN AL JUICIO DE
GUARDA Y CUSTODIA Y LA VIA JUDICIAL EN LA CUAL DEBE
VENTILARSE".

Fué revisado el plan de Tesis, así como el trabajo
desarrollado, habiéndole hecho las correcciones
requeridas.

Considero que el trabajo a que se hace referencia
llena los requisitos reglamentarios para que, salvo
mejor criterio del Señor Revisor de Tesis, sea
discutido en el correspondiente Examen Público de la
alumna Acevedo Méndez.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme del Señor
Decano, con las muestras de mi consideración y respeto

Aura Delfina Palata Lopez
ABOGADA Y NOTARIA

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamericano



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala,
trece de junio de mil novecientos noventa y cinco. - - - - -

Pase atentamente al Licenciado JOSE LUIS AGUILAR MENDEZ, para que pro-
ceda a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller AURA ELSA ACEVEDO
MENDEZ y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.

[Handwritten signature]



amch.

[Large handwritten signature]



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Calle Universidad, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



213

Guatemala, 3 de julio de 1995

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA
HORA OFICIAL

Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Decano de la Fac. de CC. JJ. y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que por resolución emanada de esa Decanatura, se me designó como Revisor de Tesis de la Bachiller AURA ELSA ACEVEDO MENDEZ, quien elaboró el trabajo intitulado: "CAUSALES QUE MOTIVAN AL JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA Y LA VIA JUDICIAL EN LA CUAL DEBE TENDIARSE".

El trabajo de tesis presentado por la Bachiller ACEVEDO MENDEZ, se encuentra a mi juicio bien concebido y toca aspectos bastante interesantes, tales como los conceptos y diferencias entre lo que debe entenderse Guarda y Custodia, el ejercicio de las mismas, las causales que motivan este tipo de juicio, para llegar a conclusiones valederas.

En consecuencia el suscrito comparte los conceptos vertidos por la Asesora de Tesis en el sentido de que el trabajo en mención cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento respectivo.

En tal virtud, emito DICTAMEN FAVORABLE para que el trabajo en mención pueda ser discutido en el examen público de tesis, previo a la obtención del grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos Profesionales de Abogada y Notaria.

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano deferentemente,

"DID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Juan Francisco Flores Juárez
ABOGADO Y NOTARIO

JLAM/amch
c.c. archivo

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Cadastral Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, julio cinco, de mil novecientos noventaicinco.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis de la Bachiller AURA ELSA
ACEVEDO MENDEZ intitulado "CAUSALES QUE MOTIVAN AL JUICIO
DE GUARDA Y CUSTODIA Y LA VIA JUDICIAL EN LA CUAL DEBE
VENTILARSE". Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Téc
nico Profesional y Público de Tesis. -----

[Handwritten signature] x *[Handwritten signature]*



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

ACTO QUE DEDICO

- A: Dios Todopoderoso, Fuente de:
Amor, Sabiduría y Protección.
- A: Maria Santisima: como madre de Jesus y
madre nuestra.
- A: La Facultad de Ciencias Juridicas y
Sociales de la Universidad de San Carlos
de Guatemala
- A: Mis padres:
Teodoro Acevedo Barillas
Amanda Méndez de Acevedo
- A: Mis hijos:
William Manuel Mijangos Acevedo
Adrian Enrique Mijangos Acevedo
Amanda Elizabeth Mijangos Acevedo
- A: Mis hijas politicas y a mis nietos
- A: Mi familia en general.
-

2.4 Tribunal de Familia	17
2.5 Tribunal de Menores	19
2.6 Ministerio Público	20

CAPITULO III:

VIA JUDICIAL EN QUE SE VENTILA

EL JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA:	21
3.1 Concepto del Juicio Oral	21
3.2 Jurisprudencia de tribunales de Familia	22
3.3 Ejercicio de la Acción de Guarda y Custodia	24
3.4 Prescripción	25
3.5 Etapas del Juicio	25
3.6 Guarda y Custodia	
otorgada provisionalmente por el juez	27
3.7 Informe socio-económico de trabajador social	28

CAPITULO IV:

CAUSALES QUE MOTIVAN AL

JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA:	31
4.1 Concepto, según la doctrina, la ley y la jurisprudencia	31
4.2 Pérdida de la Guarda y Custodia	34

4.3	Suspensión de la Guarda y Custodia	37
4.4	Causales para la suspensión de la Patria Potestad	37
4.5	Causales para la pérdida de la Patria Potestad	38
4.5.1	Por malas costumbres	38
4.5.2	Por delito o falta cometida	38
4.5.3	Por abandono	38
4.5.4	Por pena impuesta	38
4.5.5	Por ausencia declarada judicialmente	38
4.5.6	Por muerte presunta declarada judicialmente	39
	CONCLUSIONES	41
	RECOMENDACIONES	43
	BIBLIOGRAFIA	45

INTRODUCCION

Uno de los objetivos de la Universidad de San Carlos de Guatemala es entregar a nuestra sociedad, profesionales que a través de sus estudios dignifiquen nuestra cultura y el engrandecimiento de nuestra patria.

La facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales nos dá a los estudiantes la valiosa oportunidad de proyectarnos hacia la sociedad guatemalteca y de allí el requisito que nos exige de culminar nuestros estudios con la presentación de un trabajo que refleje nuestras inquietudes y digo que es una oportunidad, pues lejos de considerarlo un requisito académico, es, una función profundamente humana la que en alguna medida estamos colaborando en ese engrandecimiento de nuestra querida Guatemala.

Al escoger como trabajo de tesis de Grado el tema de: CAUSALES QUE PUEDAN MOTIVAR EL JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA, Y LA ACCION JUDICIAL EN LA CUAL DEBE VENTILARSE; lo hice con la intención de contribuir a un mayor esclarecimiento del asunto. Ciertamente es que las cuestiones de familia han motivado abundantes trabajos de tesis, pero ello no agota la temática ni las posibilidades de nuevos enfoques, pues se trata de un universo que guarda un sinnúmero de novedades.

El eje de este trabajo lo constituyen dos fuentes básicas, a saber: a). La legislación guatemalteca; y b). La doctrina que hay sobre este tema principalmente la que trae la EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, redactada por el recordado catedrático y exdecano de la Facultad de

Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Licenciado Federico Ojeda Salazar.

