

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

**LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE GUARDA Y
CUSTODIA TRAMITADOS EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA**

MARÍA DE LOS ÁNGELES OVALLE OVALLE

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2005.

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

**LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE GUARDA Y
CUSTODIA TRAMITADOS EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
por

MARÍA DE LOS ÁNGELES OVALLE OVALLE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2005.

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br.	Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Gerardo Prado
Vocal:	Licda.	Mayra Yojana Véliz López
Secretario:	Lic.	José Roberto Mena Izeppi.

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor Osberto Orozco y Orozco
Vocal:	Lic.	Carlos Humberto De León Velasco
Secretaria:	Licda.	María Celsa Menchú Ulín de López.

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).

DEDICATORIA

A DIOS: Por haberme dado la vida, la oportunidad de ser quien soy, por ser mi guía, mi maestro.

A MIS PADRES: Lesvia Ovalle de Ovalle y
Carlos Ronaldo Ovalle Escobar
Por haberme traído al mundo y creer en mí, gracias por su apoyo constante e incondicional en todos los momentos de mi vida; los amo.

A MI ESPOSO: Mario Amézquita Santizo
Por haberme dado la oportunidad de conocerte, gracias por tantos momentos de felicidad que me has dado; te amo.

A MI HIJA: María Jimena
Por ser mi razón de ser, la recompensa y bendición más grande que he recibido de Dios; te amo mucho y siempre voy a estar contigo mi amor.

A MIS HERMANOS: Mary, Cecilia y Luis Carlos
Por su cariño tan especial y compartir mis satisfacciones, los quiero mucho y gracias por creer siempre en mí.

A MI SOBRINA: Ana Fernanda
Te quiero con todo mi corazón.

A MIS ABUELITOS:

Gracias por su apoyo, por su amor, por estar siempre conmigo y cuidar de mí; los llevo en mi mente y en mi corazón.

A TODA MI FAMILIA:

Especialmente gracias a los señores Mario Amézquita y Rosy de Amézquita, por su ayuda desinteresada para alcanzar mis metas.

A MIS AMIGOS:

Dayrin Teo, Licda. Elia María Berdúo, Lic. Federico Núñez, Lic. Juan Calderón, Vivian, Karen y Ligia Amézquita, y Erick Valvert, con cariño.

A MI ASESOR Y REVISOR
DE TESIS:

Lic. Henry Osmín Almengor Velásquez
Lic. Carlos Ronaldo Ovalle Escobar.
Por su valiosa colaboración, dedicación y esmero en la elaboración de este trabajo de tesis.

A LOS LICENCIADOS:

Edgar Castillo
Estuardo Castellanos.
Profesionales a los que siempre les estaré agradecida por su apoyo.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:

Por su enseñanza.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1 Definición	1
1.1.1. La familia, el derecho y el Estado	3
1.1.2. La realidad de la familia	5
1.2. Definición de derecho de familia	5
1.3. Naturaleza jurídica del derecho de familia.....	7
1.4. Aparecimiento del derecho de familia en nuestra legislación.....	7
1.5. Los menores de edad y su capacidad civil	8

CAPÍTULO II

2. La guarda y custodia.....	11
2.1. La guarda.....	11
2.1.1. Antecedentes históricos.....	11
2.1.2. Definición.....	13
2.1.3. Regulación legal	13
2.2. La custodia	15
2.2.1. Antecedentes históricos	15

	Pág.
2.2.2. Definición	16
2.2.3. Regulación legal	17
2.3. Diferencia entre la guarda y la custodia de menores de edad ...	18

CAPÍTULO III

3. Juicio oral de guarda y custodia.....	19
3.1. Generalidades	19
3.2. El principio de oralidad	22
3.3. El juicio oral.....	23
3.4. Características del juicio oral	24
3.5. Juicio oral de guarda y custodia	25
3.5.1. Interposición y admisión de la demanda	26
3.5.2. Comparecencia de las partes a la audiencia de juicio oral	28
3.5.3. Desarrollo de la audiencia	29
3.5.3.1. Fase de conciliación.....	29
3.5.3.2. Fase de ratificación de la demanda	31
3.5.3.3. Fase de contestación de la demanda.....	31
3.5.3.4. Fase de proposición y diligenciamiento de los medios de prueba ofrecidos por las partes.....	33
3.5.4. Diligencias para mejor proveer y sentencia	38
3.6. Fines del juicio oral de guarda y custodia.....	38

CAPÍTULO IV

Pág.

4. Leyes que regulan sobre la protección del derecho de los menores de edad, a externar su opinión libremente dentro de los procesos de guarda y custodia.....	41
4.1. Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala	41
4.2. Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206.....	42
4.3. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Decreto número 27-90 del Congreso de la República de Guatemala.....	44
4.3.1. Antecedentes históricos	44
4.3.1.1. Relación cronológica del surgimiento de los derechos del niño	46
4.3.2. Definición.....	48
4.3.3. ¿Por qué una Convención sobre los Derechos del Niño?..	50
4.3.4. Aspectos importantes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	52
4.3.5. Fines de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño delimitados a través de la doctrina jurídica de la protección	53
4.3.5.1. Fines de carácter económico.....	54
4.3.5.2. Fines de carácter social	54
4.3.5.3. Fines de carácter psicológico	54

	Pág.
4.3.5.4. Fines de carácter político	55
4.3.6. Principios básicos contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	55
4.3.6.1. Principios generales del derecho del niño	55
4.3.6.2. Derechos y libertades civiles	55
4.3.6.3. Familia y tutela	56
4.3.6.4. Salud básica y bienestar	57
4.3.6.5. Educación, esparcimiento y actividades culturales.	57
4.3.6.6. Medidas especiales de protección	57
4.3.7. Las Naciones Unidas, órgano internacional garante de los derechos de la niñez	58

CAPÍTULO V

5. Análisis de las ventajas que representa la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en los procesos de guarda y custodia tramitados en los tribunales de familia	59
CONCLUSIONES	65
RECOMENDACIONES	67
ANEXO A	69
ANEXO B	71
ANEXO C	75
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo en relación a las ventajas de la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, en los procesos de guarda y custodia tramitados ante los tribunales de familia, lo elegí, porque considero que es importante la aplicación de dicho instrumento jurídico internacional, como complemento a las normas legales y principios jurídicos vigentes en Guatemala, para garantizar la protección que estos contemplan, a favor de los menores de edad. Además, considero necesario escribir sobre este tema, en virtud del grado de desconocimiento que existe en cuanto a la condición del niño en nuestra sociedad, como sujeto íntegro de derechos y deberes.

Es un tema que lleva consigo un valor de carácter jurídico-social, pues trata de asuntos que afectan a una colectividad, ya que al descubrir la importancia de la igualdad de los derechos que todos los miembros de las familias humanas tienen, se estaría colaborando con el desarrollo de toda una sociedad. Es importante establecer y conocer los derechos mínimos que le asisten a un menor de edad dentro de nuestra legislación y sociedad, y más aún, la obligación que existe de hacer valer dichos derechos en un problema judicial, donde su objeto, precisamente es tratar cuestiones que afectan la vida del menor.

En los juzgados de familia, y en general dentro de la sociedad guatemalteca, existe un desconocimiento sobre la norma jurídica a estudiar, y además existe en los mismos, prácticas inadecuadas que pueden ser modificadas para prestar un mejor servicio a la sociedad guatemalteca que demanda justicia, y más aún, a un miembro tan débil de la misma, quien a la fecha, se encuentra prácticamente desprotegido, ya que si bien es cierto, existe una norma jurídica que textualmente protege en todo sentido a un menor de edad, también es cierto que son derechos que se encuentran únicamente en letras y que a la fecha se empieza a descubrir la facultad que tienen los órganos

jurisdiccionales de aplicar el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El método que empleé para la elaboración del presente trabajo de tesis, fue el analítico, es decir, que se estudiaron todos los elementos de la norma jurídica internacional de que trata el mismo, analizando las funciones que ejerce el juez de familia en el desarrollo del juicio oral de guarda y custodia, especialmente en relación a la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, habiendo utilizado para ello la técnica bibliográfica, es decir, el estudio de la diversidad de conceptos básicos que nos presentan varios autores sobre las distintas definiciones relacionadas con el tema a tratar dentro del trabajo.

El trabajo en mención consta de cinco capítulos, el primero de ellos contiene una diversidad de conceptos de lo que es la familia, el derecho de familia, su naturaleza jurídica, su aparición en nuestra legislación, así como las diferentes definiciones de lo que es un menor, y su capacidad civil dentro del mundo jurídico. El segundo capítulo está compuesto por una diversidad de conceptos de lo que es la institución jurídica de la guarda y lo que es la institución jurídica de la custodia, sus antecedentes históricos, sus definiciones, sus regulaciones legales y sus diferencias. El tercer capítulo contiene conceptos de lo que es el principio de oralidad, el juicio oral y sus características, el juicio oral de guarda y custodia y sus fines. El cuarto capítulo contiene el desarrollo de las Leyes y Tratados Internacionales que regulan sobre los derechos de los menores, a aplicar dentro de los juicios orales de guarda y custodia. El quinto y último capítulo contiene el análisis de las ventajas que obtienen al aplicar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los procesos de guarda y custodia tramitados en los tribunales de familia.

Al delimitar el problema de la presente tesis, me hago la siguiente pregunta:

(iii)

¿Qué ventajas conlleva la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el desarrollo del juicio oral de guarda y custodia?, como respuesta a la interrogante tengo la siguiente hipótesis:

“La aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, representa grandes ventajas dentro de los procesos de guarda y custodia tramitados ante los juzgados de familia, ya que dicho Tratado brinda respaldo a las normas jurídicas internas que regulan sobre la protección a la niñez en Guatemala, garantizando aún más el bienestar emocional, psicológico y moral de los menores dentro de su familia. Su grado de conocimiento dentro de nuestra sociedad, es mínimo, siendo ésta aún, joven en su aplicación”.

Dentro de las ventajas que conlleva el aplicar el contenido de dicha norma jurídica, dentro de los procesos de guarda y custodia, podemos mencionar: Concede la debida importancia que tiene la opinión de los menores, y que las mismas sean tomadas en cuenta al momento de resolver los juicios donde se discute la determinación de su guarda y cuidado; vela porque un menor no sea separado del padre que no obtenga su guarda y custodia, es decir, que se respete el derecho que tiene el menor de tener una libre comunicación y relación con el padre que no cuide de él, y; permite la promoción del bienestar del menor, reduciendo así al mínimo, el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia.

En virtud de lo anterior, tengo la intención que el presente trabajo sea otro aporte más, que permitirá establecer la importancia del contenido de dicha norma jurídica, asimismo, su aplicación dentro de los juicios orales de guarda y custodia tramitados ante los juzgados de familia, logrando de esta manera una cumplida justicia.

CAPÍTULO I

1. La familia

1.1. Definición

La familia reviste una importancia capital, ya que es la base necesaria de las organizaciones sociales y, como consecuencia de ello, el fundamento mismo del Estado, al cual históricamente precede.

La familia, cuya evolución cubre un ciclo inmenso en la historia de la humanidad, ha atravesado por innumerables vicisitudes, y en su constante desarrollo llega hasta nuestros días en la forma en que la conocemos, esto es, desprovista de la rigidez y severidad exageradas que presentaba en la vieja organización romana, en la que se consideraba como una unidad poderosamente ligada al padre de familia (*pater familiae*), en cuyo derredor giraba la vida de la misma y a quien se le atribuían poderes y autoridad extraordinarios, inclusive el derecho de vida y muerte sobre los miembros de ella.

