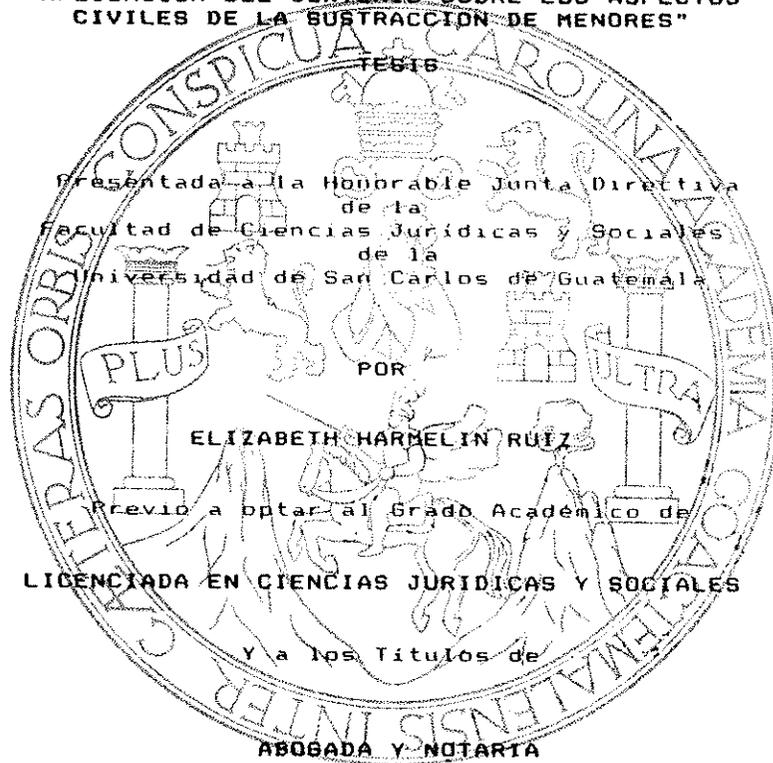


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ANALISIS DE UN CASO CONCRETO SOBRE GUARDA Y CUSTODIA  
DE MENORES, SUS CONSECUENCIAS LEGALES Y POSIBLE  
APLICACION DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS  
CIVILES DE LA "SUSTRACCION DE MENORES"



Guatemala, agosto de 1996.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

3150  
4

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 Roberto Merna Izeppi
VOCAL III	
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. Carlos Rubén García Peláez
EXAMINADOR	Lic. Saulo De León Estrada
EXAMINADOR	Lic. Napoleón Gutiérrez Vargas
EXAMINADOR	Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández
SECRETARIO	Lic. Carlos Manuel Castro Monroy

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).

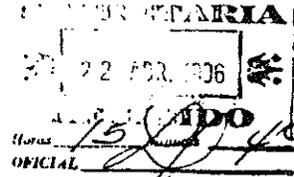
**A RODRIGUEZ DE VILLATORO**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
Edificio Valenzuela 14 Calle 6-12, Zona 1  
Nivel - Oficina 402 - Teléfono: 27-4-58  
Tel. 310088



1030-96

Guatemala, 18 de Abril de 1996. D DE CIENCIAS  
Y SOCIALES

Licenciado  
Juan Francisco Flores Juárez  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales de la Universidad  
de San Carlos de Guatemala



Señor Decano:

Cumpliendo con la providencia de fecha 23 de Noviembre de 1,995 procedí a prestar el asesoramiento en el trabajo de Tesis "ANALISIS DE UN CASO CONCRETO SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, SUS CONSECUENCIAS LEGALES Y POSIBLE APLICACION DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION DE MENORES", de la Bachiller ELIZABETH HARMELIN RUIZ.

Dicho trabajo se realizó bajo mi inmediata dirección y se adecuó el plan así como el título. Además de haberse utilizado las técnicas modernas de investigación.

Lo valioso del presente trabajo es la incorporación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el cual debe de ser ratificado por Guatemala.

La sustentante considera que al aplicarse dicho convenio en Guatemala, se solucionarían problemas que actualmente se afrontan en materia de familia -- respecto a la guarda y custodia de menores.

Por lo que al emitir dictamen el mismo es en sentido FAVORABLE, para que el trabajo pueda ser discutido en Examen Público de Tesis por la sustentante, en su oportunidad.

Se suscribe de usted, su atenta y segura servidora,

Licda. M.A. Hilda Rodríguez de Villatoro



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,  
Guatemala, veintidos de abril de mil novecientos noventa  
y seis.

Atentamente, pase a la Licda. MAURA OFELIA PANIAGUA COR-  
ZANTES para que proceda a Revisar el Trabajo de Tesis de  
la Bachiller ELIZABETH HARMELIN RUIZ y en su oportunidad  
emita el dictamen correspondiente.



alhj.

*[Handwritten signature]*

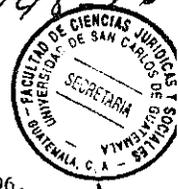
PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central



**Maura Ofelia Paniagua Corzantes**  
**Abogado y Notario**

Oficina: 10a. Avenida 12-42, Zona 1 - Apto. 22 y 23 - Teléfono: 514217 -- Guatemala, Guatemala, C. A.

1948 96



Guatemala, 18 de julio de 1,996.

*Recibido  
Secretaria  
17/7/96*

SEÑOR DECANO  
LICENCIADO:  
FRANCISCO DE MATA VELA.  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**SECRETARIA**

22 JUL. 1996

RECIBIDO  
Horas *17* Minutos *20*  
OFICIAL *[Signature]*

SEÑOR DECANO:

En cumplimiento de la resolución emitida por ese Decanato procedí a revisar el trabajo de tesis "ANALISIS DE UN CASO CONCRETO SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, SUS CONSECUENCIA LEGALES Y POSIBLE APLICACION DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION DE MENORES" de la bachiller ELIZABETH HARMELIN RUIZ.

El trabajo reviste gran importancia para el derecho de familia por cuanto que se propone modificaciones a la ley, relativas a la Guarda y Custodia.

La autora realizó su investigación con mucho profesionalismo y dominio del tema, lo que me permite felicitarla y emitir dictamen FAVORABLE, previa discusión en examen público.

atentamente;

*Ofelia Paniagua Corzantes*  
ABOGADO Y NOTARIO



*[Handwritten signature]*

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, julio veinticuatro, de mil novecientos noventiseis.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la Bachiller ELIZABETH HARMELIN RUIZ intitulado "ANALISIS DE UN CASO CONCRETO SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, SUS CONSECUENCIAS LEGALES Y POSIBLE APLICACION DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION DE MENORES". Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico-Profesional y Público de Tesis. -----

ahg.-



*"LA JUSTICIA ES EL UNICO AMIGO QUE  
ACOMPAÑARA AL HOMBRE DESPUES DE SU  
MUERTE".*

*LEYES DE MANU  
(8.17)*

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

CAPITULO TERCERO

A. ANALISIS DE UN CASO CONCRETO DE GUARDA Y CUSTODIA  
DE MENORES ..... 35

CAPITULO CUARTO

PROYECTO DE MODIFICACION A LA LEGISLACION CIVIL..... 56  
CONCLUSIONES ..... 59  
RECOMENDACIONES..... 61  
BIBLIOGRAFIA..... 62

## INTRODUCCION

La situación de violencia, inestabilidad, zosobra y miedo que vive la población guatemalteca, se origina por muchas y variadas causas. Sin embargo si se vuelve la vista al pasado, se puede constatar que la realidad del país era de paz, confianza y seguridad.

El presente trabajo, que tiene como objetivo el ezboso de un proyecto de ley, que llegue a la célula fundamental de la sociedad, persigue no solamente la salud psiquica, mental y física de los menores, si no también una sociedad más sana, menos violenta y problemática.

El sabio filósofo griego, Platón, expresaba claramente la idea anterior diciendo: "El Estado es un ser vivo, que al igual que el Individuo, si una de sus partes no funciona apropiadamente sufrirá de enfermedades y dolencias. Si los individuos de un Estado son seres humanos concientes, sanos y responsables, el resultado será un Estado justo, equilibrado y de progreso."

Si se educa al niño, si se le cuida, protege y sobre todo se le ama, se contribuye al engrandecimiento de una nación, si se actúa de forma contraria, seguramente ese menor al ser un ciudadano será un delincuente.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

Por ello la importancia de la legislación civil en Guatemala, porque contribuye a hacer una sociedad mejor.

Se ha hecho en esta investigación a través de sus capítulos una aproximación de lo que sería una legislación más moderna, más adaptada a las necesidades actuales del Siglo XX.

Siendo la hipótesis que se utilizó la siguiente: ¿Es necesaria la ampliación de la legislación civil en relación a la Guarda y Custodia de Menores, lo que contribuirá a acelerar la asignación de guarda y cuidado de los menores, a uno de los padres, cuando por alguna razón no desean seguir unidos por el vínculo del matrimonio?

Y los objetivos:

- Definir que se entiende por guarda y custodia.
- Establecer los aspectos propios de la Guarda y Custodia de menores.
- Analizar los artículos del Código Civil que regulan la guarda y custodia.
- Establecer los efectos que causa la parca regulación específica de la figura de Guarda y Custodia de Menores, en un caso concreto.
- Establecer los beneficios que tendría, una norma específica de la Guarda y Custodia de Menores en un caso concreto.
- Presentar una propuesta de norma que amplíe la regulación de la Guarda y Custodia de Menores.

En el aspecto de exposición se dividió en cuatro capítulos:

CAPITULO I: A. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PATRIA POTESTAD. LA  
GUARDA Y CUSTODIA

CAPITULO II: A. TRATADO INTERNACIONAL QUE REGULA LA GUARDA Y  
CUSTODIA DE MENORES.

CAPITULO III: A. ANALISIS DE UN CASO DE GUARDA Y CUSTODIA DE  
MENORES.

CAPITULO IV: PROYECTO DE MODIFICACION A LA LEGISLACION CIVIL

## CAPITULO PRIMERO

### A. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PATRIA POTESTAD, LA GUARDA Y CUSTODIA

#### 1. LA PATRIA POTESTAD:

##### a. Definición:

Para definir la figura de Guarda en el Derecho de Familia es necesario acudir antes a la Institución que la contiene la Patria Potestad, por lo que se partirá de ésta última para mayor comprensión.

Patria potestad, viene del latín patrius, a. lo relativo al padre; y potestas, potestad, dominio, autoridad.

Según Guillermo Cabanellas Patria Potestad es: "Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas de sus hijos menores de edad y no emancipados." (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1979: Tomo V, pp. 148 y 149)

Por su parte el jurista guatemalteco Alfonso Brañas señala: "Es una función concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos para la correcta administración de los bienes de éstos". (Manual de Derecho Civil. 1985: Tomo I. Primera Parte p. 267).

Puig Peña define la Patria Potestad así: "Es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos." (Compendio de Derecho Civil Español: 1976, Tomo V p. 250)

Otra definición de esta institución es: "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."

(Marcel Planiol. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. p. 120).