Y es así como en el Primer CAPITULO de éste trabajo trata sobre lo que es en sí lo que es la GUARDA Y CUSTODIA: concepto doctrinarios, diferencias y similitudes entre Patria Potestad Guarda y Custodia, y Tutela. Así como lo que se refiere a las características de dichas instituciones; como también lo que significa el otorgamiento voluntario y judicial de la Guarda y Custodia y la finalidad de dicha institución.

Ahora bien en el CAPITULO SEGUNDO: se refiere al ejercicio de la GUARDA Y CUSTODIA; correspondiendo directamente a los padres y en ausencia de ellos, a los tutores; tratando también sobre lo que es la TUTELA; también se hace referencia a los Tribunales de Familia, Tribunales de Menores y Ministerio Público y el papel que estas instituciones desempeñan en lo que corresponde al ejercicio de Guarda y Custodia.

Así como en el TERCER CAPITULO se trata sobre lo que es la Vía Judicial en que debe ventilarse el Juicio de Guarda y Custodia el cual se lleva a cabo por medio del procedimiento del Juicio Oral regulado en el artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil, haciendo la observación que en ningún inciso se regula lo que es la Patria Potestad; pero en el artículo 8- de la

ley de Tribunales de Familia respalda el procedimiento del Juicio Oral en asuntos relacionados a la Patria Potestad y por ende a la Guarda y Custodia. Y sobre la importancia del informe Socio Económico del Trabajador Social.

Y para concluir el presente trabajo se mencionan las causales que motivan al Juicio de Guarda y Custodia, su concepto, así como lo que se refiere a la pérdida y suspensión de la Patria Postestad; siendo las mismas causales para la Guarda y Custodia.

Cuando elaboré mi plan de trabajo tenía la convicción de que la Guarda y Custodia venía siendo tratada como la cenicienta de las instituciones de nuestra Legislación de Familia.-

Sin embargo, en la medida que avancé en el desarrollo de este trabajo de tesis de grado, me fui convenciendo de que la Guarda y Custodia es el elemento básico de la Patria Potestad, y que ambas no pueden separarse, salvo que se esté en presencia de un caso de extrema gravedad, en el cual la seguridad de un menor o incapacitado, esté en peligro. Entonces el Juez podrá confiar provisionalmente la Guarda y Custodia a una tercera persona, en depósito y como medida cautelar.-

Esta observación explica el rumbo tomado por el desarrollo del presente trabajo.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

CAPITULO I
GUARDA Y CUSTODIA

I-1. CONCEPTO DOCTRINARIO: No puede abordarse el estudio de la GUARDA Y CUSTODIA sin hacer referencia con algún detenimiento a la institución denominada PATRIA POTESTAD, puesto que forma parte importante de esta. Podría decirse que es el mejor medio de ejercitar la Patria Postestad, por quienes la tienen sobre quienes no pueden valerse por sí mismos.-

La Patria Potestad es una institución tan antigua como la humanidad misma en tanto que especie biológica. Sin embargo es hasta en el Derecho Romano donde se encuentran las primeras regulaciones escritas de esa institución (1).-

Todo induce a creer que la GUARDA Y CUSTODIA no es una invención humana y menos legislativa, sino una manifestación del instinto de conservación común a las especies biológicas más evolucionadas, una conducta que con el correr del tiempo fué perfeccionada por la sociedad humana,

(1) Cabanelas, Guillermo: DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, pag. 247, edición argentina, 1978, Tomo III.-

Agregándole otras cosas, como la representación legal de los menores y de las personas declaradas en estado de interdicción, y la administración de los bienes si lo hubiera; se podría decir: es la función por excelencia de padre y la madre o en su defecto de un tercero, de ejecutar directamente las actividades necesarias para el mejor desarrollo: físico, psíquico, intelectual, y moral de los menores.

Antes de entrar de lleno al tema de la GUARDA Y CUSTODIA se desea transcribir la definición de Patria Potestad que nos brinda el recordado catedrático de Derecho Civil y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Licenciado Federico Ojeda Salazar respecto a la Patria Potestad (porque será de utilidad en el desarrollo del presente trabajo): " DE LA PATRIA POTESTAD. Este es el capítulo que contiene disposiciones especiales para la protección de los menores

El concepto de Patria Potestad responde a las necesidades de asistencia y educación de los hijos que los padres están en la obligación de atender. . . "(2)

I-2. LA GUARDA Y CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD.

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES: Con suma facilidad puede incurrirse en el equívoco de creer que son instituciones muy diferentes y hasta excluyentes entre sí. Sin embargo, una (la Patria Potestad) es el género y la otra (la Guarda y Custodia) es la especie, podría decirse pues la Guarda y Custodia es uno de los medios para ejercer la Patria Potestad, para hacerla efectiva. El equívoco podría originarse en la circunstancia de que la Patria Potestad implica también la representación legal de los menores y los incapaces, lo que lleva a muchos a creer que se limita a eso.-

Lo cierto es que la Patria Potestad encierra:

- 1) La Guarda Y Custodia
- 2) La representación legal
- 3) La administración de los bienes si los tuvieran

(2) Ojeda Salazar, Federico. EXPOSICION DE MOTIVOS, Código Civil
pag. 56 Guatemala 1966

I-3. LA GUARDA Y CUSTODIA Y LA TUTELA

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES: Como ocurre con la Patria Potestad, la Guarda y Custodia, y la Tutela, no son instituciones excluyentes, sino más bien complementarias.

En efecto, tratándose de menores de edad y de personas declaradas en estado de interdicción, el meollo de la Tutela radica precisamente en la Guarda y custodia, porque, en última instancia, las demás medidas que acarrea la Tutela (como decir la representación legal y la administración de los bienes de la persona sujeta a la Tutela) son más bien de complemento, de refuerzo.

Es decir, que las medidas con que cuenta la Patria Potestad, también las tiene la Tutela (3). La diferencia entre una y otra, radica en que la Tutela se instituye solamente en AUSENCIA de la Patria Potestad. La doctrina guatemalteca (4) sigue la misma orientación.

Lo ya referido, prácticamente nos coloca ante una conclusión obvia: la Guarda y Custodia es elemento importante, tanto para la Patria Potestad como para la

(3) Artículos 252 y 293 Código Civil

(4) Ojeda Salazar, Federico. Obra citada, pag. 61

Tutela.