La familia es una realidad natural, esencial al hombre y a la sociedad. Es por ello un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma.

Dentro del tema, es importante resaltar lo que para el autor Juan Antonio González, es la institución de la familia: “Conjunto de personas que descienden de progenitores comunes y que se origina en el matrimonio, la filiación y la adopción”.¹

Personalmente considero esta definición muy generalizada para lo que, en la actualidad se considera como “familia”, ya que ésta no es simplemente un conjunto de personas que descienden de progenitores comunes, sino las relaciones que

¹ Elementos del derecho civil. Pág. 73.

nacen de dicho agrupamiento, las consecuencias que sufre y los elementos derivados del mismo.

Asimismo Sebastián Soler la define como: “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.²

En esta definición ya se logran establecer otros elementos de la institución de la familia, como lo son los medios a través de los cuales se mantiene, y su finalidad.

La Real Academia Española define a la familia como: “Personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Conjunto de individuos que tiene alguna condición común”.³

Personalmente la institución de la familia la defino como: la base de toda sociedad. Institución social basada en el matrimonio, la cual se encuentra constituida por personas entre las cuales existe un vínculo jurídico, ya sea por consanguinidad, afinidad y/o adopción, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, naciendo así diversidad de relaciones dentro de una sociedad, y teniendo como finalidad servir como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros.

² **Fe en el derecho.** Pág. 45.

³ **Diccionario de la lengua española.** Pág. 949.

1.1.1. La familia, el derecho y el Estado

El Derecho no puede desconocer a la familia, su constitución, ni su modo de ser natural, sino por el contrario, reconocer esa realidad y, conforme a su esencia y consistencia, regularla en orden a su fin específico, es decir, ingresar a la sociedad a los miembros de la misma familia. En otras palabras: el Derecho Positivo de Familia está inmediatamente determinado por el Derecho Natural, al que no puede contradecir.

La Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos 1 y 47 establece lo siguiente:

- Artículo 1. Protección a la persona. “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

- Artículo 47. Protección a la familia. “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

Por su parte dentro del Código Civil no existe una norma jurídica que proteja expresamente a la familia como una institución independiente, tal como lo hace la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo sí regula ciertas instituciones relacionadas con la familia, esto en el Título II de su Libro I:

- El matrimonio;
- La unión de hecho;
- El parentesco;

- La paternidad y filiación matrimonial;
- La paternidad y filiación extramatrimonial;
- La adopción;
- La patria potestad;
- La tutela.

La familia se constituye en nuestra legislación como la base de toda organización social.

De lo anterior se puede deducir que, por mandato legal el Estado debe reconocer, respetar y tutelar a la familia; asimismo debe evitar convertir a la familia en un medio para conseguir fines sociales o políticos que desnaturalicen su finalidad. Debe hacer cuanto pueda para asegurar a las familias todas aquellas ayudas económicas, sociales educativas, políticas y culturales que necesite.

Por su parte, la familia debe facilitar la tarea del Estado con una apertura solidaria a toda la sociedad, siendo su aportación más valiosa la de proporcionar hombres y mujeres íntegros y buenos ciudadanos, que no sean una carga para el sistema social sino, por el contrario, aporten los elementos necesarios para vivir en armonía, en un ámbito de justicia y paz social.

La satisfacción de las necesidades básicas, materiales y espirituales que se dan en la familia, hacen posible a su vez, una comunicación fecunda de sus miembros con las demás personas. Por esto la familia como institución es insustituible para la persona y para la sociedad. Puede afirmarse que la buena salud de toda una sociedad, se mide en la calidad de vida de las familias que la integran.

1.1.2. La realidad de la familia

En la familia se fragua el futuro de la humanidad; la familia es víctima de muchas fuerzas que tratan de destruirla y deformarla, entre ellas: el consumismo, la corrupción, los vicios, tales como la drogadicción, la crisis de valores como la dignidad, solidaridad, fraternidad, fidelidad, responsabilidad y respeto. Todas ellas como factores internos y externos influyen en su desintegración y ruptura.

Estimo que algunos medios de comunicación contribuyen a la deformación de valores y principios que constituyen el pilar sustantivo de la familia; presentando modelos de vida que excluyen al ambiente de amor, fraternidad, solidaridad y respeto que debe imperar dentro de la familia.

1.2. Definición de derecho de familia

Así como cualquier manifestación del derecho, el derecho de familia se debe definir desde dos puntos de vista:

- Desde el punto de vista objetivo; y,
- Desde el punto de vista subjetivo.

Desde el PUNTO DE VISTA OBJETIVO, según el tratadista Federico Puig Peña, el derecho de familia es “el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares”.⁴ Personalmente considero en cuanto a este punto de vista que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En este sentido, es corriente, entre diversos tratadistas como Rafael Rojina Villegas o el mismo Federico Puig Peña, el dividir el derecho de familia, en derecho de familia puro o personal y derecho patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El primero regula los vínculos

⁴ **Compendio de derecho civil español.** Pág. 22

personales de la organización, y se puede decir que es el propio derecho de familia. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar, y, aunque participa también de la esencia propia del grupo, parece que se acerca más a las ramas del derecho civil.

Desde el PUNTO DE VISTA SUBJETIVO, al igual que desde el punto de vista objetivo, el tratadista Federico Puig Peña lo define así: “Conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros, como consecuencia de la especial configuración que la familia tiene en el derecho”.⁵ Es decir, este punto de vista se refiere a que el derecho de familia lo constituyen las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros en relación a los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar, como tal o a sus diversos miembros, como consecuencia de la especial configuración que la familia tiene en el derecho.

Para desarrollar el tema, Rafael Rojina, define al derecho de familia en los siguientes términos: “Conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, la vida y disolución de la familia”.⁶

De esta definición considero que el derecho de familia tiende a regular la organización de la familia, en lo referente al matrimonio, los regímenes del matrimonio o derecho matrimonial, el parentesco, la paternidad y la filiación.

⁵ Ibid.

⁶ **Compendio de derecho civil I, introducción, personas y familia.** Pág. 201.

1.3. Naturaleza jurídica del derecho de familia

El derecho de familia siempre se ha encontrado situado entre las ramas fundamentales del derecho civil. Según el jurista Federico Puig Peña en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este Derecho. Es así como se ha discutido acerca de que el derecho de familia pertenece a la rama del derecho privado o del derecho público”.⁷ Algunos tratadistas como Federico Puig Peña y Castan Tobeñas coinciden en que la familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes; de ahí surge la existencia de un interés familiar, que debe distinguirse del individual o privado y del estatal o público, lo que no quiere decir que exista una clasificación tripartita, o sea, derecho público, derecho privado y derecho de familia, ya que este último, desde el punto de vista práctico, no es conveniente separarlo de las demás ramas del derecho privado, pues las relaciones familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial, por lo que se concluye en que el derecho de familia pertenece al derecho privado por encontrarse íntimamente ligados y relacionados.

1.4. Aparecimiento del derecho de familia en nuestra legislación

El derecho de familia a través de los siglos, en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, tiene singular importancia, así como en toda sociedad política y jurídicamente organizada.

También en nuestra legislación se ha dado la regulación jurídica del derecho de familia.

⁷Ibid. Pág.14

Según el autor Alfonso Brañas ⁸, las Constituciones promulgadas en 1945 y 1946, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones, un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado el deber de emitir leyes y disposiciones que la protejan. El Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley de Tribunales de Familia, son de suma importancia en esta rama del Derecho, especialmente esta última, puesto que creó los juzgados del ramo de familia y las salas de apelaciones de familia, tribunales con jurisdicción privativa del derecho de familia.

Personalmente, comparto lo afirmado por dicho autor, al resaltar la importancia de esos cuerpos legales dentro de todo lo relacionado con el derecho de familia, y muy especialmente la Ley de Tribunales de Familia, por ser una ley que regula específicamente, lo relacionado con los procedimientos a aplicarse en el derecho de familia, la competencia jurídica, las facultades que invisten a los jueces de familia, y así, señala, individualiza y complementa lo establecido en el Código Civil y Código Procesal Civil.

1.5. Los menores de edad y su capacidad civil

La minoría de edad es considerada como “el estado civil de la persona física que no ha cumplido los dieciocho años”. ⁹

Según nuestra legislación un menor de edad es sinónimo de “niño”, ya que como establece el Artículo 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, éste es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Asimismo el Artículo 8 del Código Civil en su parte conducente establece: “... Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años ...”.

⁸ **Manual de derecho civil.** Pág. 105

⁹ **Diccionario jurídico Espasa.** Pág. 643

Históricamente, es casi constante la consideración del menor como persona sometida a una especial protección, derivada de su propia dependencia. Así la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la protección a los menores de edad:

Artículo 51. Protección a menores y ancianos. “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”.

Dos son las causas genéricas que explican el régimen jurídico del menor:

- De un lado, la natural falta de conocimiento para desenvolverse en la vida, de carácter naturalmente relativo y presente en mayor o menor grado según el tipo de actos de que se trate.
- De otro lado, estar, normalmente, bajo la guarda de los padres, que impone al menor un deber de respeto, lo que explica una inicial adjudicación de la gestión de sus intereses a los propios guardadores. Es más, nuestra legislación regula dicha obligación del hijo, esto en el Artículo 263 del Código Civil, el que establece “Los hijos aún cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida”. Pero en lo demás, se reconoce al menor un amplio poder de actuación, que se manifiesta en las diversas esferas de la relación. En la esfera personal y familiar, la presencia del menor es constante, o, si actúa acompañado de un representante,

esta intervención es meramente complementaria y para actos de trascendencia en el tiempo que reclaman total estabilidad.

Nuestra legislación reconoce una capacidad relativa hacia el menor de edad, la cual es ejercida por los mismos sin necesidad de acompañarse de sus padres, tutores o responsables de su guarda y custodia, es decir ciertos menores de edad son capaces para algunos actos determinados por la ley, por ejemplo:

- El varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14 años tienen capacidad para contraer matrimonio (Artículo 81 Código Civil).
- La mujer mayor de 14 años tiene capacidad para reconocer a sus hijos (Artículo 218 Código Civil).
- Los menores de edad, de uno u otro sexo, que tengan catorce años o más tienen la capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida (Artículos 259 Código Civil; 31 del Código de Trabajo).
- Los menores de edad, de uno u otro sexo, que hayan cumplido dieciséis años de edad, tienen aptitud para ser testigos dentro de un proceso civil (Artículo 143 del Código Procesal Civil y Mercantil).

CAPÍTULO II

2. La guarda y custodia

2.1. La guarda

2.1.1 Antecedentes históricos

Tomando en consideración lo que el autor Alejandro José Flores Maldonado hace referencia en su obra “Origen del Derecho de Familia y las instituciones del Código Civil”, 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 padre también se constituía en un sacerdote para su familia, dándole 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, considerando que en virtud de la concepción, la 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.

En Roma, la guarda de los hijos es concedida 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, sin especificar edad.