La sustentante la define como: La institución jurídico-social que comprende el conjunto de derechos y obligaciones que los padres tienen en relación a sus menores hijos, para orientarlos y formarlos, como ciudadanos capaces de ocupar un lugar funcional dentro de la sociedad.

**b. Regulación Legal:**

En el Código Civil aparece regulada en los artículos:

"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 legamente 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."

Al observar las diferentes definiciones de los tratadistas citados se puede concluir que la Patria Potestad es un derecho y una obligación otorgada a los padres para cuidar y proteger a sus hijos durante su minoría de edad.

Por lo que la Guarda es una parte incluida dentro de la patria potestad y que por lo mismo se analizará posteriormente.

**LA GUARDA**

**a. Definición:**

**Guarda:** Según la Enciclopedia Jurídica Española, persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa, observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto. (Tomo 17, p. 273).

"La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede por tanto, obligarlo a que habite con él y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. Si alguna persona roba al hijo, o lo detiene contra la voluntad del padre, éste tiene derecho a reclamarlo judicialmente." (Marcel Planiol. 1991: Tomo II. p. 282)

La sustentante considera que la Guarda se constituye por las obligaciones que tienen los padres respecto a sus hijos no emancipados, siendo estas las de alimentarlos, protegerlos defenderlos e instruirlos de acuerdo a su capacidad económica.

**b. Antecedentes Históricos.**

Para el pueblo egipcio, la representación de la familia estaba delegada en el padre, quien a su vez era un representante del Faraón, sacerdote máximo, por ende el

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

padre también se constituía en un sacerdote para su familia dándole una autoridad y poder total sobre todos sus integrantes.

Sin embargo la Guarda de los menores hijos en función de educación y alimentación estaba centrada en la madre, hasta los siete años si eran niños y hasta que contrajeran nupcias si eran niñas.

En Grecia, las madres espartanas tenían a su cargo por disposición del Estado, la educación de los menores sin importar su sexo, en virtud de la concepción de que madre era mejor transmisora de las costumbres y tradiciones que el padre, y por ende mejor educadora.

Pero la figura paterna seguía teniendo toda la autoridad y poder que el Estado le otorgaba.

Esto se constata con la institución de el niño expósito, quien por disposición del pater, al cumplir diez días de nacido era expuesto por su madre ante familiares amigos, si lo tomaba en brazos, entonces esto indicaba que lo reconocía como hijo y le daba un nombre, de no ser así la madre debía dejarlo en la vía pública para que muriera o de tener un poco de suerte fuera adoptado por algún si piadoso.

Generalmente eran expuestos los menores débiles, enfermos o mujeres, por la obligación que tenía el pater de darle una dote al momento de casarse.

En Roma, la guarda de los hijos se concedía a las madres, entendiéndose como la obligación de educarlos y alimentarlos hasta los siete años, luego un pedagogo, un hombre, estaba obligado a conducirlos hasta los lugares donde los menores seguirían su instrucción.

Las niñas seguían bajo la guarda de la madre hasta contraer matrimonio.

También como muestra del poder y autoridad absoluta del padre se daba la institución del niño expósito.

En la Edad Media el padre sigue siendo una figura preponderante en la educación de los hijos, pues hay que recordar que la madre no sólo no tenía ninguna ingerencia en la familia, sino que la mujer era considerada como un ser sin alma, o también como un instrumento del demonio puesto en la tierra para causar tentación a los hombres devotos.

En 1811, en Francia, se estableció el sistema de tornos, aparatos móviles que permitían depositar a los niños en los hospicios sin ser visto. Los tornos empezaron a cerrarse en 1823; pero públicamente se practica la entrega de menores a los hospicios.

Es a grandes rasgos el devenir histórico de la figura de "guarda", que como se deduce durante algunas épocas recayó en la madre tácita o expresamente y expresamente en el padre, pero fue ejercida por ambos.

**c. Regulación legal.**

Actualmente no existe una regulación expresa al respecto, con un título específico, sino se menciona en forma somera en el título de patria potestad, del Código Civil de la forma siguiente:

**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 256:** "Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo."

**Artículo 280:** "Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores."

CUSTODIA:

a. Definición:

"Cuidado. Guarda. Vigilancia. Protección. Amparo. La preservación del peligro, la evitación de amenazas, la imposibilidad de ser totalmente sorprendido por ataques conscientes y hasta por fortuitos daños caracterizan la custodia de personas y cosas en toda la amplitud material; y la de los valores, moral y tradiciones en lo abstracto, simbólico y espiritual." (Guillermo Cabanellas, 1979: Tomo II, p. 454)

La Custodia o protección de menores es expuesta por Alcubilla citado expresamente por Guillermo Cabanellas de la forma siguiente:

"...el problema del niño se ha planteado de manera más acuciante en los tiempos modernos, precisamente por la libertad familiar existente y la menor permanencia de la madre en el hogar. Declara que nada influye tanto en el destino del hombre como el recuerdo de sus primeros años si han sido amargos. Si desde pequeño el niño, cuando más acreedor es a la bondad de la vida, no ve a su alrededor más que realidades de hambre, de enfermedad, de vicio y de explotación, en nombre de qué derecho racional y humano se le va a pedir el día de mañana una virtud que no se le ha enseñado y un respeto a la sociedad que le negó la protección cuando más necesitado estaba de ella." (1979: Tomo V, p. 484).

"No sólo se confía a los padres la guarda de los hijos; también su vigilancia. Esta es algo más; el cuidado de dirigir sus acciones, de vigilar su desenvolvimiento moral." (Marcel Planiol, 1991: Tomo II p. 264)

Se define entonces la Custodia como la obligación y también el derecho que tienen los padres de vigilar, convivir

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

con el menor y velar por su seguridad física. Expuesto más específicamente la Custodia comprende:

1. **Vigilancia:** Lo que implica que los padres o quien cuide del menor. es responsable de cualquier hecho fuera de la ley o la moral, cometido por aquel.
2. **Convivencia:** Para cimentar en él no sólo la instrucción. mediante su asistencia a un centro educativo, sino también los valores morales y sociales que no recibirá de ninguna otra persona, con el amor y la dedicación pertinentes a su edad.
3. **Protección en cuanto a su persona:** De cualquier daño o peligro que pueda amenazar su salud física o mental.

Dentro del matrimonio, la unión de hecho o la unión no registrada, ésta es ejercida por ambos padres, y al estar el menor bajo el cuidado de uno de sus progenitores por aquel.

**b. Antecedentes Históricos.**

De acuerdo a lo expuesto en lo referente a la Guarda se puede establecer que la custodia o protección de los menores se entendía como un derecho de poseerlos, con lo que se abusaba de su debilidad natural o para disponer de sus vidas. Siendo esto no sólo sin ninguna penalización, sino aún más grave, respaldado por la ley.

Los datos más antiguos sobre legislación al respecto de la protección que se debe a los menores por sus padres datan del siglo XVIII, cuando en los Estados de Nueva York y Massachusetts se tomó esta institución como digna de ser regulada jurídicamente, lo que contribuyó a que las naciones Europeas en el siglo XIX, empezando por Inglaterra, se ocuparan de esta figura con un interés social.

En España, hay remotos antecedentes en el Fuero Real, puesto que se encuentra regulada la pena de muerte para aquellos padres que dejaran morir a sus hijos.

Luego siempre en la Península Ibérica en las Partidas se ilustra a los padres acerca de la crianza de sus hijos, de recoger a aquellos dedicados a la vagancia, para educarlos y cuidarlos.

En el presente siglo se ha regulado más acerca de la custodia de menores, lamentablemente no en forma específica, sino en forma general; así como en forma preventiva, a ante la sospecha de abusos, malos tratos y ejemplos con los menores.

Ejemplo de esto último es la figura de **depósito de menores**, por lo cual ante cualquier agravio recibido, o de inseguridad del menor, que se encuentra bajo el cuidado de alguien es trasladado a un lugar seguro.

## CAPITULO SEGUNDO

### A. TRATADOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

Como la guarda y custodia no es solamente un problema, internacional, sino que se da a nivel mundial se han creado tratados, tales como el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores.

Guatemala no ha ratificado dicho convenio, sin embargo se han ratificado los siguientes:

A continuación se transcribe el Tratado que la sustentante considera que es aplicable a la realidad guatemalteca.

#### "CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.

Los Estados signatarios del presente Convenio. Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.

Desearios de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

Por lo tanto acordado concluir un Convenio a estos efectos, y convienen las siguientes disposiciones:

**CAPITULO I**

**AMBITO DE APLICACION DEL CONVENIO**

**Artículo 1**

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

**Artículo 2**

Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

**Artículo 3**

El Traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;  
y
- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

#### Artículo 4

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la incoación de los derechos de custodia o de visita. El Convenio será de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

#### Artículo 5

A los efectos del presente Convenio:

el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

### CAPITULO II

#### AUTORIDADES CENTRALES

#### Artículo 6

Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados Federales, los Estados en que estén vigentes más un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las remita a la Autoridad Central de dicho Estado.

#### Artículo 7

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule y se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuere necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

### CAPITULO III

#### RESTITUCION DEL MENOR

##### Artículo 8

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de garantizar la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) a fecha del nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y de la identidad de la persona con la que se supone qu

está el menor.

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- a) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- b) una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;
- c) cualquier otro documento pertinente.

#### Artículo 9

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado Contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

#### Artículo 10

La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

#### Artículo 11

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos; el solicitante o la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del estado requirente o, en su caso el solicitante.

#### Artículo 12

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado de retención ilícitos, las autoridades competentes ordenarán la restitución inmediata del menor.



La autoridad judicial o administrativa aún en el caso de que hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud del menor.

#### Artículo 13

No obstante lo expuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

#### Artículo 14

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en

cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

#### Artículo 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el Artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las autoridades Centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.

#### Artículo 16

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto Artículo 3 las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se hayan determinado que no se reúne las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

#### Artículo 17

El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esta decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente convenio.

#### Artículo 18

Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

#### Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

#### Artículo 20

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

### CAPITULO IV

#### DERECHO DE VISITA

#### Artículo 21

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

**CAPITULO V**

**DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 22**

No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

**Artículo 23**

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna formalidad ni otras formalidades análogas.

**Artículo 24**

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas del Estado requerido, o cuando esta traducción sea difícilmente realizable, traducción al francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíe a su Autoridad Central.

**Artículo 25**

Los nacionales de los Estados Contratantes y las personas que residan en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado Contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

**Artículo 26**

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados Contratantes no impondrán cantidad alguna en la relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

en el presente Convenio ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado asesor jurídico. No obstante, se le podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto al Artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante, o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.

#### Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

#### Artículo 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

#### Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del

derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los Artículos 3 o 21. reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

#### Artículo 30

Toda solicitud presenta a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañe o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados Contratantes

#### Artículo 31

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes:

- a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado.
- b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente al menor.

#### Artículo 32

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

#### Artículo 33

Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores, no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de derecho.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

#### Artículo 34

El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el "Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores", entre los Estados Partes en ambos Convenios.

Por lo demás el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita.