I-4 CARACTERISTICAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y LA PATRIA
POTESTAD:

Generalmente se destacan las características de las diversas instituciones previstas por el Derecho, con el solo propósito de facilitar su diferenciación, o mejor aún, de facilitar su comprensión. Esto es muy necesario cuando se trata de instituciones parecidas y del mismo rango.

Ahora bien, y tal como ya lo dejáramos señalado en otra parte de este trabajo, la característica fundamental de la Patria Potestad consiste la protección en todos los órdenes que los padres deben a sus hijos menores de edad o mayores declarados en estado de interdicción (5) y entre las medidas tendientes a esa protección, instituidas por la Ley, se destaca la Guarda y Custodia, pues significa convivir con las personas a cuyo favor está instituida la Patria Potestad, con todo lo que esto implica en materia de alimentación, educación, administración de sus bienes, representación legal y sobre todo, en materia psicológica y afectiva.-

(5) Artículo 252 del Código Civil

Solamente de manera ocasional pueden separarse la Patria Potestad (y también la Tutela, cuando es el caso) y la Guarda y Custodia. Ese es el caso, por ejemplo, del depósito de personas previsto por nuestra Legislación Procesal (6), para prevenir o bien para poner fin a los malos tratos de que esté siendo víctima una persona.-

En tales circunstancias, si el victimario es la misma persona que ejerce la Patria Potestad (o la Tutela) sobre la víctima, puede conferirse provisionalmente la Guarda y Custodia (que en estos casos se denomina depósito de personas) a una tercera persona, en tanto se resuelve en definitiva lo relativo a la Patria Potestad o la Tutela.-

I-5 OTORGAMIENTO VOLUNTARIO Y JUDICIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La Guarda y Custodia se origina de varias maneras. La más frecuente es aquella en la que los padres hacen vida común, ya sea por matrimonio o por unión de hecho, asumen de hecho la Guarda y Custodia de sus hijos, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno o de convenio expreso para el efecto.

Sin embargo, generalmente en casos de divorcio o separación voluntarios, los padres pueden convenir a quién de ellos

(6) Artículos 516 y 517 del Código Procesal Civil y Mercantil

se le confiere la Guarda y Custodia de los hijos habidos en el matrimonio (7), aún menores de edad o mayores declarados en estado de interdicción.-

Finalmente, como ocurre en casos de separación o divorcio de los padres por causal invocada por algunos de ellos, el Juez puede designar a quien de los padres quedan los hijos menores de edad o incapaces (8). Esto es el otorgamiento judicial de la Guarda y Custodia.

1-6 FINALIDAD DE LA GUARDA Y CUSTODIA: La Guarda y Custodia es una medida hasta instintiva, que en definitiva, lo que busca es la protección de los menores de edad o los mayores incapaces, a fin de que puedan subsistir y en el caso de los menores de edad, educarse. Esta medida que se da en la naturaleza, la ha recogido la Ley y la ha perfeccionado, dándole el carácter de asistencia social.

(7) Artículos 163 del Código Civil y 429 insiso 1- del Código Procesal Civil y Mercantil.

(8) Artículo 168 del Código Civil

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

CAPITULO I,I

EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

2.1 CONCEPTO:

La Guarda y Custodia de un menor de edad o de un adulto declarado judicialmente en estado de interdicción, es seguramente la parte medular de la patria potestad, porque se refiere a la protección efectiva de la persona a cuyo favor se instituye, puesto que implica convivir con esa persona, compartiendo penas y alegrías. Esto tiene tal importancia que sella psicológica y físicamente a la persona favorecida, que incide inevitablemente en la formación de su personalidad cuando se trata de menores.

Vistas así las cosas, fácilmente se nota que los otros ingredientes de la patria potestad, que son la representación legal del menor o del declarado legalmente incapaz, y la administración de sus bienes, son medidas de complemento de menor alcance.

Desde luego, se ha tratado de dar solamente en este trabajo, el concepto del ejercicio de la Guarda y Custodia, y no su definición, en atención a la tendencia actual de evitar hasta donde sea posible las definiciones, porque estas son provisionales, sujetas a revisión, a más de que se les

considera muy rígidas desde el punto de vista teórico

2.2 PADRES DE FAMILIA:

Por instinto y por disposición de la ley es a los padres de familia a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad (especialmente la guarda y custodia) de las personas a las que se busca proteger con esta institución legal. Esto es así y lo consagran tanto en la doctrina (9) como en la ley (10), pues una y otra no hacen otra cosa que recoger lo que el instinto de conservación manda y lo mejoran.

Cuando los padres están unidos en matrimonio o unión de hecho, el ejercicio de la patria potestad (lo que incluye la Guarda y Custodia de los hijos menores de edad o los

(9) Puig Peña, F. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, tomo V, pag. 574, Editorial ARANZADI, Pamplona 1979.

Cabanellas, G. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, tomo III. pag. 247, Editorial ELIASTA, S.R. Buenos Aires, Argentina, 1976.

(10) Artículo 252 del Código Civil

declarados en estado de interdicción) corresponde conjuntamente al padre y a la madre. Esta es la situación ideal para la persona favorecida con la Guarda y Custodia, y es lo óptimo cuando padre y madre tienen entre sí una relación armónica, porque los hijos se benefician de una manera incalculable, ya que, por lo general, resultan siendo personas muy equilibradas y predestinadas al éxito. Sin embargo, el ejercicio de la patria potestad ejercida de manera conjunta por ambos padres, tácitamente lo que circunscribe nuestra legislación (11) a la Guarda y Custodia, pues claramente asigna al padre la representación legal de los hijos menores de edad, lo mismo que la administración de sus bienes.-

Si se recuerda que legalmente los elementos de la patria potestad son, en nuestra legislación (12): EL CUIDADO Y SUSTENTO de los hijos menores de edad o incapacitados; su representación legal; y la administración de sus bienes; al reservar al padre las dos últimas instituciones, prácticamente lo único que se maneja de manera conjunta por

(11) Artículo 255 del Código Civil de Guatemala (Decreto-Ley 106)

(12) Artículo 253 y 254 del Código Civil

ambos padres, es la Guarda y Custodia.