En la Edad Media, el padre sigue siendo la 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 vistos. Los tornos empezaron a cerrarse en 1823, pero sin embargo, en la actualidad, públicamente se practica la entrega de menores a los hospicios.¹⁰

En la actualidad, nuestra legislación regula que la guarda de los menores la tienen ambos padres de los mismos, al establecer la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su Artículo 9: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”. Sin embargo, si esto se ve afectado por la separación o el divorcio entre los progenitores, éstos podrán convenir a favor de quién queda la guarda de los menores hijos, según lo establecido en el Artículo 166 del Código Civil; pero si no existiere acuerdo, el padre que considere tener derecho a otorgársele a su favor la guarda de su menor hijo, puede tramitar su pretensión a través de un juicio oral, tal como lo establece nuestra legislación, Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, y el órgano jurisdiccional debe conocer sobre la solicitud, y en base a estudios o informes de Trabajadores Sociales u organismos especializados, tiene la obligación de otorgarla al padre o madre que considere, siempre en beneficio del menor, y tomando en cuenta la importante opinión que los menores puedan externar libremente con respecto al litigio, esto dependiendo de su edad y grado de madurez, basándose en lo que al respecto preceptúa el Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

¹⁰ Origen del derecho de familia y las instituciones del Código Civil. Pág. 58.

Asimismo la guarda de los menores la puede tener la madre, en el caso que fuere soltera y estuviere separada del padre de los menores.

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

2.1.2. Definición

Según la Enciclopedia Jurídica Española, la guarda la posee la persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa, observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto.¹¹

Considero que la guarda, con relación a la institución de la familia, 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.

2.1.3. Regulación legal

Actualmente no existe una regulación expresa al respecto, con un título específico, sino se menciona en forma somera en el Título II del Código Civil, Capítulo I, referente a los efectos de la separación y del divorcio, y Capítulo VII del mismo cuerpo legal, “De la patria potestad”, así:

- Artículo 166. A quién se confían los hijos. “Los padres podrán convenir a quién se confían los hijos; pero el juez, por causas

¹¹ Enciclopedia jurídica española. 17t.; pág. 273.

graves y motivadas puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.

- Artículo 253. Obligaciones de ambos padres. “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 260. Los hijos deben vivir con sus padres casados o unidos. “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 la 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”.

En virtud de lo anterior, se concluye que la “guarda” es un elemento que se encuentra inmerso dentro de la institución jurídica de la patria potestad, es decir, carece de asidero legal específico dentro de la norma sustantiva, situación que en alguna medida influye en la poca aplicación de la misma.

2.2. La custodia

2.2.1 Antecedentes históricos

De acuerdo a lo expuesto anteriormente por el autor Alejandro José Flores Maldonado, con relación 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 solo no penalizado, sino aún más grave, respaldado por la ley.

Según dicho autor, 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 Massachussets, estados de Estados Unidos de Norteamérica, se tomó esta institución como digna de ser reglada 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.¹²

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, ante la sospecha de abusos, malos tratos y malos ejemplos con los menores.

Ejemplo de esto último es, la figura del depósito de menores, figura aplicada ante cualquier agravio recibido, o de inseguridad por el menor que se encuentra

¹² **Origen del derecho de familia y las instituciones del Código Civil.** Pág. 62

bajo el cuidado de alguien, siendo éstos trasladados a un lugar seguro destinado para dicho efecto.

2.2.2. Definición

Este tema es abordado por el jurista, Guillermo Cabanellas de la siguiente manera:

“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”.¹³

En la actualidad, no sólo se confía a los padres la guarda de los hijos, sino también su vigilancia, el cuidado de dirigir sus acciones y de vigilar su desenvolvimiento moral.

El problema del niño se ha planteado de manera más acuciante en los tiempos modernos, precisamente por la libertad familiar existente y la menor permanencia de la madre en el hogar, por diferentes razones (especialmente por la crisis económica imperante en el país).

Se define entonces la “custodia” como la obligación y también el derecho que tienen los padres, u otra persona si así se determina, por bienestar de un menor de edad, de convivir con el menor, vigilar y velar por su seguridad física. Por lo que específicamente se puede plantear que el término custodia comprende varios puntos a saber:

¹³ **Diccionario jurídico elemental.** 2t; pág. 414.

- 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 aquél.
- Convivencia: Esto para cimentar en él no sólo la instrucción, mediante su asistencia a un centro educativo, sino también los valores morales, espirituales y sociales que no recibirá de ninguna otra persona, con la dedicación pertinente a su edad.
- Protección en cuanto a su persona: Protección de cualquier daño o peligro que pueda amenazar su salud física o mental.

En nuestra legislación, 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 aquél.

2.2.3. Regulación legal

Al igual que la figura de la guarda, está también carece de una legislación específica, se menciona en forma tácita en el Título II del Código Civil, Capítulo VII, “De la patria potestad”, en los Artículos 166, 253 y 260 (ya transcritos), y en el Código Procesal Civil y Mercantil en su Libro IV, en lo referente al “Divorcio y Separación” y “Seguridad de Personas”, de la siguiente manera:

- Artículo 427. “ ... Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre; y los hijos varones mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona ...”.

- Artículo 517. “ ... Seguidamente hará efectivo el traslado a la casa o establecimiento designado, entregará mediante acta los bienes de uso personal, fijará la pensión alimenticia que deba ser pagada; si procediere, tomará las demás medidas necesarias para la seguridad de la persona protegida y le entregará orden para que las autoridades le presten la protección del caso. Si se tratare de un menor o incapacitado, la orden se entregará a quien se le encomiende la guarda de su persona”.

2.3. Diferencias entre la guarda y la custodia de menores de edad

Por lo anteriormente expuesto, considero que no es posible establecer las diferencias esenciales entre esas dos instituciones jurídicas, lo que sí puede afirmarse es que forman parte de la patria potestad, y que son complementarias, y hasta podría decirse que se utilizan como sinonimias.

Tanto una como la otra, se aplican para los casos en que se pretende tener al menor bajo el amparo y protección, ya sea del padre o de la madre que las solicitan.

La guarda y la custodia de menores de edad se refieren a la acción de proteger, amparar y conservar a los mismos, sin embargo se puede exponer que “guarda de menores” se refiere a la protección, defensa y conservación de los menores; y, “custodia de menores” es la acción de cuidar y vigilar a los mismos.

CAPÍTULO III

3. Juicio oral de guarda y custodia

3.1. Generalidades

Vale la pena anotar lo que para el jurista Manuel Ossorio, es el juicio oral, é indica que: “Es aquel que se sustancia en sus partes principales de viva voz y ante el juez que atiende el litigio, en el juicio oral las pruebas y los alegatos de las partes se sustancian ante el juzgador. La oralidad es esencial para la inmediación y representa una forma esencial para la recta administración de justicia”.¹⁴

A este respecto considero que, el juicio oral es aquel proceso cuya oralidad, ya sea establecida en forma total o mixta, es decir, escrita-oral, como la que se da en nuestra legislación y en la práctica tribunalística, representa una forma esencial para la correcta administración de justicia especialmente en materia de familia.

Dentro de nuestra legislación el juicio de forma oral podría considerarse como un adelanto dentro del derecho procesal, ya que a través de éste se logran aplicar los principios doctrinarios básicos del proceso, como ejemplos esenciales se mencionarían: el principio de inmediación, el principio de concentración, el principio de economía procesal y el mismo principio de oralidad, que es la finalidad de todos los procedimientos judiciales.

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

- Los asuntos relativos a la obligación de prestar alimentos;
- La obtención de la guarda y custodia y de menores de edad;

¹⁴ **Diccionario de ciencia jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 552.

- La declaración del derecho de relación paterno-filial o materno-filial;
- Los asuntos relativos a la patria potestad de menores de edad.

El primero de ellos se encuentra regulado textualmente en el Artículo 199, numeral 3 del Código Procesal Civil y Mercantil.

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

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

Se le da el nombre de “juicio oral”, porque este se tramita IN VOCE, o sea que las audiencias celebradas dentro del mismo, SON VERBALES, en las cuales se trata de eliminar hasta donde sea posible, lo escrito, esto por las siguientes importantes razones:

- Porque las actas son el único testimonio que se conserva de todos los actos procesales realizados por las partes y el tribunal dentro del proceso.
- Para que el juzgador recuerde lo sucedido en cada audiencia, y tener así la base para poder dictar la sentencia.

- Porque contra la sentencia dictada dentro del proceso oral, únicamente cabe el recurso de apelación, debiéndose para el efecto remitir lo actuado dentro del mismo a la sala de apelaciones de familia, para que los miembros de ésta tengan la prueba de lo sucedido en primera instancia, y que puedan confirmar, revocar o modificar la sentencia dictada por el juez aquo.

Se convierte la oralidad entonces, en una herramienta de suma utilidad en la administración de justicia, especialmente en los procesos relacionados con conflictos de familia, donde el interés primordial es el de proteger una de las instituciones más importantes para el Estado y de la sociedad, como lo es la familia.

La oralidad es esencial para la inmediación y, según algunos autores, tales como Manuel Osorio y Guillermo Cabanellas, la oralidad representa una forma esencial para la correcta administración de justicia.

Importante es mencionar la existencia del código procesal civil modelo para Ibero América, el cual, según la autora Ana Patricia Ordóñez Hernández ¹⁵ “es un código tipo que sirve como base a las reformas que se pretenden en todos los países del área iberoamericana. Surgió porque en los países latino americanos, se ha tenido desde hace algún tiempo, la idea de la integración político-institucional, dicho normativo o código, presenta varias estructuras procesales contenciosas en donde la oralidad tiene gran importancia, toda vez que es a base de audiencias, claro que no omite la expresión escrita”.

La existencia de dicho cuerpo legal, en la actualidad, ha servido como base para la pronta tramitación de los juicios dentro de nuestro ambiente jurídico, ya que la oralidad es considerada uno de los principios fundamentales para el desarrollo de la justicia.

¹⁵ Análisis crítico de la inmediación del juez de familia en los juicios orales de alimentos. Pág. 27

Se contemplan dos formas o tipos de procesos civiles:

- a) Ordinarios, que es regla o vocación universal, en el cual tenemos pretensiones como los ejecutivos, tributario comercial, divorcio solo por dos causales, cuando hay sentencia condenatoria o cualquiera de los cónyuges es condenado con pena mayor de dos años, y;
- b) Extraordinarios, que es el más formal, en él se regulan pretensiones de situaciones urgentes entre ellas tenemos: los alimentos, acciones posesorias, menos la reivindicatoria, acciones de régimen de visitas, restitución de menores, investigación de la paternidad con derecho al nombre.

3.2. El principio de oralidad

Según lo interpreta el licenciado Mario Aguirre Godoy: “este principio más bien es una característica del juicio oral, el que se desarrolla por medio de audiencia, en forma oral, con concentración de pruebas y actos procesales, de todo lo cual se deja constancia por las actas que se levantan”.¹⁶

En lo personal, considero que el principio de oralidad surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan a viva voz, normalmente en audiencia, reduciendo lo escrito a lo estrictamente indispensable.

Nuestro proceso es predominantemente escrito, pero sí ha habido tendencia a introducir el sistema oral en los procedimientos.