#### Artículo 35

El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados Contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 ó 40, la referencia a un Estado Contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

#### Artículo 36

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados Contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

### CAPITULO VI

#### CLAUSULAS FINALES

#### Artículo 37

El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en su decimocuarta sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

### Artículo 38

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

El instrumento de adhesión depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguientes al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha

declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados Contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

### Artículo 39

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios de cuyas relaciones exteriores este encargado, o sólo a uno de varios de esos territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

### Artículo 40

Si un Estado Contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente, las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

#### Artículo 41

Cuando un Estado Contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

#### Artículo 42

Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el Artículo 24 y en el tercer párrafo del Artículo 28, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los Artículos 39 ó 40. No se permitirá ninguna otra reserva.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el primer día del tercer mes del calendario siguiente a las notificaciones a que hace referencia en el párrafo precedente.

#### Artículo 43

El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los Artículos 37 y 38.

Después, el Convenio entrará en vigor:

- 1) para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

) para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el Artículo 39 ó 40, el primer día del tercer mes del calendario siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos."

Este tratado ha sido ratificado por:

- Alemania
- Argentina
- Australia
- Austria
- Belice
- Bosnia-Herzegovina.
- Burkina Faso
- Canadá
- Chile
- Croacia
- Dinamarca
- Ecuador
- España
- Estados Unidos de América
- Finlandia
- Francia
- Grecia
- Honduras
- Hungría
- Inglaterra
- Irlanda
- Israel
- Las Bahamas
- Luxemburgo
- la antes República Yugoslava de Macedonia
- Mauritania
- México
- Mónaco
- Holanda
- Nueva Zelanda
- Noruega
- Panamá
- Polonia
- Portugal
- Rumania
- Suecia
- Suiza.

**1. ANALISIS DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA  
SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES:**

Este Convenio no ha sido ratificado por Guatemala hasta la fecha, pero está siendo estudiado por el Ministerio de Relaciones Exteriores para su posible aceptación y aplicación en el país.

Por lo que, es necesario analizarlo, para así determinar su posible aplicación en Guatemala.

Este Convenio tiene como finalidad tres aspectos:

- a. La restitución de un menor retenido o trasladado de manera ilícita;
- b. Velar porque se cumpla el derecho de custodia; y
- c. Velar porque se cumpla el derecho de visita.

**a. La Restitución de un Menor Retenido o Traslado de  
manera ilícita:**

Los trámites administrativos consignados en el Convenio son sumamente sencillos lo que garantiza la efectividad de la solicitud de restitución de un menor retenido o trasladado en forma ilícita, ya que para esto está el Artículo 11. en el que se da el derecho de solicitar una declaración sobre las razones de la demora al Estado Requerido por parte del requirente, después de seis semanas sin haber informado nada.

Se prevé también la estabilidad emocional del menor en el Artículo 12, donde se anota que si el menor tiene más de un año de haber sido retenido o trasladado ilícitamente, comprobándose que ha quedado integrado a su nuevo ambiente, no será restituido a su hogar anterior.

Esto último constituye un respaldo para la salud psíquica del menor, en virtud de que al cambiar de residencia legal o ilegalmente, cada año y verse envuelto en disputas judiciales, sufrirá inevitablemente desequilibrios emocionales.

En el artículo 13 se reafirma el objetivo del Convenio de proteger a los menores, tomándose en cuenta la decisión del menor que por su edad, pueda decir sobre su lugar de habitación.

Podría pensarse que un niño a los doce años, está capacitado para tomar esta decisión, sin embargo la edad física no es índice de madurez en todo los casos, por lo que se señala que se deberá tomar en cuenta la información que sobre el menor proporcione la Autoridad Central.

**b. Velar porque se cumpla el derecho de custodia:**

En el Artículo 5 se define el derecho de custodia entendido básicamente como el relativo al cuidado del menor y la elección del lugar de su residencia.

PROCESO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

En el Artículo 19, se garantiza que la cuestión de fondo derecho de Custodia no se verá afectado por una decisión tomada al tenor de este Convenio sobre la restitución de un menor.

Se ve claramente que el afán de este Convenio y de sus creadores es la conservación de la salud física y psíquica del menor, lo que seguramente se consigue al aplicarlo y al evitar poner a los menores en medio de rencillas conyugales.

**c. Velar por que se cumpla el derecho de visita:**

Aunque no es tema del presente trabajo de investigación es importante resaltar el interés del Convenio de contribuir a la integración del seno familiar, a pesar de que este se halle desintegrado físicamente.

En el Artículo 7 se asegura el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho.

Y en el artículo 21 se establece el procedimiento que deberá llevarse a cabo para hacer efectiva la solicitud del cumplimiento de este derecho.

En Guatemala, este derecho también se acciona ante los Tribunales de Familia, mediante el Procedimiento de Juicio Oral.

**ADAPTACION DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES A LA REALIDAD GUATEMALTECA:**

Como se especificó en el Capitulo I, la Guarda y Custodia de Menores está contenida dentro de la figura de Patria Potes-tad, y no se encuentra inconveniente en su ejecución hasta que por alguna razón, los cónyuges casados o no, se separen o di- vorcien.

De hecho en el Código Procesal Civil y Mercantil en el artículo 427 y en el artículo 166 del Código Civil, se regula que la Guarda y Custodia será otorgada a quien el Juez consi- dere apto, para tal obligación, según los informes que obtenga de la conducta y costumbres de cada uno de ellos.

La sustentante considera que a este respecto, podría agregarse un artículo, que se refiriera a la sustracción del menor, de su residencia habitual por el padre o madre, que no tenga autorización expresa judicial, más que de visitarlo.

En la práctica el cónyuge al cual le ha sido otorgada la Guarda y Custodia de un menor provisionalmente, tiene que acudir los Tribunales de Familia, solicitando el apoyo de la Policía Nacional, para que el menor sea restituido al hogar habitual ya que la otra parte no lo quiere entregar o bien lo ha sustraído cuando le corresponde la visita.

Sin embargo este lapso se lleva de uno a tres meses, sin que se ejecute la orden judicial de restituir al menor a su residencia.

Asimismo puede citarse el caso del derecho de visita que tampoco está regulado expresamente, y que ocasiona grandes inconvenientes al padre que desea frecuentar a su menor hijo y que por desaveniencias con su cónyuge, se resiste a concederle este derecho.

En Guatemala estas situaciones se ventilan a través de un Juicio Oral de Guarda y Custodia, que puede llevarse inclusive años en su trámite, tiempo en que la salud física y mental del menor se ven duramente afectadas.

Podría entonces agregarse al ordenamiento jurídico que se adapte el trámite señalado para los incidentes para solventar estas situaciones, y así afectar lo menos posible al menor, que resulta ser el objeto del litigio y no el ser débil que pretende proteger el Derecho de Familia.

Lo anterior está regulado en el Convenio analizado, por lo que de ratificarse, sería posible aplicarlo en Guatemala como ley positiva y vigente.

CAPITULO TERCERO

I. ANALISIS DE UN CASO CONCRETO DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES  
SEGUIDO EN EL JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA, No.267/94  
A CARGO DEL OFICIAL 3o.

Con el objeto de analizar el caso en cuestión, se transcribe a continuación las sentencias de primer y segundo grados que fueron dictadas en este Juicio Oral.

**JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA:** Guatemala, veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y cinco. -----  
Se tiene a la vista para dictar Sentencia el Juicio Oral de Guardia y Custodia y Fijación de pensión alimenticia promovido por ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL DE AZMITIA contra MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO, y la reconvencción de Guarda y Custodia planteada por MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO contra ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL DE AZMITIA. La actora y reconvenida es de este domicilio y actuó bajo la dirección y procuración de los Abogados Ofelia Paniagua Corzantes y Juan Barrios Salazar. El demandado y reconviniente es de este domicilio y actuó bajo la dirección y procuración de los Abogados Rodolfo Valdez López y Julio Abelino Arroquín Escobar; y del estudio de los autos: **RESULTA: A) DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA DEMANDA DEL JUICIO ORAL DE GUARDA Y CUSTODIA:** La señora Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia indicó los siguientes hechos: a) Que contrajo matrimonio con el demandado el día tres de julio de mil novecientos ochenta y uno, habiendo procreado dos hijos de nombres ANDREA ALEJANDRA Y MARIO FERNANDO de apellidos AZMITIA CASTILLO; b) Que por desavenencias surgidas en el hogar conyugal entre ella y el demandado, éste ha predispuesto en forma malintencionada a su menor hijo, en su contra, llegando al extremo de amenazarla con llevarse al menor del hogar conyugal para tener la guarda y custodia del mismo; y que es más han tenido varias pláticas con su abogada directora y el abogado director del demandado, en los bufetes de dichos profesionales, sin llegar a ningún arreglo satisfactorio, y que él desea insistentemente la guarda y custodia del menor hijo de ambos, y ésta no está dispuesta a perder la misma, solo por que el demandado estima que él debe tenerla, pues por la corta edad del

menor éste necesita de sus cuidados, pues sus hijos son su única razón de ser, su conducta, forma de vida y dedicación a sus hijos, la hacen ser la persona apta para tener la guarda y custodia de los menores, por lo que así debe declararse; c) Que las desaveniencias en cuanto al menor hijo de ambos, MARIO FERNANDO, se debieron en la mayoría de las veces, a que ella es la única que se ha encargado de corregir y de vigilar que el menor cumpla con los deberes que le dejan en el colegio, y a lo cual el demandado ha dado en llamar malos tratos, y así se lo ha dicho al menor, por lo que él mismo ha sido predispuesto en su contra en forma premeditada y malintencionada por parte de su padre, para que crea que las correcciones y vigilancia que ella se ha encargado de hacerle no están dentro de los límites normales, por lo que el menor se ha vuelto en cierta forma rebelde hacia su persona, al extremo que por la manipulación que existe por parte del demandado, el menor le falta el respeto constantemente con palabras fuera de la moral, ello inducido por el padre; d) Por lo expuesto y por la corta edad de su hijo MARIO FERNANDO AZMITIA CASTILLO, considera que los cuidados, vigilancia y correcciones que él mismo necesita, sólo ella puede brindárselos, ya que el demandado no se preocupa por velar que el mismo cumpla con sus obligaciones en el colegio, ni lo corrige adecuadamente, al extremo que en su afán de separarlo de su lado en forma arbitraria cambió la ruta de regreso del bus del menor hijo de ambos y esto ocasionó que lo retiraran por un día del colegio, pues el establecimiento donde éste estudia que es el Liceo Javier tiene normas estrictas y no pueden alterarse, por esta razón en el colegio fueron llamados para explicar la situación y se nos indicó que cualquier alteración de ruta debía ser autorizada por ambos padres, pese a esto el demandado al no poder cambiar la ruta recoge él en el bus al menor y luego va a dejarlo toda la tarde donde sus familiares, impidiéndole la relación con su hijo a pesar que viven todos bajo el mismo techo, lo que hace es llevarlo a las diez de la noche ya dormido para evitar que ella le hable, por lo que se ve en la necesidad de promover el presente Juicio, a efecto de que la guarda y custodia del menor MARIO FERNANDO le sea conferida y el mismo sea dejado a su lado; e) Que la guarda y custodia de la menor Andrea Alejandra no será litigiosa, pues la misma no desea vivir con su padre ni este ha solicitado su guarda y custodia, aún así en sentencia deberá declararse que se le confiere la guarda y custodia de sus dos menores hijos, Andrea Alejandra y Mario Fernando ambos de apellidos Azmitia Castillo; f) Que el demandado escuda su actitud diciendo que el menor hijo la odia y que no desea estar con ella, pero ese supuesto odio ha sido repentino, si es que realmente existe ese sentimiento, pues durante sus años de vida ha sido ella quien siempre ha estado a su lado cuidándolo e incluso ayudándolo con sus tareas escolares, extremo que podrá

ser verificado por el servicio social de este Juzgado; al contrario de lo afirmado por el demandado en forma extrajudicial, es él quien no está capacitado para tener la guarda y custodia de su menor hijo, pues es él quien tiene problemas de personalidad, al extremo que durante un tiempo estuvo en tratamiento psiquiátrico, con el Licenciado Rafael Gama, en el año de mil novecientos ochenta y cuatro.