Ahora bien, tratándose de una madre soltera, esto es de una dama que solamente ella cuida de sus hijos, bien porque no hace vida común con el padre de sus hijos o bien por haber enviudado, a ella corresponde con exclusividad la patria potestad sobre sus hijos, incluida la Guarda y Custodia de los mismos por supuesto (13).

Estos son tan sólo lineamientos generales, pues en casos que convenga a los intereses de los menores o de los mayores incapacitados (14), un juez puede modificar estas disposiciones (15) confiando a terceras personas la Guarda y Custodia de menores o personas mayores de edad que necesiten protección.

Desde luego, el o los padres que ejerzan la patria potestad, pueden perderla (16) en cuyo caso, nuestra legislación tiene previstas las soluciones a apropiadas, especialmente la designación de un tutor específico.

(13) Artículo 261 del Código Civil

(14) Artículo 262 del Código Civil

(15) Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil

(16) Artículos 268 y 269 del Código Civil

Son varios los casos en los que pueden los padres perder la patria potestad: por disipar los bienes de los menores o los mayores declarados en estado de interdicción, por no saber administrarlos etc. (17); sin embargo, también puede restituirse la patria potestad al padre que la haya perdido, al cambiar las circunstancias favorablemente para ello (18).

2.3 TUTORES: Los menores de edad y los mayores declarados en estado de interdicción, que no cuenten con los beneficios de la patria potestad (19), deberán ser protegidos mediante la institución de la TUTELA, la cual puede ser: testamentaria, legitima, judicial, específica y legal.

2-3-1. TUTELA TESTAMENTARIA: La instituye el padre o la madre sobreviviente, mediante disposición testamentaria, en favor de los hijos sujetos a la patria potestad del Testador. También pueden instituirlos los abuelos en ejercicio de la tutela

(17) Artículos 269 y 274 del Código Civil

(18) Artículo 277 del Código Civil

(19) Artículo 293 del Código Civil

legítima; cualquier persona Testadora que designe como heredero o legatario a alguien que necesite tutela; y por el adoptante en favor de su hijo adoptivo (20).

2-3-2 TUTELA LEGITIMA: Es la que se refiere según el orden indicado en la ley, a falta de tutela testamentaria, por inexistente o ineficaz, esta recae en el orden siguiente:

En el abuelo paterno

En el abuelo materno

En la abuela paterna,

En la abuela materna y

En los hermanos.

En el caso de los hijos procreados fuera del matrimonio serán preferidos los parientes por la línea materna.

Como se vé, la característica básica de la TUTELA LEGITIMA lo constituye el parentesco consanguíneo entre tutor y tutelado (21).

(20) Artículo 297 del Código Civil

(21) Artículo 299 del Código Civil

2-3-3 TUTELA JUDICIAL: Es la que procede de un nombramiento hecho por juez competente, ante la ausencia de la patria potestad en favor de menores o incapacitados, y de Tutela testamentaria en favor de los mismos. (22)
 En el caso de la tutela de los declarados en estado de interdicción la ley fija un régimen un tanto diferente por el listado de los candidatos a ejercerla (23):

El cónyuge

El padre y/o la madre

Los hijos mayores de edad,

y a los abuelos en el orden previsto para la tutela legítima.

2-3-4 TUTELA ESPECIFICA: Es aquella que, ante un conflicto de intereses entre pupilos bajo una misma Tutela un juez competente designa un tutor específico para cada uno de ellos (24).

(22) Artículo 300 del Código Civil

(23) Artículo 301 del Código Civil

(24) Artículo 306 del Código Civil

En estos casos, el juez está obligado a tomar varias medidas antes que sean designados el tutor y el protutor respectivos y tomen posesión de su cargo (25).

2-3-5. TUTELA LEGAL: Es la que ejercen los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, sin necesidad de nombramiento judicial y se ejerce por dichos funcionarios desde que los menores de edad o los incapaces ingresen al establecimiento respectivo.

Los institutos de asistencia pública pueden confiar los menores de edad a personas de reconocida solvencia moral y económica, sin por ello desentenderse de la suerte de estos menores, de tal manera que al informarse fehacientemente de que no están siendo bien atendidos, pueden recogerlos de nuevo (26).

(25) Artículo 307 del Código Civil

(26) Artículos 308 y 309 del Código Civil

La tutela implica la designación de un tutor y un protutor (27).

Las funciones de este último son más bien de fiscalización del funcionamiento adecuado de la tutela (28).

Los cargos de tutor y protutor son públicos y su desempeño es obligatorio (29).

-4. TRIBUNALES DE FAMILIA: Mediante Decreto-Ley número 206, fueron instituidos los tribunales de familia, con jurisdicción privativa para conocer de los asuntos relativos a la familia.

La relacionada ley entró en vigor el uno de Julio de mil novecientos sesenta y cuatro, fecha en la que también empezaron a funcionar los tribunales a que se hace referencia.

Se concretan, por esa ley, los diferentes asuntos que deben ser ventilados en los tribunales de familia (30).

27) Artículo 294 del Código Civil

28) Artículo 305 del Código Civil

29) Artículo 295 del Código Civil

30) Artículo 2o. de la Ley de Tribunales de Familia

Estos son:

alimentos,
paternidad y filiación,
unión de hecho,
patria potestad,
tutela,
adopción,
protección de las personas,
reconocimiento de preñez y parto,
divorcio,
nulidad del matrimonio,
Cese de la unión de hecho,
y patrimonio familiar.

Si bien al dirimirse los asuntos de familia se ha aplicado de los Códigos Civil y Procesal Civil Mercantil, el legislador, sin embargo, quiso prevenir esta jurisdicción privativa de los escollos del formalismo, tan comunes en el ramo civil. Para ello, se estipuló en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, el uso de facultades discrecionales por el juez para la protección de la parte débil en las relaciones de familia.-

Además, en el artículo 10 de la ley de Tribunales de

Familia, se fijó a esta clase de tribunales, la obligación de impulsar de oficio el trámite de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Para facilidad de los usuarios radicados fuera de la Ciudad de Guatemala, se encomienda el conocimiento de los casos de familia a los jueces de primera instancia departamentales (31) designados por la Corte Suprema de Justicia.

En fin, puede asegurarse que en la República de Guatemala hay suficiente cobertura legal para la protección de la familia.

2-5. TRIBUNALES DE MENORES: Están instituidos específicamente para la protección de los menores de edad, especialmente de aquellos desamparados por completo. Estos tribunales actúan con total prescindencia de los formalismos y actuando de oficio.