En el nuevo Código Procesal, a favor de este principio se instituyó el juicio oral (Artículos 199 a 228) para ciertos asuntos, entre ellos los asuntos que por

¹⁶ **Derecho procesal civil**, 1t.; 1vol.; pág. 274.

disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía, para lo cual, como ya se mencionó anteriormente nos remitimos a la Ley de Tribunales de Familia en su Artículo 8, relacionado a los conflictos concernientes a menores de edad (conflicto por guarda y custodia).

3.3. El juicio oral

El Licenciado Mario Aguirre Godoy¹⁷, citando a Raúl Moretti indica que, en todo proceso de conocimiento como lo son los procesos orales, deben haber tres períodos:

PRIMERO: Las partes proponen al tribunal la contienda legal, sobre la que le piden su decisión, de acuerdo con las razones que cada una, en su momento lo exponen apoyándose en las pruebas que determinan.

SEGUNDO: El tribunal realiza la necesidad de instrucción, información o prueba de las afirmaciones de las partes.

TERCERO: El tribunal verifica esas afirmaciones a través de la valoración de las pruebas y dicta la sentencia definitiva.

La rígida aplicación del principio de la oralidad exigiría que el proceso se desarrollara oralmente en los tres períodos señalados.

Sin embargo, se puede admitir sin quebrantar el principio aludido, que la demanda, o sea la proposición de la contienda legal, y el período del ofrecimiento de la prueba, y la sentencia definitiva deben ser emitidas por escrito; esto refiriéndome a materia de familia, puesto que en la preparación del juicio y en la decisión del mismo, el sistema oral no tiene decisiva importancia.

¹⁷ Ibid. Págs. 16, 17

3.4. Características del juicio oral

- El sistema oral tiene la particularidad de ser utilizado sin intermediarios, es decir, debe celebrarse con mediación directa y exclusiva de juez competente, respetándose así mismo el principio de inmediación procesal, lo que permite al juzgador tener una mejor concepción de los argumentos presentados por las partes. Todos los actos procesales deben realizarse en presencia del juzgador y de las partes. Esto permite asumir responsabilidades de los participantes, someter al análisis directo e inmediato sus afirmaciones o negaciones, pruebas, contrapruebas, informes y alegatos.

- Aquello que parece un defecto censurable de la oralidad en la administración de justicia, se convierte en la más importante virtud; entre ellas: economía del tiempo y proximidad en el espacio. En virtud de lo primero, no se puede dilatar el trámite y hacerlo interminable. No se debe en lo posible transferir actos procesales fuera de la jurisdicción del juzgador; recibir y dirigir diligencias sin la presencia de éste. Esto sin duda, es lo más importante de la oralidad. Limita en el espacio y en el tiempo. Se consolida el proceso impidiendo que los numerosos y distintos actos procesales se sucedan con intervalos largos, o que un mismo acto procesal se suspenda para continuar luego de semanas o meses. Hay continuidad en el tiempo. Por el contrario, en el procedimiento escrito, para pasar de un acto procesal a otro puede demorar meses y a veces, años. La oralidad en los juicios permite reunir o concentrar todos o el mayor número de actos procesales en una sola o en muy pocas diligencias.

- Las ampliaciones, modificaciones, impugnaciones, apelaciones no caben en la forma y modo como ocurren en el procedimiento escrito.
- La concentración, unida a la vivacidad en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, motiva a los involucrados a buscar la verdad y llegar más rápido a un fin.
- De conformidad con el Artículo 200 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en este Título”.

3.5. Juicio oral de guarda y custodia

El procedimiento del juicio oral de guarda y custodia se tramita ante la jurisdicción privativa de familia. El Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 199 preceptúa:

“Se tramitarán en juicio oral:7º. Los asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía”. Es decir, que la demanda deberá presentarse en la vía oral, a base de audiencias, y el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, regula que:

“En cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral, mismo que está regulado en el Capítulo II y IV del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil”.

Pero antes de promover juicio oral de guarda y custodia, en la práctica, se agota primeramente diligencias ante los oficiales específicos de los tribunales de familia, quienes orientan a las personas que llegan por primera vez a un juzgado y

promueven convenios relacionados a la solicitud, para beneficio más inmediato de las personas que lo necesitan. Estos auxiliares del juez, también llamados oficial cuarto u oficial conciliador, desempeñan un rol importante dentro de un juzgado de familia, que en muchas ocasiones evitan que se promueva un juicio, según nuestro tema, juicio oral de guarda y custodia. Ahora bien, cuando es necesario promover el juicio de guarda y custodia se llevan a cabo los siguientes pasos:

3.5.1. Interposición y admisión de la demanda

La demanda oral de guarda y custodia puede presentarse verbalmente o por escrito, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en los Artículos 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil. Al promover la demanda, ya sea verbalmente o por escrito, deberá exponerse con claridad y precisión los hechos en que se funda la demanda, el fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas, ofrecer las pruebas que se van a rendir, acompañando, si la parte actora lo tuviere, los documentos en que funda su derecho, y formular la petición en forma clara y precisa, entre otros requisitos.

Para poder demandar la guarda y custodia de un menor de edad, es necesario que el solicitante acredite documentalmente el parentesco que lo une con el mismo, que deberá ser la certificación de la respectiva partida de nacimiento de él o los menores de edad.

Actualmente, lo más frecuente es que sea el padre o la madre quien solicite la guarda y custodia de su o sus menores hijos. Sin embargo también es admitido que sea el abuelo o la abuela, materna o paterna, quien solicite la guarda y custodia de sus menores nietos, esto por fallecimiento de la madre o el padre del menor, u otra causa que le impida poseer él o ella misma la guarda y custodia de sus hijos, basando dicha petición en lo que la ley establece con respecto al interés predominante de los hijos, como lo estipula el Artículo 262 del Código Civil, en su

parte conducente: "... debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo".

Establecido el parentesco del solicitante con el menor, deberá el demandante acreditar la situación en que se encuentra dicho menor, para fundamentar su pretensión.

Si la demanda se ajusta a los requisitos que establece la ley, el juez le da trámite a la misma, decretando si estuviere acreditada la situación del menor, provisionalmente la guarda y custodia del mismo a favor del solicitante, y en su defecto, dicha medida precautoria deberá decretarse de oficio, haciendo uso el órgano jurisdiccional de las facultades discrecionales que le otorga la ley, según lo establecido en el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, y basado en lo que se logre apreciar y establecer en el informe socioeconómico que rinda la trabajadora social adscrita al tribunal.

Dichos auxiliares de la administración de justicia, según la Ley de Tribunales de Familia en su Artículo 7, tienen asignada una función muy importante en la organización judicial guatemalteca, especialmente en los asuntos relacionados con el derecho de familia. El Código Civil les da también intervención a dichos profesionales, para los efectos de que el juez pueda resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, en los casos de separación o de divorcio, según lo establecido en el Artículo 166 de dicho cuerpo legal, en su parte conducente: "Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores...".

Ahora bien, en la resolución que admite para su trámite la demanda, además de decretarse las medidas precautorias que se crean conveniente necesarias y procedentes, el juez señala día y hora, para que las partes comparezcan a juicio oral con sus respectivos medios de prueba y se les previene que si no comparecen a la misma, se continuará el juicio en rebeldía de la parte que no lo hiciere, salvo justa causa, aplicándose supletoriamente las normas legales de materia laboral, , esto por falta de norma jurídica que regule en materia civil y de familia lo relacionado a las excusas a asistencia a audiencias señaladas para la celebración de juicio oral, utilizando el Artículo 336 del Código de Trabajo.

3.5.2. Comparecencia de las partes a la audiencia del juicio oral

Entre la notificación de la demanda efectuada al demandado y la resolución que le da trámite a la misma, y la audiencia señalada para la celebración de juicio oral, debe mediar por lo menos tres días, plazo que puede ser ampliado por razón de la distancia. Es decir, que la parte demandada debe encontrarse debidamente notificada, con tres días de anticipación al día señalado por el juez para llevar a cabo el juicio oral, plazo que puede ser ampliado en base a lo que el Código Procesal Civil y Mercantil indica en su Artículo 202.

La audiencia se inicia con la comparecencia de las partes a juicio oral; ahora bien, puede ser que una de las dos partes dentro del proceso, no comparezca a la audiencia señalada, por lo que se continúa el juicio en rebeldía de la parte que dejare de comparecer, esto a solicitud de parte.

Vale la pena mencionar que, al tenor de lo establecido en el Artículo 114 del Código Procesal Civil y Mercantil, es efecto de la rebeldía, el decretar embargo sobre los bienes propiedad de la parte declarada rebelde, en cantidad suficiente para asegurar el resultado del proceso.

También puede darse el caso que ninguna de las partes comparezcan a la audiencia, por lo que continuando con el trámite establecido en la ley, para este tipo de procesos, se deberá declarar rebelde a ambas partes, trayendo esto como consecuencia, el dictar la sentencia que en derecho corresponde, siempre y cuando se haya practicado el respectivo estudio socioeconómico a los mismos, y si fuere necesario y ordenado, el estudio psicológico. Sin embargo en la práctica tribunalística y, basándose en las facultades discrecionales que la ley otorga a los jueces del Ramo de Familia, algunos juzgadores, de oficio señalan otra audiencia para la celebración de juicio oral, ya que el objeto principal de dichos órganos jurisdiccionales, es solucionar los conflictos puestos de su conocimiento, en beneficio de la parte más débil, es decir, en el caso de los juicios de guarda y custodia, los menores de edad, por lo que lo esencial en este tipo de procesos es llevarse a cabo la fase de conciliación.

3.5.3. Desarrollo de la audiencia

En el desarrollo de la audiencia del juicio oral de guarda y custodia, se llevan a cabo las siguientes fases:

3.5.3.1. Fase de conciliación

Es una de las fases más importantes que se dan dentro de cualquier juicio oral, a la que se le deberá dar énfasis por parte del tribunal, especialmente en los casos en que intervienen intereses de menores, ya que teniendo éxito en esta fase se puede concluir con un proceso, convenio que al final será de gran beneficio para la parte más débil (el menor de edad).

Esta fase consiste en que el juez de familia, propone a las partes fórmulas ecuanímes de conciliación, y si las partes llegan a un acuerdo, el juez aprobará el mismo cuando no limite los derechos de la parte más débil, o sea contrario a la ley.

Particularmente soy del criterio que, esta fase tiene varias ventajas, toda vez que como se mencionó anteriormente, evita que el juicio oral continúe y se lleve a cabo en todo su desarrollo y evita también molestias de toda índole a las partes, especialmente el desgaste emocional que pudiera ocasionarse a los mismos y al menor.

Entre otras ventajas, también se podría mencionar que el contenido de dicho convenio es lo más acercado a la realidad de cada caso, pudiendo las partes pactar aún, más allá de lo contenido y solicitado en el proceso, es decir, en el tipo de juicio oral objeto del presente estudio, podría convenirse además de la guarda y custodia del menor, una relación paterno-filial o materno-filial, como sucede usualmente, a favor siempre de dicho menor, protegiendo así el derecho que tienen los niños de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Cuando no tiene éxito la fase de conciliación, el juicio oral de guarda y custodia debe continuar con su trámite, debiéndose dejar constancia de lo manifestado por las partes en dicha fase procesal, lo más específico posible, con el objeto que al momento de que se dicte la sentencia, se tome en cuenta lo ocurrido en la misma; sentencia que pone fin al proceso, y en la cual únicamente se deberá pronunciar el juzgador, sobre lo solicitado en la demanda, es decir, si ha lugar o, no ha lugar a otorgarse la guarda y custodia de un menor de edad a favor o en contra del solicitante, lo que comúnmente produce otro problema para el menor, ya que el padre que no haya adquirido la guarda y cuidado del mismo deberá iniciar otro proceso judicial para que se declare el derecho del menor a relacionarse con éste, puesto que son dos derechos totalmente diferentes pero ligados uno con otro.