**B) DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA AMPLIACION DE LA DEMANDA DEL JUICIO ORAL DE GUARDA Y CUSTODIA Y FIJACION DE PENSION ALIMENTICIA:** La parte actora amplió la demanda indicando lo siguiente: Que cuando indicó en la demanda que el demandado ha manipulado a su menor hijo Mario Fernando Azmitia Castillo, es por que en el tiempo en que vivieron juntos, el demandado encerraba en el dormitorio a su menor hijo, y allí le servía el desayuno para evitar que tuviera contacto con ella, indicando la actitud del demandado de alejarla de su hijo; también indica que su hijo Mario Fernando fue evaluado psicológicamente en el colegio donde estudia, por la Licenciada Carmen Cacacho y en ese informe se indica que el menor tiene identificación con la figura paterna y lo percibe agresivo indicando la actora que es en virtud de que el demandado impidió todo tipo de relación con su menor hijo, e indica que en ningún momento el informe indica que su hijo denote agresividad o malos tratos por parte de ella; también indica la actora que durante toda la vida de sus hijos, ha sido ella la que se ha preocupado de llevarlos con el médico y de los asuntos relacionados con el colegio. b) En cuanto a los hechos de la Pretención de Alimentos, la actora indica que el demandado cuenta con capacidad económica y que para poder tener con ella a sus menores hijos tiene que pagar una renta mensual de dos mil doscientos quetzales.

**RESULTA DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. II. A) DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA EN SENTIDO NEGATIVO DE GUARDA Y CUSTODIA:** El demandado contesta la demanda en sentido negativo, en cuanto a la Guarda y Custodia y expone: a) Que no es cierto que él ha predispuesto en forma malintencionada en contra de la demandante a su menor hijo, Mario Fernando, lo cierto es que las desaveniencias surgidas en el hogar conyugal, se han generado debido a la forma equivocada con la que ella la demandante, pretende conducir la educación de su hijo; b) Que cuando la demandante afirma que es la única que se ha encargado de corregir y de vigilar a su menor hijo que cumpla con sus deberes que le dejan en el colegio, el demandado indica que la actora le pretende enseñar al menor con golpes y con palabras fuera de la moral y del orden, al extremo que le han creado problemas de personalidad al menor e indica el demandado que él como padre en el pleno ejercicio de la patria potestad de su menor hijo, no puede permitir de ninguna manera que por un capricho de la demandante, o por causarle algún daño a él, el niño se convierta en víctima

de la incompresión de la demandante; el demandado indicó que en su presencia, la actora le propinó golpes e insultos a su menor hijo, que él como padre del menor, no pretende envenenar sus sentimientos en contra de la demandante y que él no ha manipulado a su hijo para que falte el respeto a la demandante, con palabras fuera de la moral, diciendo que no se debe confundir la palabra manipulación, con el cariño y empeño que él le ha puesto a MARIO FERNANDO y que el reflejo de ello es que cuando el demandado asumió el control de los estudios del menor mejoraron notablemente sus notas a comparación que cuando el niño estaba al lado de la madre.

**B) DE LA CONTESTACION EN SENTIDO NEGATIVO DE LA AMPLIACION DE LA DEMANDA DE GUARDA Y CUSTODIA:** a) El demandado indica que lo que la demandante indica en la ampliación de la demanda no es cierto, puesto que él en ningún momento ha manipulado a su menor hijo puesto que está conciente del daño que podría provocar en su personalidad, ya que la madre lo quiere educar en forma inadecuada, fuera de las normas de conducta que exige la educación moderna y la cordura, e indica también que la demandante lo demuestra en el hecho de tomarle fotografías en la intimidad de su hogar y que eso denota insidia en sus actitudes, y que esas fotografías no prueban nada ya que él jamás podría aislar a su hijo y tenerlo como prisionero, indica que su menor hijo es el que no quiere tener contacto con la demandante, de tal manera que busca refugio en su habitación. b) indica el demandado que es normal que la demandante lleve a sus hijos al médico y al colegio, son asuntos normales de una madre, mientras el padre trabaja para proporcionar a la familia lo necesario para el sustento diario. **C) DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y SU AMPLIACION EN RELACION A LA FIJACION DE PENSION ALIMENTICIA, EN SENTIDO NEGATIVO E INTERPOSICION DE EXCEPCION PERENTORIA.** a) En cuanto a la contestación de la demanda y su ampliación en Juicio Oral de Alimentos el demandado expone, que no es cierto lo que la demandante afirma en su ampliación de demanda, puesto que él no posee los bienes que indica ella. b) En cuanto a la contestación de la demanda e interposición contra la misma de la excepción Perentoria de Falta de Capacidad Económica en el Demandado, expone que él no cuenta con la capacidad económica para permitirle cumplir con la pensión provisional que le ha fijado el Tribunal, sin el riesgo de caer en la insolvencia, puesto que no es cierto que él devenga la cantidad de ocho mil quetzales como lo afirma la demandante, ya que su salario es de cuatro mil quetzales mensuales. **III. RESULTA DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA RECONVENICION PLANTRADA POR EL DEMANDADO:** Que el demandado reconvinó a la actora y expuso los siguientes hechos: a) Que la señora Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, no puede hacerse cargo de la guarda y custodia de su menor hijo Mario fernando, ya que como indica la actora y reconvenida,

su hija Andrea Alejandra se ha identificado con ella, como Mario Fernando se ha identificado con él. b) que ya que el demandado y reconviniendo inició Providencias cautelares de Seguridad de Personas en Mixco, por los actos de violencia moral y física de que es objeto por parte de la actora y reconviniendo, y que han afectado el comportamiento del menor, comportamiento que se manifiesta en rebeldía hacia la actora y reconviniendo, lo que motiva medidas disciplinarias en contra del menor y que ponen en serio peligro su integridad física dada la violencia con que las ejecuta la madre. **IV) RESULTA DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA CONTESTACION DE LA RECONVENCION:** La parte actora y reconviniendo contesto en sentido negativo, indicando los siguientes hechos: a) Que la reconvención planteada en su contra, no se ajusta a la realidad puesto que no es cierto que ella pretenda enseñar a su hijo Mario Fernando a golpes y con palabras fuera de la moral y el orden, observando una conducta de agresividad hacia el niño, y que en la presencia del demandado y reconviniendo ella le ha propinado golpes e insultos al menor, puesto que como lo indica la actora y reconviniendo lo que ha sucedido es que por desaveniencias surgidas en el hogar conyugal, el demandado y reconviniendo ha predispuesto en forma intencionada a su menor hijo Mario Fernando, y que porque ella vela y corrige a su hijo que cumpla con los deberes que le dejan en el colegio el demandado y reconviniendo le ha dicho a su hijo que esas correcciones y vigilancia no están dentro de los límites normales por lo que el niño en una época estuvo rebelde con ella, pero que su relación es armoniosa con el niño cuando ella tiene la guarda de él. b) Que el demandado y reconviniendo encerraba al menor en su dormitorio y le impedía hablarle, y considera la actora y reconviniendo que al encerrar a su hijo en el dormitorio el demandado y reconviniendo también dormía con su hijo y eso no es bueno para la formación del menor, pues una cosa es que el padre lo quiera mucho y otra es que lo acostumbre a dormir con él, y que esa actitud puede tender a causarle actitudes equivocadas a su hijo. **V) RESULTA DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA:** a) Que el menor Mario Fernando Azmitia Castillo es objeto de malos tratos por parte de la madre. b) Quien de los padres está capacitado para cumplir con los deberes inherentes a la guarda y custodia de los menores Mario Fernando Azmitia Castillo y Andrea Alejandra Azmitia Castillo; c) Las necesidades de los alimentistas; d) Las posibilidades económicas del demandado. **VI) RESULTA DE LAS PRUEBAS APORTADAS AL JUICIO:** A) Por la parte actora y reconviniendo, Ninguna. B) Por la parte demandada y reconviniendo: **B1) DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA DE GUARDA Y CUSTODIA EN SENTIDO NEGATIVO:** a) **DOCUMENTOS:** Certificación de la partida de Matrimonio de las partes. 2) Certificación de las partidas de nacimiento de los menores Andrea Alejandra y Mario Fernando de apellidos Azmitia Castillo. b) Presunciones Legales

y Humanas; c) Declaración de Parte de la señora Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia. B2) DE LA RECONVENCION: a) Documentos: 1. informe psicológico del menor Mario Fernando Azmitia Castillo de laboratorio psicotécnico del Liceo Javier de fecha doce de abril de mil novecientos noventa y cuatro; 2. fotocopia de la certificación expedida por el juzgado de paz de turno; 3. certificación de las partidas de Matrimonio de las partes; b) Presunciones Legales y Humanas; c) Declaración de parte de la señora Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia. B3) DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y SU AMPLIACION EN JUICIO ORAL DE ALIMENTOS: a) Confesión sin posiciones de la señora Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia del memorial de demanda por ella presentada; b) Presunciones legales y humanas; c) Documentos: 1. Fotocopia que acredita los pagos que hace por concepto de colegios, medicinas y gastos domésticos, tales como casa, agua, luz, teléfono, cable, bomba de servicio de agua y mantenimiento, por un total de dos mil seiscientos noventa y siete quetzales. 2. Nota de BANCARED que acredita la suma que devenga de cuatro mil quetzales; 3. Informe psicológico del laboratorio psicotécnico del Liceo Javier; 4. Certificación expedida por el Juzgado de Paz de turno del Municipio de Guatemala; 5. Oficio número cero sesenta y cinco guión noventa y cuatro, extendido por el Juzgado de Primera Instancia de Mixco; 6. oficio número noventa y cuatro de fecha dieciseis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro del Juzgado de Primera Instancia de Mixco; 7. Fotocopia de la libreta de notas del menor Mario Fernando Azmitia Castillo; 8. Documento que acredita la existencia de un seguro médico colectivo con Granal & Towson. **CONSIDERANDO: DE LA GUARDA Y CUSTODIA:** Que la demandante Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia promueve el presente Juicio de declaratoria de guarda y custodia a favor de sus menores hijos Andrea Alejandra y Mario Fernando de apellidos Azmitia Castillo en contra de su esposo Mario Fernando Azmitia Montenegro, aduciendo que por desavenencias surgidas en el hogar conyugal entre ella y el demandado, éste ha predispuesto en forma malintencionada a su menor hijo Mario Fernando, en su contra; que él desea insistentemente la guarda y custodia del mismo a lo cual no está dispuesta a cederla pues por la corta edad del menor éste necesita sus cuidados; que su conducta -de la actora-, forma de vida y dedicación a sus hijos, la hace la persona apta para mantener tal postura; agrega que ella es la única que se ha encargado de corregir y vigilar al menor para que cumpla con los deberes que le dejan en el colegio, y a lo cual el demandado ha dado en llamar malos tratos. Y que en cuanto a la menor Andrea Alejandra, ésta no desea vivir con su padre. Al respecto, este Juzgado estima que procede la demanda solo en cuanto a la menor ultimamente citada, no así en lo que respecta a Mario Fernando, por los motivos siguientes: en relación a Andrea Alejandra sí