Generalmente se prescinde también de la intervención de asesores, pues a estos asuntos se les quiere evitar toda connotación de litigio.

(31) Artículo 6o. de La Ley de tribunales de Familia.

2-6. EL MINISTERIO PUBLICO: Es la institución del Estado, a través de la cual, se ejerce por este, alguna política de protección y mas que todo, alguna vigilancia legal para que no sufran menoscabo los intereses de los menores.

El Ministerio Público tiene la obligación de intervenir en todos los expedientes judiciales que se refieran a menores de edad, incapaces y ausentes (32).

(32) Artículo 403, inciso 2o. del Código Procesal Civil y Mercantil

CAPITULO III.

VIA JUDICIAL EN QUE SE VENTILA EL JUCIO DE GUARDA Y CUSTODIA

3-1. CONCEPTO DE JUICIO ORAL: Desde la Conquista ibérica del territorio guatemalteco, consumada el 21 de febrero de 1524, se trasladó al país la costumbre de documentar los procedimientos tendientes a la aplicación de la ley a los casos concretos.

Sin embargo, con el correr de los tiempos los juristas repararon en que el juicio escrito es siempre engorroso y propenso al embrollo burocrático, especialmente al excesivo formalismo.

Contra esto y en un afán de agilizar un tanto los trámites tribunalcios, ha venido surgiendo la tendencia al juicio oral, supuestamente mas ágil. Una de las primeras manifestaciones de la tendencia hacia la oralidad de los procesos, la encontramos en la legislación laboral (31). La mas reciente expresión de la tendencia a la oralidad del proceso en Guatemala, la tenemos en el nuevo Código Procesal Penal de la República (32).

Al juicio oral se le atribuyen bastantes méritos: mas rapidez, mayor apego a la realidad de los hechos controvertidos, etcétera.

(31) Artículo 335 del Código de trabajo.

(32) Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

Sin embargo, es de hacer notar que, hasta el presente, en la República de Guatemala, aún los procesos orales tienen algunos aspectos documentados, como decir la declaración de testigos que se hace constar en acta, los fallos (y en general todas las resoluciones judiciales), las notificaciones.

La principal diferencia entre el juicio ordinario civil (o de familia) y el juicio oral del mismo ramo, radica en que el juicio oral recibe más impulso de oficio y por lo tanto, hace menos necesarias las gestiones mediante solicitudes escritas.

- 3-2. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES DE FAMILIA: En general, el sistema legal del país es poco receptivo a la jurisprudencia como fuente del Derecho. Aún así, ocupa un lugar más destacado que la costumbre (33), pues se le considera como complemento de la ley.

La jurisprudencia, que no es otra cosa que la reiteración de los fallos judiciales en un mismo sentido, puede contribuir a la adecuada exégesis de las normas legales, o por el contrario, dar origen a un vicio, esto es, a un

(33) Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial.

procedimiento diferente al previsto por la ley.

Por cierto, en materia de familia creo encontrar un procedimiento equivocado, que se viene reiterando desde la famosa circular No. 42/AH de la Secretaria de la Corte Suprema de Justicia, que es un instructivo para los tribunales de familia. En este instructivo se ordena a los jueces de familia tener en cuenta que los litigios referentes a la Patria Potestad deben ventilarse en juicio oral, al igual que los de alimentos.

Sin embargo, el trámite para cuestiones de alimentos y el de los referentes a la patria potestad, son diferentes, pues en cuanto a alimentos el inciso 3o. del artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil taxativamente fija su trámite en proceso oral, en tanto que no dice absolutamente nada ese artículo de ley sobre cuestiones de la patria potestad.

En tales circunstancias, debe acatarse lo dispuesto por el artículo 96 de Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a que deben tramitarse en juicio Ordinario las contiendas que no tengan trámite especialmente fijado por la ley.

En esto estoy en completo acuerdo con la opinión de los

procesalistas guatemaltecos Mario Aguirre Godoy y Carlos Enrique Peralta Méndez (34), quienes sostienen el carácter equivocado del instructivo en cuanto a la vía para la tramitación de las controversias relativas a la Patria Potestad; que para ellos también es la vía ordinaria.

Pero la reiteración del equívoco ha sentado una extraña Jurisprudencia sobre estos asuntos.

3-3 EL EJERCICIO DE LA ACCION DE GUARDA Y CUSTODIA: En casos en los que se constate que un menor de edad o una persona mayor de edad, pero declarada en estado de interdicción, necesita de la protección de la institución de la guarda y custodia (como ya señalamos, el elemento esencial o principal de la patria potestad), debe promoverse la acción correspondiente ante un tribunal de familia.

Ahora bien a quienes corresponde el ejercicio de tal demanda, es al padre que no esté en ejercicio de la guarda y custodia de la persona, al Ministerio Público y ahora a la

(34) Gaceta de los Tribunales. Año LXXXIII. Enero Junio 1964
Números del 7 al 12 XVIII-XXI

Procuraduría de los Derechos Humanos (35).

3-4 PRESCRIPCIÓN: Los derechos y las obligaciones referentes a la patria potestad (y por ende, a la guarda y custodia) no prescriben y, por supuesto, tampoco caduca la acción para su ejercicio, dada la naturaleza de los hechos que corresponden.

Esto es así, y por ello, cada decisión judicial referente a la patria potestad, tiene un relativo carácter provisional, como también ocurre con el monto de las pensiones alimenticias.

3-5 ETAPAS DEL JUICIO: Como todo juicio oral, el referente a la patria potestad empieza con un memorial de demanda (o primera solicitud), el cual, si es considerado correcto por el tribunal, provoca la fijación de una audiencia para que las partes comparezcan a juicio, con sus respectivas pruebas.

En la misma resolución se apercibe a las partes de que el juicio proseguirá su trámite en rebeldía de quien no

(35) Artículos 403 del Código Procesal Civil y Mercantil, 48 del mismo cuerpo legal y 275 inciso f) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

comparezca sin justificación alguna (36).

En esa audiencia puede el demandado CONTESTAR LA DEMANDA interponer LA RECONVENCION, si hubiere base para ello, as como interponer excepciones.