3.5.3.2. Fase de ratificación de la demanda

En esta fase la parte actora ratifica sus pretensiones detalladas en el escrito inicial de demanda, la que, a su vez puede ser ampliada y/o modificada en cualquier sentido y, si el tribunal accede a la solicitud de ampliación y/o modificación de la demanda, la audiencia de juicio oral se suspenderá, a menos que, la parte demandada conteste la demanda y su ampliación en ese mismo momento y de esta manera continuar el juicio; de lo contrario se suspende la audiencia y se señala nuevo día y hora para la continuación de juicio oral.

En esta fase procesal, existe una laguna jurídica, toda vez que cuando la parte demandada, antes de la celebración de la audiencia ingresa al juzgado el escrito de contestación de la demanda, a criterio de algunos juzgadores la parte actora ya no puede ampliar la demanda, basándose en lo que estipula el Artículo 110 del Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a que podrá ampliarse o modificarse la demanda antes de que haya sido contestada. A criterio de otros juzgadores, la ampliación de la demanda si procede, aún cuando dicho memorial de contestación de demanda, sea presentado al tribunal por el demandado antes de que la parte actora amplíe y/o modifique la misma en su momento procesal oportuno, en virtud que el proceso es oral y la audiencia no se ha llevado a cabo, por lo que la fase de ratificación de la demanda, oportunidad de la parte actora posee para que si lo desea solicite la ampliación y/o modificación de la misma, no ha precluido, y es hasta en la fase de contestación de la demanda que debe resolverse el memorial relacionado, respetando así el principio doctrinario de preclusión en el proceso.

3.5.3.3. Fase de contestación a la demanda

En el memorial de contestación de demanda se deben observar los requisitos que la ley establece para el escrito de demanda, por lo que especialmente, la parte

demandada debe exponer con claridad y precisión los hechos en que se funda su pretensión, el fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas, ofrecer las pruebas que se van a rendir, acompañando, si la parte demandada lo tuviere, los documentos en que funda su derecho, y formular la petición en forma clara y precisa; pudiendo éste tomar las siguientes actitudes:

A) Previo a contestar la demanda, interponer excepciones previas en contra de la demanda planteada en su contra:

La parte demandada, previo a contestar la demanda planteada en su contra podrá interponer excepciones previas en contra de la misma, las cuales se encuentran reguladas en el Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil, mismas que deberán interponerse en el momento en que se contesta la demanda, debiendo el juez resolver en esa misma audiencia, las excepciones que pudiere; de lo contrario deberán ser tramitadas en vía incidental, y en consecuencia se dará audiencia a la parte demandante por el plazo de veinticuatro horas, según lo establecido en el Artículo 207 del cuerpo legal anteriormente relacionado, suspendiéndose la audiencia de juicio oral y resolviendo el juez las excepciones en auto separado, en el que si se declaran con lugar dichas excepciones, mandará a subsanar los errores que se hubieren incurrido en la demanda, y si se declaran sin lugar las mismas, el juez deberá señalar nuevo día y hora para la continuación de juicio oral.

En el caso de la excepción de incompetencia, esta se debe resolver con prioridad, ya que si la misma es declarada con lugar, el juez se abstendrá de seguir conociendo del proceso. En cuanto a las excepciones que nacen con posterioridad y las de cosa juzgada, caducidad, prescripción, pago, transacción y litispendencia, se podrán interponer en cualquier tiempo, mientras no se haya dictado sentencia en segunda instancia, esto de conformidad con lo señalado en el Artículo 205 del Código Procesal Civil y Mercantil.

B) Contestar la demanda en sentido negativo e interponer excepciones perentorias:

Si la parte demandada no está conforme con las pretensiones de la parte actora, expresará con claridad en la propia audiencia de juicio oral, los hechos en que funda su oposición, pudiendo en ese mismo acto interponer excepciones perentorias, las que se resolverán en sentencia, ya que su objeto es destruir el fondo del asunto puesto de conocimiento del órgano jurisdiccional, tal como lo establece el Artículo 204 del Código Procesal Civil y Mercantil.

C) Contestar la demanda en sentido negativo y plantear reconvencción en contra de la parte actora:

Al contestar la demanda podrá la parte demandada reconvenir a la parte actora, según lo preceptúa el Artículo 204 del Código Procesal Civil y Mercantil, es decir contrademandarla, lo que dentro de los procesos orales de guarda y custodia es usual o común, ya que la base de la oposición a la demanda por parte del demandado, es poseer este la guarda y custodia del menor. Si se plantea reconvencción, se deberá suspender la audiencia, señalando otra para la continuación de juicio oral, a menos que la otra parte decida contestar la reconvencción en ese mismo acto, continuándose el trámite del juicio.

3.5.3.4. Fase de proposición y diligenciamiento de los medios de prueba ofrecidos por las partes

Diversidad de autores, tales como los juristas Eduardo Couture y Hugo Alsina sostienen que corresponde a las partes la prueba de sus afirmaciones. Pero se ha discutido sobre si esto constituye o no una obligación. La opinión más difundida es

la sostenida por el jurista Hugo Alsina¹⁸, el que afirma que la prueba constituye una carga procesal para las partes, por cuanto que, si no la producen estarán sometidas a las consecuencias que se deriven de su omisión, cuando según los principios que se expondrán les corresponda aportarlas.

Según nuestra legislación, las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, ya que quien pretende algo, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, pudiendo el juez rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso, extremos contenidos en los Artículos 126 y 127 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Cuando las partes han aportado todo elemento probatorio, no se presenta ningún problema, por cuanto que el juez fallará de conformidad con los medios de prueba presentados, ofrecidos, propuestos y diligenciados por las partes. El problema en cambio surge, cuando las partes han omitido aportar pruebas o bien son insuficientes, para lo cual, en los juicios relacionados con intereses de menores, el juez de familia deberá recurrir a los medios auxiliares de que dispone, por ejemplo: los informes que rinden las trabajadoras sociales y, en el caso especial en que se discuta la guarda y custodia de un menor, el juez deberá escucharlo, para que este libremente exponga su opinión al respecto del juicio, auxiliándose también en la Unidad de Psicología Clínica del Organismo Judicial, como un derecho del menor y una obligación del órgano jurisdiccional, ya que a través de este medio se podrá acercar aún más a la realidad del menor.

Como anteriormente se menciona, son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en este título, de ahí que los medios de prueba que las partes pueden aportar al proceso oral son:

¹⁸ **Tratado.** Pág. 225.

- Declaración de las partes;
- Declaración de testigos;
- Dictamen de expertos;
- Reconocimiento judicial;
- Documentos;
- Medios científicos de prueba;
- Presunciones legales y humanas

Uno de los artículos importantes de la Ley de Tribunales de Familia es el Artículo 12, el cual nos indica sobre las facultades discrecionales que poseen los jueces de familia para dictar las medidas que consideren pertinentes y, la obligación que tienen de investigar la verdad en las controversias que se les planteen y ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos y apreciará la eficacia de dicha prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere necesaria la protección de los derechos de la parte más débil, antes o durante la tramitación de un proceso puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía.

El Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, aunado con el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, le otorga al órgano jurisdiccional la facultad de escuchar a los menores, objeto de ciertos procesos, entre otros, el juicio oral de guarda y custodia, esto con la finalidad de acercarse aún más a la realidad del mismo y dictar un fallo más justo y protector de la parte más débil. Queda a discreción del juez tener en cuenta la opinión que emita el menor, de

conformidad con su edad y madurez. Dicha diligencia puede ser solicitada por alguna de las partes o diligenciarse de oficio por el tribunal.

Es importante establecer las fases del procedimiento probatorio, y según el Licenciado Mario Aguirre Godoy son tres: ¹⁹

- El ofrecimiento:

En cuanto a esta fase, ya sabemos que según el Código Procesal Civil y Mercantil, la prueba debe ofrecerse en la demanda y en la contestación de ésta, esto según el Artículo 206.

- El petitorio o solicitud de admisión:

En cuanto a esta fase, el autor Eduardo Couture afirma que, de uno a varios medios de prueba, responde al concepto de que no existe prueba válida que no sea obtenida en el juicio por mediación del juez, porque el juez es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del magistrado. ²⁰

Dentro de nuestro marco jurídico, esta fase es conocida como proposición de los medios de prueba, y ésta en el proceso oral se debe llevar dentro de la audiencia de celebración de juicio oral, o sea en presencia del juez, aplicándose así el principio doctrinario de inmediación procesal.

¹⁹ **Derecho procesal civil.** 1t.; 1vol.; págs. 573, 574, 575

²⁰ **Fundamentos de derecho procesal civil.** Pág. 155

En la fase de proposición de los medios de prueba, las partes tienen obligación de presentar los elementos de convicción que fueron ofrecidos en la demanda y en la contestación de demanda.

- El diligenciamiento:

Este tercer momento de la prueba, el jurista Eduardo Couture lo define como: “el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el juicio los distintos elementos de convicción propuestos por las partes”.²¹

El diligenciamiento de los medios de prueba ofrecidos y propuestos por las partes debe llevarse a cabo asimismo en la misma audiencia de juicio oral. En el caso de la declaración de las partes, éstas se reciben siempre y cuando hayan sido apercibidos los absolventes, con anterioridad para diligenciar dicho medio de prueba.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, según lo establece el Artículo 206 del Código Procesal Civil y Mercantil, las partes están obligadas a concurrir a la primera audiencia con sus respectivos medios de prueba, mismos que fueron ofrecidos en su momento procesal oportuno. Sin embargo se puede diferir la audiencia de juicio oral, en virtud de que no fuere posible rendir todas las pruebas en la misma, esto dentro de un término que no debe exceder de quince días.

Extraordinariamente y siempre que por circunstancias ajenas al tribunal no se pudieren aportar todas las pruebas, el juez podrá señalar una tercera audiencia dentro del término de diez días.

Un medio de prueba es comunicado a la parte contraria después de formular su petitorio; continúa la fiscalización durante el diligenciamiento, en el cual pueden

²¹ Ibid. Pág. 156.

las partes presenciarlo y asimismo fiscalizarlo e impugnarlo mediante los procedimientos legales de impugnación: falsedad del documento, tacha de testigos, aclaración de peritos etcétera.

3.5.4 Diligencias para mejor proveer y sentencia

De conformidad con lo establecido en el Artículo 206 último párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil, que nos remite a su vez al Artículo 197 de la ley antes indicada, el juez puede ordenar diligencias para mejor proveer, y posterior a ello y teniendo a la vista los informes socioeconómicos y psicológicos rendidos por los respectivos profesionales, en virtud de los estudios practicados a las partes, procederá a dictar la sentencia, y si no fue necesario el auto para mejor proveer, el juez dentro del plazo de cinco días a partir de la última audiencia, procede a dictar sentencia; si es el caso que la parte demandada se allanó o ha confesado los hechos expuestos en la demanda, el juez dicta sentencia dentro del tercer día y cuando no comparezca la parte demandada a la primera audiencia sin causa justificada, el juez debe fallar sin más trámite. En esta clase de juicios sólo es apelable la sentencia.