ospera la demanda, no obstante la ausencia de pruebas por parte la actora, se indica que la citada menor tiene "una relación y satisfactoria" con su señora madre; se encuentra, según manifestación que ella le hizo a la Trabajadora Social respectiva, aptada a su lado y su deseo es permanecer con ella, a lo cual el juzgado considera razonable dada su edad y su condición de menor; además debe tomarse en cuenta que el demandado no mostró interés en reclamar guarda y custodia, manifestando que no debe permitirle a cambiar del estado en que se encuentra o sea al lado de su madre, y ello se refleja en su petitorio de sentencia en la convención que planteó contra la demandante. Ahora bien, en lo que toca al menor Mario Fernando, la actora tampoco presentó prueba alguna para fundamentar su pretensión, en consecuencia no se le ordena sino examinar el informe social, dictámenes de las psicólogas Nayeth Aguilera de Lemus y Ninette Mejía de Muñoz, así como los resultados de las entrevistas del Infrascrito Juez con el citado menor; de ello se concluye que la demanda no es procedente; en efecto, en cuanto a la actividad realizada por la Trabajadora Social del juzgado asignada al caso, se estableció que el menor Mario Fernando manifestó su deseo de quedar bajo la guarda de su señor padre, en el mismo grado como se expresó su hermana en relación a su señora madre, o sea de adaptación a él, sintiéndose más seguro y protegido con el demandado; existe una identificación absoluta con el mismo, además en el hogar paterno tiene mejores oportunidades de desenvolverse normalmente de acuerdo a los intereses del citado menor, como por ejemplo en la práctica de deporte, asimismo, se estableció que el lugar donde reside el demandado es una casa que cumple con los requerimientos mínimos de funcionalidad como amplio jardín y árboles frutales. En cuanto a los informes de las psicólogas anteriormente mencionadas, es de tomar en cuenta lo manifestado por la licenciada Nayeth Aguilera de Lemus, que el niño Mario Fernando frente a su madre demanda afecto, atención, seguridad y protección, y en cuanto a su padre no presenta carencia afectiva; a quien percibe como alguien fuerte pero benigno; finaliza con recomendar la posibilidad en que dicho menor resida con su padre. En lo que corresponde a la evaluación de la Licenciada Ninette Mejía de Muñoz, refiere que Mario Fernando se siente "aceptado por él mismo y por las demás personas que le rodean, principalmente por la figura familiar principal que es su padre, así en el caso de su madre con la cual evidencia conflicto", agrega que con la figura paterna tiene total identificación, percibiéndolo como la persona que le da seguridad, apoyo, estabilidad, sumamente afectuosos y atento a cubrir sus necesidades físicas y emocionales, manifestó también su apego y necesidad emocional hacia su padre, lo cual no sucede con su madre por cuanto la percibe muy distanciada, seria y muy agresiva, lo que lo llena de inseguridad, agresividad e irritabilidad, concluyendo el estudio en

recomendar no separar al niño de su padre ya que con él encuentra estabilidad y afecto, que de no ser posible lo anterior le provocaría un trauma emocional. De lo analizado, se concluye que la parte actora, por una parte no probó los motivos para fundamentar su pretensión, y por la otra, al contrario, los elementos tomados en cuenta ya relacionadas en nada le favorecen encomendarle a ella la guarda y custodia de su menor hijo Mario Fernando. razones por las cuales debe hacerse el pronunciamiento que en derecho corresponde.

**II) CONSIDERANDO: (DE LA RECONVENCIÓN):** El demandado Mario Fernando Azmitia Montenegro, reconvino a la actora la guarda y custodia de su menor hijo Mario Fernando, aduciendo que él -el reconviniante- tiene la capacidad necesaria para educar a su hijo en un ambiente adecuado para su edad, donde además no le faltará cariño y dedicación que sólo el padre puede darle, agregando que dicho menor se ha identificado con él; hacen deporte juntos, participan en actividades sociales y escolares "de tal manera que existe una sólida unión de padre e hijo". Al respecto, este Juzgado estima procedente la reconvencción por lo siguiente: en la parte considerativa que antecede, que resulta ocioso analizar nuevamente, se estableció que el menor Mario Fernando Azmitia Castillo, efectivamente se ha identificado más con su padre que con la actora la cual en una ocasión le dió malos tratos lo que motivó que el reconviniante acudiera a un Juzgado de Paz, en el cual el citado menor así lo manifestó al juez, según informe del Juez de Primera Instancia Penal de Instrucción del Municipio de Mixco. de este Departamento, de fecha veinte de junio del año en curso. A lo expuesto anteriormente se suma el informe psicológico verificado por la licenciada Carmen Cacacho, psicóloga, practicado en el laboratorio sicológico del Liceo Javier de fecha doce de abril de mil novecientos noventa y cuatro, en el cual la profesional de referencia coincide con las evaluaciones verificadas por las psicólogas Nayeth Aguilera de Lemus y Ninnette Mejía de Muñoz, al estimar que el niño Mario Fernando, si bien ama a sus padres, da a conocer "identificación con la figura paterna, pues la percibe accesible, amoroso y atento en todo lo que se refiere a Mario Fernando Azmitia Castillo, sin embargo, también lo percibe bastante agresivo; mientras que a la figura materna la percibe distante y seria". Este Juzgado toma en cuenta que conforme a la Convención Sobre los Derechos del Niño, se le confiere a éste su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del mismo, en función de su edad y madurez. Resulta que en el caso de estudio, en las entrevistas sostenidas por Mario Fernando con la Trabajadora Social que practicó el estudio social y con el infrascrito Juez, se ha evidenciado la inclinación

ación del citado menor de permanecer bajo la guarda y custodia de su padre, pero sin desvincularse de su hermana y su señora madre, en consecuencia, respetando tal deseo, las evaluaciones de las profesionales sicólogas ya mencionadas, así como la edad del menor en que sí está en condiciones de manifestarse y darle credibilidad a sus expresiones, y también en lo que preceptúan los artículos 256 y 262 del Código Civil, en cuanto a que los jueces deben decidir lo que más convenga al bienestar de los hijos, el Juzgado considera que la pretensión del reconviniente es prospeable y así debe declararse. III) CONSIDERANDO: (DE LA PRETENSION DE FIJACION DE PENSION ALIMENTICIA): Que de conformidad con la ley, los alimentos han de ser proporcionados a las circunstancias personales y pecuniarias de quien los debe y de quien los recibe, serán fijados por el Juez, en dinero, asimismo solo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcanzan a satisfacer sus necesidades. Que en el presente caso, la actora pretende que se condene al demandado a pasarle a ella y a sus dos hijos Andrea Alejandra y Mario Fernando de apellidos Azmitia Castillo, una pensión alimenticia de cinco mil quetzales en forma mensual, a razón de dos mil quetzales para cada hijo y un mil para ella. Al respecto este Juzgado estima procedente la demanda en cuanto a la condena, no así en lo que respecta a su monto que se indicará en la parte resolutive, y en lo tocante a fijar pensión alimenticia a favor del menor Mario Fernando Azmitia Castillo, la demanda se desestima en virtud de que ha sido declarada con lugar la reconvención planteada por el demandado en lo que corresponde a la guarda y custodia del citado menor. De lo anterior se establece que el demandado sí tiene posibilidades económicas para pasarle pensión alimenticia por cuanto tiene ingresos como Gerente de Operaciones de la empresa RED, INTERAL, SOCIEDAD ANONIMA, donde devenga un sueldo mensual de ocho mil quetzales más setenta y cinco quetzales de bonificación; no tiene otras cargas familiares, más que las que ahora se le demanda; y así mismo no paga alquiler por vivienda, es por ello que también debe declararse sin lugar la excepción perentoria de falta de capacidad económica del demandado, para pagar la pensión alimenticia que pretende la actora; en cuanto a las alimentistas, la menor Andrea Alejandra, no tiene medios de vida propios ya que es de edad escolar, y en lo que corresponde al demandado, imparte cátedras en una universidad privada; reside en casa de su señora madre y es propietario de un inmueble ubicado en la lotificación Ciudad San Cristobal, Municipio de Mixco, de este Departamento, asimismo, debe tomarse en cuenta que conforme a la ley, es deber del marido proteger y asistir a su mujer, estando obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del

hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas. En consecuencia, no queda sino hacer la declaratoria que en derecho corresponde. **IV) CONSIDERANDO (DE LAS COSTAS):** Que en cuanto al pago de las costas, siendo que en el presente caso hubo vencimiento recíproco, cada parte será directamente responsable de sus propios gastos.

**LEYES APLICABLES:** Artículos citados 12 y 13 de la convención sobre los derechos del niño; Decreto 27-90 del Congreso de la República; 110-253-278-2797-281-283 y 292 del Código Civil; 1-2-10-12 y 20 del Decreto Ley 206; 25-26-44-51-106-107-126-127-128-177-183-186-197-199-200-212-216-572-57444 del Código Procesal Civil y Mercantil; 9-49-141-142-143-147 de la Ley del Organismo Judicial.