Previamente al inicio de la primera audiencia, el juez procurará conciliar a las partes (37), pues se considera con mentalidad pragmática, que es mejor conciliar qu protagonizar un largo litigio; y así procurando u avenimiento entre ambas partes, y si de la plátic conciliatoria resulta que se ponen de acuerdo, se levanta acta del mismo y a continuación se dicta la resolución aprobando el convenio.

Excepcionalmente se fijará una segunda audiencia, en el caso de que por razones inimputables a las partes, no fuera posible recibir todas las pruebas en la primera audiencia. Tres días después de la última audiencia, el juez dictará sentencia.

(36) Artículo 202 del Código Procesal Civil y Mercantil

(37) Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil

3-6 LA GUARDA Y CUSTODIA OTORGADA PROVISIONALMENTE POR EL

JUEZ: En casos en los que se nota el riesgo en que corren los menores de edad al momento de producirse el divorcio entre sus padres, por ejemplo, el juez tiene la facultad y la obligación de decidir, con carácter provisional, en poder de quien quedan los hijos menores de edad o incapaces (38), mientras en sentencia se decide definitivamente a cual de los padres se confía la guarda y custodia.

En general, la ley dispone que todos los hijos menores de diez años de edad quedan en poder de la madre, en tanto que los varones que pasan esa edad, quedan en poder del padre y las mujeres quedan al cuidado de la madre; fijado por el artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil. En todo caso, el juez está en la obligación de velar porque los hijos queden a cargo del padre que mejor los trate (39). En uso de esta atribución, incluso de oficio, el juez puede tomar decisiones (40) relativas a la seguridad de las personas.

(38) Artículo 427 del Código Procesal civil y Mercantil

(39) Artículo 16B de Código Civil

(40) Artículo 516 del Código Procesal Civil y Mercantil

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

En casos de extrema urgencia, hasta los jueces menores pueden tomar medidas para la seguridad de las personas, con carácter de medidas cautelares.

Estas medidas cautelares tendientes a garantizar la seguridad de las personas, no se limitan a menores de edad o a incapaces, pues en general propenden a proteger de malos tratos y cualesquiera otros riesgos, a cualquier persona que necesite ser protegida, para lo cual el juez puede decretar el traslado de la persona amenazada por estas contingencias, a la casa de un depositario específicamente designado para el caso (41).

El traslado y el consiguiente depósito, puede recaer en una institución de beneficencia.

3-7 INFORME SOCIO-ECONOMICO DE TRABAJADOR SOCIAL: A fin de hacer las decisiones de los jueces de familia, lo mas eficientes y realistas que se pueda, la LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA incorporó al personal de los tribunales de ese ramo, un cuerpo de trabajadores sociales (42) que, con aplicación

(41) Artículos 516 y 517 del Código Procesal Civil y Mercantil

(42) Artículo 7o. de la Ley de Tribunales de Familia

MANUEL DE...
SECRETARÍA DE...
19...
SECRETARÍA DE...
19...

de las técnicas de su profesión, hagan la investigación del caso controvertido.

Este es un intento de liberar de formalismos las decisiones de los tribunales de familia, pues el legislador respectivo debe haber llegado a la conclusión de que sin la colaboración del trabajo social, las resoluciones en materia de familia difícilmente cumplirían su cometido. Podría decirse que el auxilio que brinda el trabajo social en los litigios de familia, es un primer intento de modernizar el sistema legal del país.

CAPITULO IV
CAUSALES QUE MOTIVAN EL
JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA.

4-1º CONCEPTO, SEGUN LA DOCTRINA, LA LEY Y LA JURISPRUCENCIA.

Debido a que la persona humana es tan frágil en sus primeros años de vida, necesitan de la protección de sus padres y, en general, del resto de la sociedad. Además, la humanidad es la única especie que dedica una parte muy grande del tiempo de duración de su vida al aprendizaje, que se le atiende a través de la educación, escolar y extraescolar.

La primera institución social con que la sociedad empieza a dar cobertura a estos requerimientos, es la familia, destacándose para ese efecto a los padres, a quienes por naturaleza corresponde la guarda y custodia de sus hijos que todavía no pueden valerse por si mismos.

Ahora bien, suele ocurrir y no con poca frecuencia, que los padres no cumplan a satisfacción de la sociedad con el cometido de atender, alimentar y educar a sus hijos y además de eso, los padres por sus malas costumbres, sean un riesgo para sus pequeños hijos, por lo que la ley enumera los motivos (también llamados CAUSALES), para despojar a los

padres (o a los tutores) de la guarda y custodia de los menores de edad o incapaces.

Estas causales para la pérdida o suspensión de la guarda y custodia de los menores de edad o incapaces, es la materia de este capítulo.

En casos en que los hijos no tengan la protección de sus padres, esta protección se la darán los tutores (designados en la forma que ya dijimos), quienes tendrán la patria potestad sobre ellos, y cuando no cumplan fielmente con su cometido, pueden también perder la guarda y custodia, mediante las causales que señalaremos en este capítulo.

La guarda y custodia de las personas que necesitan este tipo de asistencia, es de tal trascendencia, que puede resultar una medida afortunada o desdichada para el menor o incapaz a cuyo favor se instituya dependiendo de la calidad humana del depositario.

Es decir, la medida es de gran relevancia en la vida de la persona a la que se pretende proteger con ella, por lo que los jueces, decretan la separación del menor o incapaz del lado de quien ejerza la patria potestad, únicamente en casos de extrema gravedad, en casos en que así lo aconseje la seguridad del menor o el incapaz.

Por su importancia, el tema ha sido tratado abundantemente por tratadistas, legisladores y jueces, quienes coinciden en el carácter destacado de la guarda y custodia. En realidad, doctrina, ley y jurisprudencia, por partir de los mismos principios de protección de la familia, se auxilian, y como no podía ser de otra manera, destacan que, dentro de la patria potestad, la guarda y custodia es el elemento más importante. Veamos estas coincidencias:

a) la doctrina no se ocupa con mucho detenimiento del tema de la guarda y custodia, porque lo incluye en el de la patria potestad, en el cual, los mayores comentarios hacen referencia, empero, al elemento guarda y custodia; lo que se debe a que, como hemos venido destacando, la patria potestad sin la guarda y custodia casi desaparece; (43).

b) Nuestro Código Civil sigue parecidos lineamientos, pues al fin y al cabo se nutre de la fuente doctrinaria ya expuesta, es decir, el pensamiento del Licenciado Ojeda

(43) Federico Ojeda Salazar: EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL, pags. 56, 57, 58, 59 y 60. Guatemala 1966, Imprenta hispania.