3.6. Fines del juicio oral de guarda y custodia

El juicio oral de guarda y custodia tiene como fines, la promoción de los valores fundamentales del derecho como lo son: la justicia, la seguridad y el bien común; los cuales considero que se pueden dar de la siguiente forma:

- Valor Justicia:

El juez de familia al dictar sentencia dentro del juicio de guarda y custodia de un menor de edad, lo hace otorgando la misma al progenitor, quien según se

desprende y aprecia de los elementos de convicción, garantiza el bienestar del menor. Este valor lo visualizamos en el Artículo 279 del Código Civil.

- Valor Seguridad:

En sentencia, cuando el juez establece la situación de cuidado y guarda del menor, se establece la tranquilidad de la existencia de un título que contiene la declaración de un derecho, que es exigible y que al momento de no cumplirse con la obligación, procede su ejecución. Este valor lo encontramos en el Artículo 337 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- Valor bien común:

El bien común se alcanza cuando se tienen las condiciones necesarias para que quienes legalmente tienen el derecho de solicitar la guarda y custodia de un menor, disponen también de los medios indispensables para hacerlo valer. Este valor lo encontramos en el numeral 1 del Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil, y en el Artículo 166 del Código Civil.

Considero que el fin primordial del juicio oral de guarda y custodia es la protección de la parte más débil en la relación familiar, es decir, que existe una tutela jurídica en cuanto a la efectividad del goce de los derechos que posee el menor, su desarrollo físico, intelectual y moral, adecuado a su edad.

CAPÍTULO IV

4. Leyes que regulan sobre la protección del derecho de los menores de edad, a externar su opinión libremente dentro de los procesos de guarda y custodia

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

El objeto de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos como lo son el derecho a la vida, derecho a la igualdad, derecho a la integridad personal, derecho a la familia y a la adopción, derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, derecho a la educación, cultura, deporte y recreación, etcétera.

Los órganos que protegen la integridad de los niños y adolescentes son:

- La Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, según lo establece el Artículo 85 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia;
- El Procurador de los Derechos Humanos, a través de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, según lo establece el Artículo 90 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia;
- La Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora, según lo establece el Artículo 94 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia;
- La Policía Nacional Civil, según lo establece el Artículo 96 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Asimismo, es importante mencionar que según el Artículo 98 de dicho cuerpo legal, se deben crear los siguientes juzgados que sean necesarios en la República, para el cumplimiento efectivo de las disposiciones contenidas en el mismo:

- De la Niñez y la Adolescencia;
- De Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal;
- De Control de Ejecución de Medidas;
- Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia.

Es de hacer notar que, de dichos órganos jurisdiccionales, a la fecha únicamente han sido creados los juzgados de la niñez y la adolescencia, anteriormente denominados juzgados de menores, incumplimiento de esta manera, el Organismo Judicial, a lo que la ley establece sobre la importancia de la creación de los mismos.

4.2. Ley de Tribunales de Familia, Decreto ley número 206

El objeto de dicho cuerpo legal, es la creación de los tribunales de familia, con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia, establecer su organización y los procedimientos a emplear en dichos asuntos.

Los tribunales de familia se encuentran constituidos por:

- Los juzgados de familia que conocen los juicios en primera instancia;
- Las salas de la corte de apelaciones de familia, que conocen en segunda instancia las resoluciones de los juzgados de familia.

Según el autor Manuel Gómez Méndez ²² “la imparcialidad es considerada como una de las cualidades más importantes de que debe estar revestido un juez de familia, añadiéndose otras que no dejan de ser menos importantes como son su abnegación, su vocación y su profesionalidad”.

En este sentido, considero que un juez de familia debe tener un sentido altamente social, y su vocación debe responder a esta exigencia. Toda su profesionalidad, su preparación jurídica, indispensable para el papel que le toca vivir cuando se le ha encomendado un cargo judicial en este ramo; se hace necesario que esté impregnada de una absoluta abnegación, debiendo ser un juez más de justicia que un juez de derecho, por la sencilla razón que conocerá ambos asuntos relacionados con personas que en este caso en la mayoría de las veces serán asuntos relacionados con niños, no puede administrar justicia de manera fría, inflexible, despersonalizadamente; por el contrario, su conciencia debe estar siempre fija en la familia y ver en ella el elemento fundamental de la sociedad y del Estado ya que éste es protector de la familia.

Para que estos abusos terminen, el juzgador del ramo de familia deberá contar con las facultades discrecionales que la ley le otorga para proteger al más débil, en el caso de los procesos de guarda y custodia, el o los menores de edad.

También el juzgador deberá tener la facultad de poder investigar acerca de las controversias que se planteen y ordenar las diligencias de prueba que estime convenientes y necesarias, como por ejemplo el escuchar a un menor de edad, para tomar en cuenta su opinión para el fallo que se dicte.

Dentro de los procedimientos que establece la Ley de Tribunales de Familia, se encuentra el juicio oral, según lo establece el Artículo 8 de la ley citada,

²² Estudio crítico de la Ley de Tribunales de Familia. Pág. 23

preceptuando el mismo que, todas las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, se rigen por dicho procedimiento.

4.3. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Decreto número 27-90 del Congreso de la República de Guatemala

4.3.1. Antecedentes históricos

Desde 1924 surge la urgente necesidad de proteger a la niñez de todos los países del mundo, y es la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), la que en dicho año promulga el primer instrumento referido a los derechos de la niñez, el cual ha sido conocido como Declaración de Ginebra, la que a través de diez principios establece las garantías mínimas de respeto y protección para la infancia, esta primera versión es revisada en 1948 en el IX Congreso Panamericano del Niño, realizado en Caracas, Venezuela, a solicitud del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (a partir de 1957 Instituto Interamericano del Niño). En 1959 ésta es reformulada mediante resolución 1386/XIV de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como “Declaración de los Derechos del Niño” y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los Estatutos o instrumentos realizados por los organismos especializados y las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar de la infancia.

Durante los últimos años, la necesidad real de que se respeten y protejan los derechos del niño ha obligado a que las Naciones Unidas por medio de la Asamblea General, cree una nueva Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El veinte de noviembre de 1989, trigésimo aniversario de la Declaración del Niño, la Asamblea General aprobó unánimemente la Convención sobre los Derechos del Niño, la iniciativa de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño, fue presentada a la Asamblea General en 1979. La intención de Polonia subestimó

seriamente la magnitud y complejidad de la tarea, que con dificultades recién pudo ser completada en tiempo para el décimo aniversario del Año Internacional del Niño en 1989.

Si bien, el proceso de elaboración de la Convención parecía a veces interminables, al final de cuentas, los diez años de reflexión, consultas, debates y negociaciones no transcurrieron en vano. El anteproyecto original presentado por Polonia, como observaron varios gobiernos en la consulta inicial celebrada en 1978, consistía esencialmente en una mera reformulación de los derechos ya reconocidos en la Declaración de 1959.

Según el Instituto Interamericano del Niño²³, la Convención transforma al niño, de objeto de derecho a no solo ser sujeto de una amplia gama de derechos y libertades, sino a recibir una protección especial, aclara el significado de prácticamente toda la gama de derechos humanos para el niño, las niñas y adolescentes; establece un Comité Internacional de Expertos especializados en los derechos del Niño, con nuevas competencias para la promoción de tales derechos. La Convención y su proceso de elaboración han contribuido a ampliar y hacer más dinámicas las actividades de las principales organizaciones internacionales cuyos mandatos abarcan la protección de la niñez, entre ellos la UNICEF.

Personalmente considero que, a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por parte del Congreso de la República de Guatemala, el niño, figura entre los primeros que reciben protección y socorro, promulgando y promoviendo así, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones sociales y gobiernos nacionales el reconocimiento de los derechos que un niño posee y su observancia en nuestro medio social.

²³ **Boletín del Instituto Interamericano del Niño.** No. 230. 63t. Pág.

4.3.1.1. Relación cronológica del surgimiento de los derechos del niño

La protección del niño ha sido una preocupación del hombre a través de los siglos, lo cual puede observarse y evidenciarse mediante los siguientes datos:

1924	Se presenta a la Comunidad Internacional la Declaración de Ginebra, ésta es la primera manifestación sobre los derechos del niño.
1946	Se crea el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), inicialmente para ayudar a la niñez, mayormente afectada por la segunda guerra mundial.
1948	La Organización de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, para que todos los pueblos del mundo los promuevan y respeten.
1959 20 de noviembre	La Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración de los Derechos del Niño.
1976 21 de diciembre	La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la resolución que proclamó a 1979 como "Año Internacional del Niño".
1978	La República de Polonia presenta a la Comisión de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, una propuesta de Ley sobre los Derechos del Niño.

1979	<p>Se conmemora:</p> <ul style="list-style-type: none">a) El Año Internacional del Niño;b) El vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño;c) Se inicia la propuesta del proyecto para la Convención sobre los Derechos del Niño.
1989	<p>Se realizó el primer encuentro de parlamentarios en el que se revisó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, naciendo la idea de crear una Comisión Nacional por parte del estado de Guatemala, para que estudiara la Convención e hiciera las gestiones para lograr la adopción y ratificación por parte de este Estado.</p>
1990 15 de mayo	<p>Se manda a publicar en Guatemala, por parte del Estado, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, tratado internacional ratificado por el Congreso de la República de Guatemala a través del decreto número 27-90 del Congreso de la República.</p>
1990 1 de octubre	<p>Se realiza en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, la cumbre mundial a favor de la infancia. Además 71 Jefes de Estado y de Gobierno firmaron la Declaración Final que se convierte en ley en cada uno de estos países.</p>
1990 14 de diciembre	<p>Son aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD);

- b) Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

4.3.2. Definición

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es el fruto de la preocupación de la comunidad internacional en el fenómeno de la infancia, que se traduce en un contrato que vincula jurídicamente a la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.) y los países que la ratificaron. La Convención es el primer instrumento jurídico internacional que propugna la protección de la niñez, representa la lista más completa y exhaustiva que la comunidad internacional considera como Derechos Humanos del Niño, no obstante las diferencias culturales, ideológicas y de nivel económico.²⁴

Definiendo dicho ordenamiento, me refiero a él como un conjunto de normas jurídicas que establecen los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes a nivel mundial, aprobadas por la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.), es la codificación de varias normas relativas a los Derechos de la Niñez, dispersas en diferentes Declaraciones, Tratados o instrumentos de carácter internacional, más el establecimiento de ciertos derechos propios de los niños, niñas y adolescentes, que se fundamentan en su inmadurez física y psicológica y por el hecho de ser seres humanos en proceso de desarrollo.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pretende que en cada Estado en donde es considerada ley, se sitúe al niño, a la niña y al adolescente como una prioridad nacional, que su atención y cuidado sea la preocupación central y la razón de ser de las políticas gubernamentales, las cuales

²⁴ ALBANEZ, Teresa y Gemmell Sagastume. **La Protección internacional de los derechos de la niñez**. Ministerio de Gobernación. Pág. 2

deben ser orientadas o reorientadas dentro del marco de los principios que la Convención establece. Se reconozca que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Este instrumento supera la limitada concepción que se tiene en relación a los Derechos Humanos, los cuales en la práctica son considerados casi exclusivos de los adultos, es decir que sólo son aplicables a los mayores y en contadas ocasiones a los infantes.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención, significan y representan el mínimo que toda sociedad debe garantizar a sus niños, pues constituyen las normas básicas para el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en las diferentes etapas de su desarrollo.