**POR TANTO:** Este Juzgado, con base en lo considerado y leyes invocadas, al resolver, **DECLARA:** **I) CON LUGAR** la demanda Oral de Guarda y Custodia promovida por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, contra Mario Fernando Azmitia Montenegro, en lo que corresponde a la menor Andrea Alejandra Azmitia Castillo, en consecuencia se le confiere a la demandante la guarda y custodia de la citada menor; **II) SIN LUGAR** la demanda oral de Guarda y Custodia interpuesta por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, contra el demandado, en lo que toca al menor Mario Fernando Azmitia Castillo; **III) CON LUGAR** la reconvencción planteada contra Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia. Por Mario Fernando Azmitia Montenegro, en lo que respecta a la demanda oral de Guarda y Custodia del citado menor promovido por ésta, en consecuencia se le confiere al reconviniente Azmitia Montenegro, la guarda y custodia de su menor hijo Mario Fernando Azmitia Castillo, el cual deberá ser entregado a su padre por parte de la reconvenida, en un plazo no mayor de tres días contados a partir de la fecha en que quede firme este fallo; **IV) CON LUGAR** la Demanda Oral de Fijación de Pensión Alimenticia promovido por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, en lo que corresponde a los alimentos a favor de la actora y la menor Andrea Alejandra, en consecuencia se fija en dos mil quinientos quetzales la cantidad mensual, anticipada y sin necesidad de cobro ni requerimiento alguno, que deberá pasar el demandado a la demandante, a razón, de un mil quinientos quetzales para la citada menor y un mil quetzales para la demandante; **V) SIN LUGAR** la demanda oral de Fijación de Pensión Alimenticia promovida por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, contra Mario Fernando Azmitia Montenegro, en lo que respecta a la pensión alimenticia a favor del menor Mario Fernando Azmitia Castillo; **VI) SIN LUGAR** la excepción perentoria de falta de capacidad económica para pagar la pensión alimenticia que pretende la parte actora, interpuesta por el demandado; **VII) En garantía del cumplimiento de la obligación alimenticia, quedan los ingresos presentes y futuros del señor Mario Fernando Azmitia Montenegro.**

I) Se condena al demandado al pago de las pensiones alimenticias provisionales dejadas de pagar a partir del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, a razón de dos mil quinientos quetzales mensuales. IX) No hay condena en costas, correspondiendo cada parte con sus gastos. X) Queda a salvo el derecho de las partes a relacionarse con sus hijos Andrea Alejandra y Mario Fernando de apellidos Azmitia Castillo en la forma en que los convengan."

LA DE LA CORTE DE APELACIONES DE FAMILIA: Guatemala, diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

AUSENCIA TEMPORAL de la Presidente Titular de esta Sala, la cual se integra con los suscritos para conocer del presente asunto.

LA APELACION y con sus antecedentes se examina la SENTENCIA promovida por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DEPARTAMENTAL, con fecha veinticuatro de julio del año en curso, dentro del proceso Oral en materia de la declaratoria de guarda y Custodia y para Fijación de Pensión Alimenticia arriba identificado y que promoviera ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL contra, MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO, como la reconvencción planteada por el demandado en contra de la actora.

En el estudio de los autos se extraen los siguientes resúmenes:

DE LA SENTENCIA RECURRIDA: En fecha ya relacionada el Juez de Primera Instancia DECLARO: "I) CON LUGAR la demanda Oral de Guarda y Custodia promovida por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, contra Mario Fernando Azmitia Montenegro, en lo que corresponde a la menor Andrea Alejandra Azmitia Castillo, en consecuencia se le confiere a la demandante la guarda y custodia de la menor; II) SIN LUGAR la demanda oral de Guarda y Custodia propuesta por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, contra el demandado, en lo que toca al menor Mario Fernando Azmitia Castillo; III) CON LUGAR la reconvencción planteada contra Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia. Por Mario Fernando Azmitia Montenegro, en lo que respecta a la demanda oral de Guarda y Custodia del citado menor promovido por ésta, en consecuencia se le confiere al reconviniente Azmitia Montenegro, la guarda y custodia de su menor hijo Mario Fernando Azmitia Castillo, el cual deberá ser entregado a su padre por parte de la reconvenida, en un plazo no mayor de tres días contados a partir de la fecha que quede firme este fallo; IV) CON LUGAR la Demanda Oral de Fijación de Pensión Alimenticia promovido por Ana Lucrecia

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

Castillo Gudiel de Azmitia, en lo que corresponde a los alimentos a favor de la actora y la menor Andrea Alejandra, en consecuencia se fija en dos mil quinientos quetzales la cantidad mensual, anticipada y sin necesidad de cobro ni requerimiento alguno, que deberá pasar el demandado a la demandante, a razón, de un mil quinientos quetzales para la citada menor y un mil quetzales para la demandante; V) SIN LUGAR la demanda oral de Fijación de Pensión Alimenticia promovida por Ana Lucrecia Castillo Gudiel de Azmitia, contra Mario Fernando Azmitia Montenegro, en lo que respecta a la pensión alimenticia a favor del menor Mario Fernando Azmitia Castillo; VI) SIN LUGAR la excepción perentoria de falta de capacidad económica para pagar la pensión alimenticia que pretende la parte actora, interpuesta por el demandado; VII) En garantía del cumplimiento de la obligación alimenticia, quedan los ingresos presentes y futuros del señor Mario Fernando Azmitia Montenegro. VIII) Se condena al demandado al pago de las pensiones alimenticias provisionales dejadas de pagar a partir del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, a razón de dos mil quinientos quetzales mensuales. IX) No hay condena en costas, corriendo cada parte con sus gastos. X) Queda salvo el derecho de las partes a relacionarse con sus hijos Andrea Alejandra y Mario Fernando de apellidos Azmitia Castillo en la forma en que ellos convengan." Por ser exacta la relación de los hechos en la sentencia recurrida no se hace rectificación.

II) DE LOS PUNTOS OBJETO DEL PROCESO: Que se confiera la Guarda y Custodia de los menores ANDREA ALEJANDRA Y MARIO FERNANDO de apellidos AZMITIA CASTILLO a la demandante y que se fije pensión alimenticia a favor de los menores de relación y de la demandante en la suma de CINCO MIL QUETZALES mensuales. En cuanto a la reconvencción que se confiera al reconviniente la guarda y Custodia del menor MARIO FERNANDO AZMITIA. III) DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS AL PROCESO: A) DOCUMENTAL: a) Certificación de la partida de Matrimonio de las partes procesales señores ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL y MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO, expedida por el Registrador Civil de esta Ciudad con fecha catorce de abril de mil novecientos noventa y cuatro; b) Certificación de las partidas de nacimiento de los menores: ANDREA ALEJANDRA y MARIO FERNANDO AZMITIA CASTILLO, expedidas por el Registrador Civil de esta Ciudad con fechas trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro; c) Fotocopia de Constancia, expedida por el JEFE FINANCIERO ADMINISTRATIVO de la entidad BANCARED, respecto al cargo que desempeña y sueldo que devenga el demandado, con fecha veintitres de noviembre de mil novecientos noventa y tres; d) Recibo número diecisiete mil novecientos setenta y cuatro de fecha once de abril de mil noventa y cuatro, respecto al pago de colegiatura correspondiente al mes de mayo efectuado por el demandado, por la suma de setecientos sesenta quetzales al Colegio Monte María; e) Fotocopia de

Informe Psicológico CARMEN CACACHO, psicóloga del Laboratorio Psicotécnico del Liceo Javier, de fecha dos de abril de mil noventa y cuatro; f) Fotocopia de Certificación expedida por el Juzgado de Paz de Turno de esta ciudad; g) Fotocopia que acredita diferentes pagos efectuados por el demandado; h) Constancia expedida por el Contador General de "TRANSACCIONES UNIVERSALES, SOCIEDAD ANONIMA" de nombre comercial BANCARED con fecha dos de junio de mil novecientos noventa y cuatro, respecto al monto que devenga el demandado en dicha entidad; i) Fotocopia de Cédula expedida por el Juez de Primera Instancia y de Familia del Municipio de Mixco de este Departamento con fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro; j) Fotocopia de Libreta de Notas del Liceo Javier del menor MARIO FERNANDO AZMITIA CASTILLO. B) DECLARACION DE LAS PARTES: a) Declaración de parte contestada por la demandante. C) PRESUNCIONES: a) Legales y Humanas que de los hechos probados se deriven y ratificación del memorial de demanda. IV) DEL AUTO PARA MEJOR FALLAR: Con fecha catorce de septiembre del año en curso el Tribunal señaló audiencia para que se oyerá a los menores de relación, para junta conciliatoria con las partes procesales así como que se ampliara el estudio socio-económico, sin que se llegara a ningún acuerdo en esta junta conciliatoria, se escuchó a los menores y se recibió en esta Sala la ampliación del estudio socio-económico el día cuatro de los corrientes. V) DEL DIA PARA LA VISTA Y DE LOS ALEGATOS: habiéndose señalado día para la vista ambas partes la contestación. La parte demandante manifestó: Que no está de acuerdo con la sentencia de primer grado, en virtud de no estar apegada a las leyes y constancias procesales, que si bien es cierto no pudo estar en la audiencia que era crucial en este juicio, también lo es que no fue notificada de la resolución en que se señaló dicha audiencia, pero en toda la secuela del juicio se preocupó por documentar todas sus aseveraciones, razones por las que en esta instancia solicitó se dicte AUTO PARA MEJOR FALLAR a efecto de poder establecer plenamente los puntos objeto de este proceso; solicitando que oportunamente se dicte la sentencia que en derecho corresponde revocándose los puntos impugnados de la sentencia de primer grado, confiéndose la guarda y custodia de su hijo MARIO FERNANDO AZMITIA CASTILLO y fijándose pensión alimenticia acorde a las constancias de autos. La parte demandada manifestó: Que la sentencia de primer grado se dictó apegada a la ley y constancias procesales, razón por lo que la misma deberá ser confirmada y así lo solicitó. La Trabajadora Social asignada al caso oportunamente rindió el informe que en derecho corresponde. En virtud de haberse verificado esta instancia de conformidad con la ley y habiéndose señalado día para la vista es procedente resolver. , CONSIDERANDO: I) El juez de primer grado declaró con lugar la demanda en lo que se refiere a la guarda y custodia de la menor