Salazar le sirve de referencia, ya que este connotado jurista guatemalteco fué el autor del proyecto de Código Civil que vino a ser Decreto-Ley 106. (44).

Y c) En cuanto a la jurisprudencia atinente a la guarda y custodia, tengo que decir que, mas que jurisprudencia propiamente dicha, al respecto, lo que hay en nuestros tribunales de familia es una unificación de criterios, que es diferente, porque la jurisprudencia es la reiteración de fallos en una misma dirección o sentido, que se vuelve obligatoria esa forma de resolver cuando el tribunal que hace la reiteración es de una cierta jerarquía, generalmente lo es el Tribunal Supremo.

La unificación de criterios de los jueces tiene menos obligatoriedad formal, pero en la práctica, tiene los mismos resultados, pues generalmente se toma en reuniones de jueces de un mismo ramo, bajo los auspicios de la Corte Suprema de Justicia.

4-2 PERDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA. La guarda y custodia (y en general, la patria potestad) es algo que se instituye, no

(44) Artículos del 252 al 277 del Código Civil.

como un derecho de los padres sobre los hijos, sino, por el contrario, como un derecho de los hijos menores de edad y/o incapaces, para brindarles protección, en tanto puedan valerse por sí mismos.

Por lo tanto, quien ejerza la guarda y custodia, puede perderla en circunstancias que así lo recomiendan los intereses de los menores o mayores declarados en estado de interdicción. Recordemos que los jueces tienen la obligación de velar por que los intereses de los hijos menores de edad o incapaces (45), estén siempre asegurados.

Si el padre o la madre (o ambos) que ejerce la patria potestad (y con ella la guarda y custodia) no se desempeña con apego a los mejores intereses de los hijos, la patria potestad puede perderse por quien la tenga.

Las causales para la pérdida de la patria potestad (que son las mismas para la pérdida de la guarda y custodia), las enumera la ley (46) y son las siguientes:

" POR LAS COSTUMBRES DEPRAVADAS O ESCANDALOSAS de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono

(45) Artículo 262 del Código Civil.

(46) Artículo 274 del Código Civil.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

de sus deberes familiares". Es decir, se busca por la ley un buen ambiente familiar para los menores y mayores declarados en estado de interdicción.

" POR DEDICAR A LOS HIJOS A LA MENDICIDAD, O DARLES, CONSEJOS, INSINUANTES Y EJEMPLOS CORRUPTORES", lo cual trata de prevenirse en la ley instituyendo esta causal para la pérdida de la guarda y custodia.

" POR DELITO COMETIDO POR UNO DE LOS PADRES CONTRA EL OTRO, O CONTRA LA PERSONA DE ALGUNO DE SUS HIJOS", pues no puede abandonarse a un menor al lado de alguien que es un peligro social.

"POR LA EXPOSICION O ABANDONO QUE EL PADRE O LA MADRE HICIEREN DE SUS HIJOS, PARA EL QUE LOS HAYA EXPUESTO O ABANDONADO", ya que tampoco puede seguir un menor o un incapaz al lado de un irresponsable.

Y " POR HABER SIDO CONDENADO DOS O MAS VECES POR DELITO DEL ORDEN COMUN, SI LA PENA EXCEDIERE DE TRES ANOS DE PRISION POR CADA DELITO".

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona, tal como lo manda el último párrafo del artículo 274 del Código Civil.

4-3 SUSPENSION DE LA GUARDA Y CUSTODIA: Sin embargo, la falta de la calificación de quién ejerza la patria potestad (y, por supuesto, la guarda y custodia), para seguir en su cargo, puede dar lugar solamente a la suspensión, a la vista de causales menos graves, que no por eso deben pasar desapercibidas, sobre todo para los familiares del menor y/o el incapaz y para los jueces de familia y de menores.

4-4 CAUSALES PARA LA SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD: Que son las mismas para la Guarda y Custodia procede a la vista de las siguientes causales previstas por la ley (47):

" POR AUSENCIA DEL QUE LA EJERCE, DECLARADA JUDICIALMENTE", lo que es obvio, pues no puede confiarse la guarda y custodia a alguien que no está.

" POR INTERDICCION ", Aquellas personas que adolecen de enfermedad mental o por abuso de bebidas alcohólicas se les declara judicialmente en estado de interdicción, a ellas no se les puede otorgar la Guarda y Custodia de menores.

" POR EBRIEDAD CONSUECUDINARIA", A una persona alcohólica tampoco se le puede confiar la Guarda y Custodia por los peligros a que el menor estaría expuesto.

(47) Artículo 273 del Código Civil.

" POR TENER EL HABITO DEL JUEGO O POR EL USÓ INDEBIDO
CONSTANTE DE DROGAS ESTUPEFACIENTES", otra causal que r
necesita mayor explicación.

4 5 CAUSALES PARA LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y POR ENI
PARA PERDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA:

4-5-1. POR MALAS COSTUMBRES, pues es evidente que a
seguir viviendo el menor o el incapaz al lado de u
depositario así, irremisiblemente se encausaría por ma
camino.

4-5-2. POR DELITO O FALTA COMETIDA, cuando la pen
exceda de tres años.

4-5-3. POR ABANDONO, ya que una persona que necesit
de la guarda y custodia, no puede seguir siend
confiada a un irresponsable.

4-5-4. POR PENA IMPUESTA, y ya señalamos que tiene qu
ser de por lo menos tres años de prisión.

4-5-5. POR AUSENCIA DECLARADA JUDICIALMENTE, porqu
esto implica que el ausente no ha estado atendiendo a
menor o incapaz cuya guarda y custodia le habia sido
confiada.

4-5-6. POR MUERTE PRESUNTA DECLARADA JUDICIALMENTE, porque significa que, mucho tiempo el menor o incapaz no ha estado siendo atendido por el presuntamente muerto, como es evidente.

4-5-7. POR EBRIEDAD O TOXICACION, pues no puede permitirse que el menor o incapaz, siga corriendo graves riesgos al lado de una persona entregada al vicio.

4-5-8. POR HABITO AL JUEGO, pues esto significa que no está garantizada la guarda y custodia respectiva.