Constituye el instrumento más importante de esta nueva doctrina; pues proporciona al marco general de interpretación en cuanto a la corriente que se maneja en la doctrina jurídica de la protección integral, y en la cual el niño constituye un sujeto de derechos y deberes frente al Estado, la sociedad y la familia.

Es en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, donde se hace énfasis a la vulnerabilidad del niño, quien por mucho tiempo se mantuvo jurídicamente desprotegido de sus derechos.

Es importante destacar que previo al surgimiento de la doctrina jurídica de la protección integral, en la cual se le otorgan al niño las garantías mínimas para un adecuado y completo desarrollo integral por parte del Estado, la sociedad y la familia, no existía ningún tipo de responsabilidad y obligatoriedad por parte de éstos en cuanto a proporcionar al menor las condiciones necesarias para su pleno desarrollo por lo que el abandono (estatal y familiar), el maltrato, la delincuencia,

etcétera, en que podría encontrarse un menor, eran seriamente penalizados e institucionalizados, debido a ello surge la necesidad de crear la Reglas de Beijing, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 de fecha veintinueve de noviembre de 1985.

Las Reglas de Beijing constituyen un conjunto de garantías de carácter jurídico penal, en las cuales se persigue responder a las necesidades mínimas que corresponden a la persona como sujeto de derechos, como ejemplo podemos citar: el derecho de defensa, el debido proceso, la presunción de inocencia, igualdad procesal, etcétera.

4.3.3. ¿ Por qué una Convención sobre los Derechos del Niño ?

El día 20 de noviembre de 1989 al conmemorarse el trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño y el décimo aniversario de la celebración del Año Internacional del Niño, se aprobó en el seno de las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que marcó un momento decisivo en la preocupación por la satisfacción oportuna y eficaz de las necesidades básicas de la infancia.

Muchos se preguntarán: ¿Por qué ahora una Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?

Y la respuesta enfática es: Porque a pesar de los adelantos y progresos de la humanidad, en muchos pueblos del mundo, el sobrevivir sigue siendo un reto grandioso y para muchos millones la satisfacción de las necesidades básicas de salud, alimentación y educación es sólo una posibilidad lejana y distante. Según estadísticas trabajadas por el Instituto Interamericano del Niño, la muerte sigue arrebatando diariamente 40,000 vidas de menores en un año, 1,000,000 de menores de cinco años muere cada año en América Latina y el Caribe, la mayoría

de esas muertes hubiera podido evitarse porque se deben a causas prevenibles por medios tecnológicos al alcance de todos. Por otra parte son millones los que viven sin alcanzar la salud y la alimentación indispensables, la educación y la capacitación para poder salir del abyecto mundo de la pobreza.

Este tratado internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aspira ante todo a colocar el tema del niño, de su vida y desarrollo, como una prioridad internacional y como un imperativo jurídico y moral para cada Estado, imperativo válido tanto en tiempos de paz como de guerra, de bonanza como de recesión, en condiciones normales y en situaciones de emergencia.

Este es un instrumento futuro del tenaz y civilizador trabajo de representantes de 43 países durante más de 10 años.

Como afirma James P. Grant, Director Ejecutivo del UNICEF,²⁵ “la esencia de la civilización es la protección de lo vulnerable y del futuro. Los niños como el ambiente, son vulnerables y ellos son el futuro”.

Considero que esta reflexión tiene que ver con la posición del niño en las sociedades de América Latina, la cual obedece a la concepción misma de la persona y sus derechos, y tiene que ver con la cuestión fundamental: ¿Desde cuándo la persona humana empieza a ser sujeto de derechos?

²⁵ **Boletín del Instituto Interamericano del Niño.** No. 230. 63t.; pág. 3

4.3.4. Aspectos importantes de la convención internacional sobre los derechos del niño

Como se sabe, hace ya 30 años la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, instrumento sin poder jurídico, vinculante pero con un alto poder moral que ha servido de inspiración para la formulación y elaboración de normas nacionales y para la preparación de excelentes programas de concientización sobre la necesidad de respetarlos.

El carácter de la Declaración no le otorga fuerza ni posibilidad de que el cumplimiento de sus preceptos pueda ser exigido, lo cual no se da en la Convención, ya que debido a su carácter de Tratado Internacional debe ser debidamente cumplido y respetado, por lo que es importante señalar los siguientes rasgos importantes de la Convención:

A) El cumplimiento y respeto a la Convención puede ser exigido jurídicamente;

B) Sus preceptos no sólo buscan garantizar el derecho del niño a ser protegido esencialmente en sus primeros años, sino que formula claramente el derecho de los niños a desarrollar sus potencialidades y su derecho a la participación activa, a través de las expresiones de sus intereses, en aquellos asuntos que conciernen a su propia vida y destino;

C) Sintetiza bajo un único instrumento una serie de normas que se encuentran dispersas en el ordenamiento internacional, recogidas en varios convenios, básicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño en el instrumento fundamental de lo que la comunidad internacional quiere que sean las políticas en relación con el niño;

D) El reconocimiento que se hace de la dignidad del niño como persona y, en consecuencia de sus derechos inalienables, esto implica que aquellos servicios que el Estado y otros establezcan para su protección y beneficio, no responden a un gesto de caridad y de espontánea solidaridad activa de unos frente a otros, o a una alternativa que se escoge de manera opcional, sino que se trate de la respuesta jurídica y social al cumplimiento de unas normas para las cuales se prevé un mecanismo de información y revisión de su aplicación;

E) La incorporación al Derecho Internacional vinculante de algunos derechos previamente reconocidos a nivel de declaraciones, así como la incorporación de algunas disposiciones de la Declaración sobre Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, con particular referencia a la Adopción y a la Colocación de Hogares de Guarda en los planos nacionales e internacionales de 1,986;

4.3.5. Fines de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño delimitados a través de la doctrina jurídica de la protección integral

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, constituye un instrumento amplio de derechos en el que se subsumen una extensa gama de fines de carácter económico, social, psicológico y político, tanto a nivel Estado como de sociedad y familia, a través de los cuales se persigue garantizar la protección integral de la niñez mediante una serie de mecanismos en los cuales todos somos co-responsables en el desarrollo integral de la infancia.

Lo anteriormente señalado se desprende de un minucioso estudio del contenido de los artículos que forman la Convención, y que permite clasificarlos de la siguiente manera:

4.3.5.1. Fines de carácter económico

Consiste en la obligatoriedad de cada uno de los Estados Partes en crear los mecanismos que permitan obtener los satisfactores necesarios para el crecimiento y bienestar de todos los miembros de la familia y en particular de los niños, mediante fuentes de trabajo, incentivos económicos, etcétera, los que permitirán al padre de familia poder asumir plenamente sus responsabilidades con respecto a sus hijos, pues al considerar a la familia como la base fundamental de la sociedad, se parte de ésta para afirmar que padres responsables, trabajadores y amorosos producen sujetos o más bien dicho, ciudadanos de la misma especie.

4.3.5.2. Fines de carácter social

Al referirme a los fines de índole social quiero hacer mención de los que ocupan un lugar prioritario dentro del contexto sociedad, como lo son: salud, educación, seguridad social, recreación, etcétera, los cuales constituyen una pequeña muestra de las principales obligaciones del Estado frente a la niñez.

4.3.5.3. Fines de carácter psicológico

Al cumplirse los fines de carácter económico y social que establece la Convención, se está propiciando cierta seguridad y garantía de poder propiciar en el niño un desarrollo económico completo, lo cual equivale a un desarrollo integral afectivo, mental y moral en el seno de su propia familia, la que a través del amor y la comprensión proporcionará el equilibrio y estabilidad emocional que todo infante necesita para desarrollarse y ser feliz.

4.3.5.4. Fines de carácter político

Los fines políticos a que se refiere la Convención se encuentran constituidos por los derechos de todo niño frente al Estado, en lo que corresponde a la libertad de expresión y pensamiento, conciencia y religión, y derecho de reunión

4.3.6. Principios básicos contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

A través del análisis jurídico se ha podido establecer que en la Convención sobre los Derechos del Niño, existe una serie de principios tanto de carácter general como de carácter especial, por lo que se hace necesario dar la siguiente clasificación:

4.3.6.1. Principios generales de los derechos del niño

- a) La no discriminación (Artículo 29, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- b) El interés superior del niño (Artículo 3, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- c) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Artículo 6, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- d) El respeto a la opinión del niño (Artículo 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

4.3.6.2. Derechos y libertades civiles

- a) Nombre y nacionalidad (Artículo 7, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

b) Identidad (Artículo 8, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

c) Libertad de expresión (Artículo 13, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

d) El acceso a la información pertinente (Artículo 17, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

e) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (Artículo 14, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

f) Libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (Artículo 15, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

g) La protección a la vida privada (Artículo 16, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

h) Derecho a no ser sometido a torturas y a otros tratos o pena crueles, inhumanos o degradantes (inciso “a”) del Artículo 37, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

4.3.6.3. Familia y tutela

a) Pago de pensión alimenticia del niño (párrafo 4º. del Artículo 27, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

b) Niños privados de su medio familiar (Artículo 20, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

c) Adopción (Artículo 21, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

d) Los traslados ilícitos (Artículo 11, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

e) Los abusos y el descuido (Artículo 19, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

4.3.6.4. Salud básica y bienestar

- a) La supervivencia y el desarrollo (párrafo 2º. del Artículo 6 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- b) Niñez con discapacidades (Artículo 23, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- c) La salud y los servicios sanitarios (Artículo 24, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

4.3.6.5. Educación, esparcimiento y actividades culturales

- a) Enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos (Artículo 28, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- b) Descanso, esparcimiento y actividades culturales (Artículo 31, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- c) Participación en la vida cultural y artística de los pueblos (Artículo 31, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

4.3.6.6. Medidas especiales de protección

- a) Niños en situación de excepción:
 - a.1) Niños refugiados (Artículo 22, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
 - a.2) Niños retornados (Artículo 38, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
 - a.3) Desplazados internos (Artículo 38, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño)
- b) Adolescentes que tienen conflictos con la justicia (Artículo 70, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);
- c) Niños sometidos a explotación:

c.1) Niños trabajadores (Artículo 39, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

c.2) La explotación y el abuso sexual (Artículo 34, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño);

c.3) Secuestro de niños y/o niñas (Artículo 35, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

4.3.7 Las Naciones Unidas, órgano internacional garante de los derechos de la niñez

La organización de las Naciones Unidas, órgano de carácter internacional realiza una actividad de vital importancia como órgano garantizador del cumplimiento y respeto a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual con la finalidad de supervisar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes, ha establecido un Comité de los Derechos del Niño, el cual desempeñará las funciones debidamente establecidas en la Convención, todo ello al tenor de lo que establecen los Artículos 43, 44 y 45 de la citada Convención.

CAPÍTULO V

5. Análisis de las ventajas que representa la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en los procesos de guarda y custodia tramitados en los tribunales de familia

De lo anteriormente investigado se deducen varias ventajas con respecto a la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los procesos de guarda y custodia de menores, ventajas, tanto para la parte más débil, o sea el menor objeto del proceso, como para las demás partes dentro del proceso, y para el tribunal que conoce sobre dicho conflicto.