Andrea Alejandra Azmitia Castillo; asimismo la demanda oral de fijación de pensión alimenticia a favor de la actora y la menor antes indicada. Por otra parte, con lugar la reconvencción planteada por el demandado en cuanto a la guarda y custodia del menor Mario Fernando Azmitia Castillo, confiriéndole a él ese derecho. Fundamentó su decisión, en cuanto a la menor Andrea Alejandra, en la negativa de ésta de vivir al lado de su padre y en cuanto al menor Mario Fernando, en dos informes psicológicos el socio-económico y de la entrevista que el juez tuvo con el menor, quien le manifestó su deseo de quedarse con el padre. II) Del examen de lo actuado se establece: a) Que la madre de los menores solicitó la guarda y custodia de los mismos, aduciendo que por su corta edad, principalmente Mario Fernando (que tenía un poco más de ocho años al presentar la demanda), necesita de sus cuidados, vigilancia y correcciones, que el padre no le puede proporcionar y siendo que con su esposo tienen un conflicto familiar, éste ha predispuesto al menor en su contra, para que crea que los correctivos que ella emplea con aquel, constituyen malos tratos, que el padre por su trabajo recoge al niño del bus y lo entrega muy tarde -diez de la noche- indica que el padre a su juicio tiene problemas de personalidad habiendo estado durante algun tiempo bajo tratamiento psiquiátrico; pidió asimismo medidas de seguridad a efecto de que el padre no pueda trasladar a su hijo a otro lugar y que aquel abandone el hogar; solicitó también la fijación de una pensión alimenticia a favor de ella y de sus dos hijos; ofreció diversos medios de prueba, pero aún cuando compareció a las dos primeras audiencias, éstas se suspendieron, la primera por ampliación de la demanda y la segunda por interposición de una excepción perentoria, no habiendo concurrido a la continuación del juicio oral en que debería recibirse la prueba de las partes y de esa cuenta no aportó al proceso la prueba ofrecida. b) el demandado se opuso a la guarda y custodia solicitada y reconvino a la actora por la guarda y cuidado del menor; contestó también en forma negativa la demanda de alimentos y en incidente se ventiló su oposición a la medida de seguridad de personas solicitada por la actora el que fue declarado sin lugar; propuso como pruebas y se diligenciaron dentro de la contestación a la demanda de guarda y custodia: Documental, consistente en los atestados del Registro Civil que acreditan el matrimonio de las partes y nacimiento de los hijos; declaración de parte de la actora, que no perjudica a ésta y presunciones; De la Reconvencción: Informe psicológico del menor Mario Fernando rendido -por el Laboratorio Psicotécnico del Liceo Javier -establecimiento educativo en donde estudia-, de fecha dos de abril de mil novecientos noventa y cuatro; fotocopia de certificación expedida por el Juzgado de Paz de Turno, declaración de parte de la actora y presun-

ones legales y humanas. De la contestación de la demanda de jación de pensión alimenticia: documental que acredita los pasajes de colegiatura, medicinas, gastos domésticos, sueldo que él venga, seguro médico y otros. III) La parte actora inconforme con la sentencia, apeló, manifestando como agravios los que consignan en su respectivo memorial al evacuar la audiencia del día de vista, dentro de los que resulta el hecho de que no obstante bérsele otorgado la guarda provisional de sus hijos a través de medida cautelar antes relacionada, el padre retuvo desde el mes de diciembre del año pasado al menor Mario Fernando, entregándoselo hasta seis meses después por medio de requerimiento judicial, hecho ocurrido en el mes de junio del presente año; que el informe socio-económico no refleja la voluntad del niño, pues cuando se elaboró el mismo vivía con el padre a quien le atribuye carácter dominante; que posteriormente ella solicitó a la Trabajadora Social una nueva entrevista al niño pero aquella indicó que ya lo había rendido; que en lo referente a los informes psicológicos, en el rendido por la Licenciada Aguilera de Lemus, se indica que el menor parece tender a sentirse cansado, deprimido y decidido, replegándose sobre sí mismo, dictámen que se produjo cuando el menor vivía al lado del padre y que en el rendido por la Licenciada Verónica Mirella González Granados en su calidad de Asistente Auxiliar del Ministerio Público, puede establecerse que su hijo se encuentra confundido e indica que él se podría ir con su mamá si regresa a vivir con su papá, lo que evidencia el conflicto que vive su hijo y que el Juzgado al analizarlos solo mencionó lo que convino al demandado, habiendo omitido una nueva evaluación que la misma profesional realizara un mes después, cuando se manifiesta que el niño ya no evidencia conflicto con su madre, que existe ya una aceptación y estabilidad al estar a su lado. Por ello, solicitó que en auto para mejor fallar en esta instancia se revocara al menor Mario Fernando, al mismo tiempo solicita se revoque la sentencia de primer grado y como consecuencia le confiara la guarda y custodia y se fije una pensión alimenticia en favor de aquel. IV) Esta Sala, en resolución del día once de septiembre del año, en curso, dictó auto para mejor fallar mandando oír a los menores y citando a las partes a una junta conciliatoria a efecto de encontrar una solución en beneficio de aquellos; asimismo ordenó una ampliación al informe socio-económico. La audiencia a los menores se realizó el veintisiete de septiembre a las diez horas habiéndose presentado Andrea Alejandra y Mario Fernando, la primera actualmente de trece años cumplidos y el segundo de diez años cumplidos; fueron entrevistados separadamente ante los tres Magistrados titulares de la Sala y de sus manifestaciones que fueron claras, precisas y espontáneas se refiere: En cuanto a la menor Andrea Alejandra, su deseo de vivir al lado de la madre y de su hermano con quien se lleva bas-

tante bien; en cuanto a Mario Fernando, les indicó que si bien al principio había manifestado al Juez que quería estar con su papá, ahora se daba cuenta de que lo que desea es estar al lado de su mamá, lo único que también desea es no perder la relación con su papá, que con su hermana se lleva muy bien y que cuando estaba con su papá, pasaba largas horas al lado de los abuelos paternos y no tenía con quien platicar o distraerse; b) en lo referente a la junta conciliatoria, si bien asistieron las partes, no fue posible arribar a ningún arreglo, pues cada quien mantuvo su posición en defensa del interés que están haciendo valer en sus respectivas pretensiones; c) del informe socio-económico ampliado, se establece: que la Trabajadora Social entrevistó a los menores en forma privada, habiendo manifestado Andrea Alejandra que ella misma tomó la iniciativa de enviar una carta a su señor padre en donde le pedía que los dejara ser felices al lado de la madre, porque su hermanito había cambiado de opinión y no quería separarse de ellas; el menor Mario Fernando igualmente manifestó su deseo de permanecer al lado de la madre, admitiendo que antes estaba convencido que su felicidad estaba al lado del padre, a quien ama mucho pero el tiempo que estuvo con él tenía que pasar largas horas al lado de su abuela paterna, una tía política y otros familiares a quienes no tenía confianza de decirles que tenía sueño o que le ayudaran en sus tareas, que su madre lo trata bien y le ha prometido que podrá relacionarse con su padre, que hasta llamó por teléfono a su papá para decirle éste cambio de actitud, indica la Trabajadora Social que ambos menores se encuentran contentos en el hogar materno, que aman a su padre con quien desean relacionarse en forma normal, lamentando que antes tuvieran que distanciarse por la decisión de los padres de separarse. Se adjuntó al Informe constancia de asistencia y calificaciones de Mario Fernando correspondientes al presente mes octubre, que son indicativo que no se ha descuidado su educación y que le va bien en sus estudios; d) el demandado se pronunció en ésta instancia, manifestado que la parte demandante no presentó ni una sola prueba para corroborar los extremos de su pretensión; que la madre del menor no puede hacerse cargo de la guarda y custodia de los hijos por los malos tratos con los que conduce su educación, al extremo que el Juez de Mixco le concedió el depósito de su menor hijo Mario Fernando, solicitando que se confirme la sentencia. IV) Luego de la reseña de lo expuesto que viene a constituir el antecedente necesario para resolver la apelación interpuesta, ésta Cámara, arriba a las siguientes conclusiones: a) El Juez de primer grado, como quedó acotado al principio, al declarar con lugar la reconvencción planteada por el padre del menor Mario Fernando, le otorgó a él la guarda y custodia, fundamentándose en dos informes psicológicos, en el informe socio-económico y en la manifestación del niño expresada en favor de

quedarse con el padre, es decir, no se probaron entonces los hechos de la reconvencción que consistían en acreditar los malos tratos que aquél aduce respecto a que la madre al emplear medios correctivos hacía víctima a sus hijos. Al analizar los elementos de convicción tomados en cuenta, se infiere: que tanto el informe socio-económico que en estos casos si bien no constituye prueba, sí un valioso auxiliar para la decisión judicial, así como la declaración prestada por el niño, estos serían suficientes para resolver en la forma indicada, pues en lo que se refiere a los informes psicológicos, no sólo el segundo, el rendido por la licenciada González Granados resulta posteriormente modificado, sino los mismos no pueden ser concluyentes, habida cuenta que no provienen de un prueba de expertos en que la reconvenida en su caso pudo haber designado el suyo y el Juez a un tercero, y aún así, el dictámen de conformidad con la ley no obliga al juez, quien debe formar su convicción teniendo presente todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso. b) Si bien aquellos elementos formaron en su momento la convicción del juzgador, tales circunstancias en ésta segunda instancia han variado, tal como se demuestra: Uno: con la entrevista realizada a los menores y principalmente en el caso que nos ocupa, de Mario Fernando, quien expresó su deseo de permanecer viviendo al lado de su madre, pero manteniendo una relación con el padre; Dos: deseo que se ratifica al ser nuevamente entrevistado por la Trabajadora Social con motivo de la ampliación al informe socio-económico ordenado en auto para mejor proveer. Con tales antecedentes y velando por los intereses superiores del niño, como lo establece la Convención de los Derechos Sobre el Niño, aceptada y ratificada por Guatemala que de acuerdo a nuestra Constitución Política constituye ley fundamental en materia de derechos humanos y como consecuencia de mayor jerarquía; asimismo tomando en cuenta que se hace necesario cuidar de la salud física y mental del menor, como de su identidad hoy lesionada por la separación de sus padres, no puede seguirse contribuyendo a la desintegración de la familia, por lo que conservando aquel una buena relación con su madre y hermana, debe resolverse éste problema eminentemente humano, acorde a la situación del momento. En consecuencia de lo anterior, es por lo que ésta Cámara revoca parcialmente la sentencia en lo referente a la guarda y custodia del menor Mario Fernando Azmitia Castillo, en el sentido de que éste debe permanecer al lado de su madre, estableciendo obligatoriamente una relación familiar en favor del padre, la que por ahora se fija en la forma siguiente: el padre podrá relacionarse con su hijo y llevarlo con él durante un fin de semana -sábado y domingo cada quince días, debiendo devolverlo al hogar materno a las tardar el domingo a las dieciocho horas; sin perjuicio de lo

anterior, los padres de común acuerdo y velando porque no se interrumpen los horarios de estudio del menor, así como sus actividades y costumbres, podrán establecer un tipo de relación más amplio, procurando en todo caso no formar al niño a aceptar condiciones que puedan afectar su voluntad en un momento determinado. **CONSIDERANDO:** Como consecuencia de lo anterior, se hace también necesario revisar la sentencia en cuanto al juicio oral de fijación de pensión alimenticia y tomando en cuenta la capacidad económica del demandado acreditada en autos, se revoca el numeral V) de la sentencia, en el sentido de fijar también una pensión alimenticia en favor del menor Mario Fernando Azmitia Castillo, en la cantidad de un mil quetzales que el demandado deberá pagar a la actora en los términos y condiciones establecidos en el fallo de primer grado. Con base a las consideraciones anteriores se hace procedente revocar la sentencia en los puntos: II), III) y V); modificarla en el VIII) y X) y confirmarla en los demás. **ARTICULOS:** 1o.-46-47-51- de la Constitución Política de la República de Guatemala; 66-67-69-71-126-127-128-130-139-177-178-186-194-195-199-200-202-206-209-602-603-606-610- del Código Procesal Civil y Mercantil: -1o.-2o.-3o.-8o.-10-12-14-19 y 20- de la Ley de Tribunales de Familia; 166-167-252-256-260-262- del Código Civil 1-2-3-5-6-8-9-12-18-24- inciso 1o.)-27-28 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 88- inciso b)-141-142-143-147-148 de la Ley del Organismo Judicial. **POR TANTO:** Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver declara: I) **REVOCA** lo resuelto mediante el punto II) de la sentencia apelada; como consecuencia declara: **CON LUGAR** la demanda Oral entablada por ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL DE AZMITIA en contra de MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO, en lo que respecta a la guarda y custodia del menor MARIO FERNANDO AZMITIA CASTILLO; II) **REVOCA** lo resuelto mediante el punto III) de la sentencia, por lo que declara: **SIN LUGAR** la Reconvención planteada por MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO contra la demandante ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL DE AZMITIA; III) **REVOCA** lo resuelto mediante el punto V) de esa sentencia, en consecuencia declara: **CON LUGAR** la demanda oral promovida por ANA LUCRECIA CASTILLO GUDIEL DE AZMITIA en contra de MARIO FERNANDO AZMITIA MONTENEGRO, para la fijación de pensión alimenticia a favor del menor MARIO FERNANDO AZMITIA CASTILLO, por lo mismo se fija esa pensión en la cantidad de UN MIL QUETZALES, la que ha de pagar el demandado en forma mensual, anticipada y sin necesidad de cobro o requerimiento alguno; IV) **MODIFICA PARCIALMENTE** lo resuelto mediante los puntos: VIII) y X) de la sentencia en el sentido siguiente: a) las pensiones alimenticias provisionales pendientes de pago a la fecha, deberán hacerse efectivas en el monto aquí establecido que es de tres mil quinientos quetzales mensuales en total; b) además