Sin embargo, la ley tiene previsto que, al cambiar las circunstancias, puede RESTABLECERSE LA GUARDA Y CUSTODIA, en quien la habia ejercido, pero que la perdió o fue suspendida en ella (48).

Sin embargo, la guarda y custodia no tienen asignada una atención específica en nuestra legislación y ello se debe a que es el elemento básico de la patria potestad, la cual sin la guarda y custodia, quedaria reducida a solamente la representación legal del menor o incapaz y a -

(48) Artículo 277 del Código Civil.

la administración de sus bienes. De esa cuenta, todo lo referente a la guarda y custodia queda subsumido en el capítulo de la patria potestad.

Pero aún así, no hay que olvidar que la guarda y custodia es lo más relevante de la patria potestad, porque significa la permanencia del menor o el incapaz al lado de un encargado (que puede ser uno o ambos padres, o un tercero) y esto va a sellarlo para el resto de su vida.

FE DE ERRATAS

En la cuarta conclusión, se lee:

Por ejemplo, la patria potestad puede perderse y posteriormente restituirse.

Debe leerse:

- IV. Que la patria potestad, la tutela y por supuesto la guardia y custodia; no pueden considerarse medidas definitivas, pues pueden cambiar y deben cambiar, en cuanto cambien las circunstancias que rodean la vida del menor o incapacitado. Por ejemplo, la patria potestad puede perderse y posteriormente restituirse.

" CONCLUSIONES"

- I. La Guarda y Custodia de menores de edad o mayores declarados en estado de Interdicción, es el elemento más importante dentro de la institución de la Patria Potestad, que suele generar la idea de que se trata de una institución diferente, que merecería separarse de ella en nuestra Legislación Civil y de Familia; sin embargo, en mi opinión, no es necesario llegar a tanta sutileza, pues lo único que hay que cuidar es que se cumpla rigurosamente la Ley en esta materia.

- II. En el caso de existir Matrimonio o Unión de Hecho y los padres estuvieron legalmente separados, ambos tienen la Patria Potestad sobre sus hijos; mientras que la Guarda y Custodia solo la ejerce quien se la haya confiado el juez.

- III. La Guarda y Custodia representa la función por excelencia del Padre y la Madre, pero en su defecto, de un tercero, de llevar a cabo las actividades necesarias, para el mejor desarrollo físicamente, psíquico, intelectual y moral de los menores.

Por ejemplo, la Patria Potestad puede perderse posteriormente restituirse.

- V. En los Juicios que hasta hoy se han tramitado sobre Guarda Custodia se aplican subsidiariamente las normas relativas a la Patria Potestad, fundamentándose esta actitud en que la Guarda y Custodia está inmersa dentro de la misma.

RECOMENDACIONES

- I. Que por vivir el encargado y el menor (o el incapaz) en el hogar, la vida de la persona a cuyo favor opera la Guarda y Custodia queda definitivamente marcada por la influencia del encargado, mucho más de lo que se cree comunmente; por lo que recomiendo que los Tribunales de Familia sean rigurosamente cautelosos en la selección de las personas a quienes se confía la Guarda y Custodia de menores e incapaces.

- II. Considero que una Circular de la Secretaria de La Corte Suprema de Justicia, NO es un respaldo Legal suficiente, para la tramitación de estos Juicios, por lo que Recomiendo que se haga una reforma por adición al artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil, agregando un inciso más dándoles así un respaldo Legal al Juicio de Patria Potestad y por ende al de Guarda y Custodia.

- III. Con respecto a los Jueces de los Tribunales de Familia Recomiendo, que hagan uso frecuente de las facultades discrecionales que les concede el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia.

- IV. Considero Que los Trabajadores Sociales Auxiliares de los

Tribunales de Familia, deben realizar visitas posteriores donde se encuentre el menor o incapaz, para percatarse que la realidad social del que se le otorgó la Guarda y Custodia fué la evidenciada en el Juicio.

BIBLIOGRAFIA :

1. AGUIRRE GODOY, Mario.
Derecho Procesal Civil. Editorial VILE. Avá.
Simeon Cañas 5-31 Zona 2, Reimpresión de la
edición de 1973.
2. AREVALO BERMEJO, Juan José.
La Adolescencia como Evación y Retorno.
Editorial Sudamericano.
Buenos Aires, Argentina 1953.
3. BELTRANENA DE PADILLA, Maria Luisa.
Lecciones de Derecho Civil.
Editorial Académica Centro Americana, Guatemala,
1982.
4. BLUKE DE AYALA, Gloria.
Derecho de Menores
Montevideo, Uruguay 1977
5. BRAÑAS, Alfonso,
Manual de Derecho Civil. Parte I Instituto de
Investigaciones Juridicas y Sociales. Facultad de
Ciencias Juridicas y Sociales. Universidad de San

Carlos de Guatemala.

6. CABANELLAS, Guillermo.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.
Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires Argentina.
1976

7. CASTILLO RIOS, C.

Derecho de Menores. Edit. Asociación Consejo
Nacional de Menores, Perú 1968

8. CHAVEZ ASENCIO, M.F.

La Familia en el Derecho
Editorial Porrúa S.A., México 1990

9. MENDIZABAL OSES, Luis.

Derecho de Menores, Teoría General.
Edición Pirámide. S.A. Madrid, España, 1984

10. OJEDA SALAZAR, Federico.

Exposición de Motivos del Código Civil
Guatemala, 1966

11. OSORIO, Manuel.

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y
Sociales. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires
Argentina.

12. PUIG PEÑA, Federico.

Compendio de Derecho Civil Español. Tomo I. Parte
General.
Segunda Edición. Editorial Arazandi
Pamplona, España 1979.

13. RECASENS SICHES, Luis.

Vida Humana, Sociedad y Derecho
Editorial Porrúa. México, D.F. 1954.

LEGISLACION:

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA,
DECRETADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EL 31 DE
MAYO DE 1985.

CODIGO CIVIL, DECRETO LEY 106

CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107

LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL, DECRETO 2-89, DEL CONGRESO DE
LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

CODIGO DE TRABAJO DECRETO 14-41

LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA, DECRETO LEY NUMERO 206(1)
INSTRUCTIVO PARA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA
SECRETARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CIRCULAR NUMERO 42.