de la relación familiar establecida en sentencia, el padre podrá relacionarse con su hijo Mario Fernando Azmitia Castillo y llevarlo con él durante un fin de semana -sábado y domingo- cada quince días, debiendo regresarle al hogar materno a más tardar el domingo a las dieciocho horas; y V) CONFIRMA en todo lo demás la sentencia. NOTIFIQUESE. Y, con certificación de lo resuelto, vuelva el proceso al Juzgado de su origen.

LIC. ROLANDO ESCOBAR CABRERA  
MAGISTRADO TITULAR EN FUNCION DE PRESIDENTE

LIC. ANGEL NOE BARRERA DE PAZ  
MAGISTRADO TITULAR EN FUNCION DE VOCAL I

LICDA. AMANDA RAMIREZ ORTIZ DE ARIAS  
MAGISTRADA SUPLENTE EN FUNCION DE VOCAL II

En el caso transcrito la demanda fue planteada por la actora el 20 de abril de 1994, la sentencia de primer grado es de fecha 24 de julio de 1995 y la de Segundo Grado fue dictada el 17 de octubre de 1995.

En la sentencia de Primer Grado el juez declaró sin lugar la demanda y con lugar la reconvencción en relación a la Guarda y Custodia del menor Mario Fernando, en tanto que el Tribunal que conoció en Segunda Instancia resolvió en forma contraria, que según el criterio de la sustentante se baso en los siguientes puntos:

1. En Primera Instancia se declara que la demandante no presenta medios de prueba que respalden su pretensión, sin embargo el reconveniente tampoco presenta pruebas sobre los supuestos

malos tratos aducidos a la demandante. Sin embargo el Juez solamente se pronuncia en relación a lo que la demandante omite no así a la otra parte.

2. El Juez de Primera Instancia tomó como prueba los informes rendidos por las Profesionales psicólogas, en tanto que el Tribunal de Segunda Instancia señala que estos no obligan al juzgador a emitir una resolución, sino solamente orientan la sana crítica. Asimismo, en Primera Instancia, se toma de los informes vertidos por las Psicólogas solamente la parte que beneficia al reconveniente y como consecuencia perjudica a la demandante, por ejemplo no se señala que el menor ha manifestado rasgos de cansancio, depresión e indecisión y percibe de su padre un caracter dominante.
3. Por otra parte en Primera Instancia no se tomó en cuenta que a la demandante se le había conferido la Guarda Provisional del menor Mario Fernando, y que éste fue restituido al hogar familiar después de seis meses por requerimiento judicial.
4. Al haber estado el menor un tiempo con su madre y hermana, éste cambia de opinión, al respecto de vivir con su madre o con su padre, lo que manifiesta en la Audiencia a la que con-

curriera en Segunda Instancia. También en el informe rendido por la Agente Auxiliar del Ministerio Público se señala que el menor presenta confusión es decir indecisión por no definir con quien prefiere vivir.

- b). Al considerar ambas instancias la opinión del menor, que lamentablemente se convirtiera en objeto principal del litigio, se constata que las cuestiones de Guarda y Custodia de menores son más que situaciones de derecho, circunstancias humanas ventiladas ante un Tribunal por la incapacidad de congeniar de dos partes, que afecta a un ser que sin ser parte del asunto, resulta ser la parte más perjudicada y débil.

Por esta razón es que la sustentante considera de suma importancia la implementación de legislación específica, para acelerar el proceso en el que, puede aseverarse, se define la vida de un ser humano que bien podría ser el futuro Presidente o tal vez un humilde obrero pero emocionalmente sano, internamente equilibrado.

A continuación en el Capítulo IV se presenta lo que puede ser un proyecto de Ley que beneficie al Derecho de Familia, y por consiguiente a esta célula de la sociedad

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central



CAPITULO CUARTO

A. PROYECTO DE MODIFICACION A LA LEGISLACION CIVIL.

Los artículos sobre Guarda y Custodia que la sustentante considera deben incluirse en el Libro I del Código Civil son:

CAPITULO VIII

GUARDA Y CUSTODIA

Artículo 278. (En el matrimonio o fuera de él).- La Guarda y Custodia es la obligación que tienen los padres de proteger, cuidar y velar por la alimentación, educación y formación de los hijos menores que hubieren procreado, dentro o fuera del matrimonio.

Artículo 279. (Guarda y Custodia Provisional). Si la Guarda y Custodia fuere ejercida por ambos padres unidos en matrimonio o no y estos por cualquier razón decidieran separarse o divorciarse, la autoridad judicial respectiva, mediante el trámite de los incidentes, resolverá quien de los padres tendrá la Guarda y Custodia Provisional.

Artículo 280. (Requisitos para obtener la Guarda y Custodia Provisional). El progenitor que pretenda obtener la Guarda y Custodia Provisional, deberá acudir ante los Tribunales de Familia

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

del domicilio del menor, comprobar el parentesco mediante Certificación de la partida de nacimiento; comprobar mediante declaración de testigos, sus buenas costumbres, vida moral y posibilidades económicas, y especificar las razones por las cuales solicita que le sea otorgada la Guarda y Custodia Provisional.

**Artículo 281. (Incumplimiento de las disposiciones judiciales).**  
Si la resolución judicial no fuere obedecida por uno de los progenitores, y sustrajere al menor del hogar señalado por el Juez, éste certificará lo conducente para que sea resuelto en el ramo penal y dará la orden inmediata de restituir el menor al hogar.

**Artículo 282. (Auxilio de las Autoridades).** Si el sustractor no obedeciere la resolución de restituir al menor inmediatamente, e Juez competente, de oficio, ordenará a las autoridades que procedan a la devolución del menor sustraído, al hogar que se les indique.

**Artículo 283. (Informe por demora).**- Si después de quince días hábiles no se hubiera resuelto el incidente de Guarda y Custodia la parte actora podrá pedir un informe de las razones por las cuales se ha demorado el mismo.

El objetivo de proponer el trámite de los incidentes como procedimiento para resolver las cuestiones de Guarda y Custodia es acelerarlo y evitar el desequilibrio emocional o el riesgo físico de los menores, que pueden afectar gravemente su desarrollo y crecimiento.

### CONCLUSIONES

La Patria Potestad es un derecho y una obligación otorgada a los padres para cuidar y proteger a sus hijos durante su minoría de edad.

La Guarda se constituye por las obligaciones que tienen los padres respecto a sus hijos no emancipados, siendo éstas las de alimentarlos, protegerlos defenderlos e instruirlos de acuerdo a su capacidad económica.

La Custodia es la obligación y también el derecho que tienen los padres de vigilar, convivir con el menor y velar por su seguridad física.

Guarda y Custodia son dos figuras íntimamente relacionados, pues al existir una naturalmente surge la otra.

En Guatemala el ordenamiento jurídico en materia de familia deviene obsoleto, lo que redundará en sentencias dictadas con interpretación de la ley de forma subjetiva.

La no especificación de plazos en la ley, sobre todo para el trámite de familia ocasiona problemas, al producirse alguna disputa en la asignación de la Guarda y Custodia de los menores, por parte de sus progenitores. Lo que redundará en un daño imperceptible al inicio pero profundo al transcurrir el tiempo, tomando en cuenta que la familia es la célula de la sociedad.

7. La labor de los jueces puede ser más sencilla, si tienen con respaldo un ordenamiento jurídico, moderno y adaptado a las necesidades actuales, por lo que es necesario modificar el Código Civil en lo relativo a la guarda y custodia de menores, adaptando el trámite de los incidentes a estas cuestiones.

### RECOMENDACIONES

La sustentante considera de inminente necesidad que:

1. Se ratifique el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles y de familia de la Sustracción Internacional de Menores debiéndose sugerir su importancia ante las autoridades, especialmente del Ministerio de Relaciones Exteriores por parte de la Universidad de San Carlos, específicamente la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
2. Se promueva un proyecto de ley para implementar nuevos artículos en materia de Guarda, Custodia escasamente regulados en el actual Código Civil.

**BIBLIOGRAFIA**

**AUTORES NACIONALES**

1. BRANAS, ALFONSO  
1985 Manual de Derecho Civil  
Guatemala, impresiones  
Industriales, 386 pp.

**AUTORES EXTRANJEROS**

1. CABANELLAS, GUILLERMO  
1979 Diccionario de Derecho Usual  
Editorial Heliasta, Buenos A.  
Argentina
2. CASSON, LIONEL  
1973 Egipto Antiguo. Ediciones  
Time Life. Netherland 192 pp.
3. GRIMBERG, CARL  
1973 Historia Universal Daimon  
La Edad Media Tomo IV  
Ed. Daimon Manuel Tamayo  
Barcelona 399 pp.
4. HADAS, MOSES  
1967 La Roma Imperial  
Ed. Time Life Netherland  
190 pp
5. MARBAN ESCOBAR, EDILBERTO  
1989 Historia Antigua y Media  
Ed. Minerva Books Ltd.  
Nueva York, N.Y. 360 pp.
6. MOMMSEN, THEODOR  
1958 Historia de Roma II  
Editorial Sánchez Leal S.A.  
Madrid. 190 pp.
7. PLANIOL MARCEL &  
RUPERT, GEORGES  
1991 Tratado Elemental de Derecho  
Civil. Cardenas Editor.  
México. Tomo II. 521 pp.
8. PUIG PENA, FEDERICO  
1976 Compendio de Derecho Civil  
Español: 3a. Ed. Ediciones  
Pirámide, S.A. Madrid, España  
Tomo V 696 pp.
9. ROJINA VILLEGA, RAFAEL  
1988 Compendio de Derecho Civil.  
Ed. México Editorial Porrúa.  
1988.

**LEYES:**

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
  2. Código Civil.
  3. Código Procesal Civil y Mercantil.
  4. CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.
- Tratado Internacional no Ratificado por Guatemala hasta la fecha.