PARA EL MENOR:

Durante muchos años, el menor ha sido considerado como objeto pasivo de la intervención del Estado, sin derecho a expresar su opinión respecto a sus necesidades y sentimientos.

Esta posición fue reiteradamente cuestionada por juristas y movimientos sociales y, finalmente superada totalmente a partir de la sanción, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por el gobierno de Guatemala en 1990. Este instrumento jurídico coloca a la niñez y a la adolescencia como sujetos plenos de derecho y promueve, junto con otros instrumentos de las Naciones Unidas, la doctrina de la protección integral.

La aplicación de dicho instrumento público acarrea, como ya se mencionó, muchas ventajas en favor de los menores dentro de los procesos donde se discute su guarda y custodia, entre ellas:

- Reconocer que, el niño no es únicamente, el objeto pasivo dentro de un proceso donde se discute su guarda y custodia, sino, por el contrario, que el mismo es el elemento esencial y dependiente del juicio;
- Reconocer que, el niño, por su falta de madurez física y mental, requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social, y que necesita protección jurídica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad;
- La obligación de reconocer y respetar los derechos de los menores de edad, relacionados con su libertad de expresión;
- Conceder la debida importancia que tiene la opinión de los menores, y que las mismas sean tomadas en cuenta dentro de los juicios donde se discute la determinación de su guarda y cuidado.

PARA LAS DEMÁS PARTES:

A través de la aplicación de las normas jurídicas específicas que garantizan la protección del menor de edad, las partes dentro de un proceso judicial, donde se discute algo tan trascendental, como lo es la guarda y custodia de un menor procreado dentro de una familia, pueden disponer de otro elemento de prueba, como lo es la declaración libre del mismo menor, esto para que se pueda esclarecer el hecho objeto del proceso, tomando en cuenta el órgano jurisdiccional, para el efecto, la opinión emitida por el menor, en función de su edad y madurez, lográndose definir la situación del mismo con la emisión de una sentencia más objetiva y apegada a derecho.

Entre las ventajas que conlleva la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para la parte demandante de la guarda y custodia de un menor y para la parte demandada dentro de un proceso de dicha naturaleza, están:

- El respeto a las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia u otras personas encargadas legalmente del niño;
- El velar porque un menor no sea separado del padre que no obtenga su guarda y custodia, es decir, que se respete el derecho que tiene el menor de tener una libre comunicación y relación con el padre que no cuide de él;
- El garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.

PARA LOS TRIBUNALES QUE ATIENDEN ASUNTOS RELACIONADOS CON LA SITUACIÓN DE MENORES:

Es compromiso del Estado el cumplir con el total contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reconociendo así la cooperación internacional que debe existir entre los Estado Parte de dicha norma legal, para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países como el nuestro, en desarrollo.

Tomando como base lo anteriormente expuesto, podríamos afirmar que el Organismo indicado para colaborar con el Estado de Guatemala, con el arduo trabajo de dar cumplimiento a lo preceptuado en dicho Tratado Internacional, es el Organismo Judicial, es decir, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación directa de promover y ejecutar un Tratado Internacional tan importante para la misma sociedad, como lo es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Se logró establecer en el presente estudio relacionado con la aplicación de dicha norma legal, específicamente en los juicios orales de guarda y custodia, que es probable que la aplicación a la misma, no sea muy usual en los tribunales de

justicia; sin embargo queda comprobado también que, su cumplimiento colabora con el principio de garantía a la protección de los menores de edad, ya que un fallo emitido por el juzgado que conoce el asunto, que se basa en lo preceptuado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, hace que el mismo se ajuste a derecho, ya que, entre otras disposiciones importantes contenidas en el cuerpo legal relacionado, se encuentra la que señala que el tribunal puede disponer de otros elementos y fundamentos no regulados para los procesos generales, lo que redundaría en que, la sentencia se ajuste a la justicia que es lo que debe prevalecer, por lo que se puede concretizar que, la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

- Permite a los órganos administradores de justicia, el ejercicio más amplio de las facultades discrecionales de que disponen los mismos en los procesos relacionados con conflictos donde intervienen menores de edad, de modo que los órganos jurisdiccionales puedan aplicar las medidas para proteger la salud física y mental de un menor, durante la tramitación de un proceso judicial donde se discuta su guarda y custodia, dando así efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;
- Permite que el órgano jurisdiccional pueda disponer de cualquier diligencia, informes sociales o psicológicos, esto para que los mismos tengan conocimiento de los antecedentes sociales, familiares y psicológicos del menor, permitiendo que éstas diligencias sean valoradas en la sentencia que se dicte dentro de un proceso de guarda y custodia, para que la decisión de la autoridad competente sea en bienestar del menor;
- Permite el perfeccionamiento de los servicios de justicia donde traten conflictos relacionados con menores, coordinando sistemáticamente

con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados;

- Permite la promoción del bienestar del menor, reduciendo así al mínimo, el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia.

CONCLUSIONES

1. Actualmente, la figura jurídica de la guarda y la custodia, carece de asidero legal específico dentro de la normativa legal sustantiva; es decir, no existe una regulación específica con respecto a dichas instituciones jurídicas.
2. La guarda de menores se refiere a la protección, defensa y conservación de los menores; y, la custodia de menores se refiere a la acción de cuidar y vigilar a los mismos.
3. La fase de conciliación es tan importante dentro del juicio oral de guarda y custodia, ya que teniendo éxito en esta fase, se puede concluir con un proceso, a través de un convenio, que al final será de gran beneficio para la parte más débil, que es el menor de edad.
4. Con fundamento en el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual regula las facultades discrecionales que poseen los jueces de familia, pueden los mismos ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a los menores objeto del proceso, y apreciarán la eficacia de dicha prueba conforme a las reglas de la sana crítica.
5. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es una norma complementaria que garantiza y protege los derechos de los menores de edad, y que reafirma la importancia de la regulación legal de los derechos que poseen los menores.
6. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes preceptuados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, significan y

representan el mínimo de derechos que toda sociedad debe garantizar y respetar a los menores de edad.

7. Con respecto a los juicios orales de guarda y custodia, una norma jurídica contenida en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de trascendental importancia y gran beneficio para el desarrollo y fin de dicho proceso, es establecer la importancia que tiene el derecho de libre expresión de los menores de edad, lo que se debe tomar en cuenta dentro de dichos juicios en función de la edad y madurez del niño.
8. La aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, trae como consecuencia, el perfeccionamiento del servicio de justicia prestado por el Organismo Judicial, ya que representa el respeto a los derechos del menor contenidos en dicho cuerpo legal, y la protección a sus garantías como parte activa dentro de la sociedad.

RECOMENDACIONES

1. Fomentar dentro de la sociedad guatemalteca, la importancia de la institución de la familia, como base fundamental de la sociedad, debiendo el Estado garantizar a la misma la respectiva protección y asistencia necesaria, para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.
2. Fomentar la importancia y necesidad de que los menores de edad crezcan en el seno de su familia, en un ambiente de seguridad, felicidad, amor y comprensión, para que logren el pleno desarrollo de su personalidad.
3. Fomentar dentro de la sociedad guatemalteca, el respeto de los derechos de los menores de edad, así como su protección integral, como protagonistas de su propio desarrollo, para el fortalecimiento del estado de derecho, la justicia social, la paz y la democracia.
4. Promover e impulsar la importancia de la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los juicios cuyo objeto es la guarda y custodia de un menor de edad, por ser un instrumento internacional suscrito y ratificado por el Estado de Guatemala.
5. Definir las facultades discrecionales de los jueces de familia contenidas en el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, para que los mismos apliquen las medidas que sean necesarias para el bienestar del menor de edad.
6. Reconocer la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todo el mundo, en particular en los países en desarrollo.

7. Propiciar la unificación de criterios en los tribunales del ramo de familia, en cuanto a la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los juicios de guarda y custodia que ante ellos se promuevan.

8. Que los tribunales del ramo de familia valoren conforme las reglas de la sana crítica, las declaraciones que los menores de edad presten en los juicios en que se decida su guarda y custodia.

ANEXO A

ORAL F1-2005-1992 Of. Y Not. 2do. JUZGADO SEXTO DE FAMILIA. GUATEMALA,
VEINTISIETE DE JUNIO DEL DOS MIL CINCO.-----

I) De oficio se señala la audiencia del día DIECINUEVE DE JULIO DEL DOS MIL CINCO A LAS ONCE HORAS, a efecto de que se escuche al menor EUDES NEFTAL{I MOSCOSO ORREGO; II) Ofíciase a la Unidad de Psicología Clínica del Organismo Judicial a efecto de que comisione a un Profesional de dicha Unidad para auxiliar a la Infrascrita Juez en la celebración de la audiencia señalada en el inciso anterior. Artículos: 2, 8, 9, 10, 12, 14, 20 de la Ley de Tribunales de Familia; 26, 31, 44, 45, 50, 51, 62, 66, 67, 75, 106, 109, 183, 199 al 216 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1, 2, 3, 4, 9, 10, 12, 13, 14 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

Licda. Flor de María Gil Ovalle de Juárez

Juez

Lic. Juan Orlando Calderón Sierra

Secretario

ANEXO B

ORAL F1-2005-1992 Oficial 2do. En la ciudad de Guatemala, el diecinueve de julio del dos mil cinco, siendo las once horas, el día y hora señalados para llevar a cabo la audiencia ordenada en resolución de fecha veintisiete de junio del dos mil cinco ante la Infrascrita Juez Sexto de Familia, Licenciada Flor de María Gil Ovalle de Juárez, Secretario que autoriza, Licenciado Juan Orlando Calderón Sierra, y Oficial de Trámite María de los Angeles Ovalle Ovalle, comparecen los señores: ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIAN, de datos de identificación conocidos dentro del procesos, se identifica con cédula de vecindad número de orden Ñ guión quince y de registro nueve mil doscientos veintisiete, extendida por el Alcalde Municipal de Santa Cruz El Chol del departamento de Baja Verapaz, documento que se tiene a la vista y se le devuelve en el acto. Se hace acompañar del Abogado Elfego Leonel Juárez Orozco, quien se identifica con el respectivo carné del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, colegiado número cuatro mil novecientos veinte, documento que se tiene a la vista y se le devuelve en el acto. MARÍA ODILIA ORREGO REYES, de datos de identificación conocidos dentro del procesos, se identifica con cédula de vecindad número de orden Ñ guión quince y de registro seis mil trescientos sesenta y uno extendida por el Alcalde Municipal de Santa Cruz El Chol del departamento de Baja Verapaz, documento que se tiene a la vista y se le devuelve en el acto. ADAN BELAMINO ORREGO REYES, de datos de identificación conocidos dentro del procesos, se identifica con cédula de vecindad número de

orden Ñ guión quince y de registro seis mil trescientos ochenta y cuatro, extendida por el Alcalde Municipal de Santa Cruz El Chol del departamento de Baja Verapaz, documento que se tiene a la vista y se le devuelve en el acto. Y BAUDILIO ORREGO REYES, de datos de identificación conocidos dentro del procesos, se identifica con cédula de vecindad número de orden Ñ guión quince y de registro seis mil ochocientos cincuenta y nueve, extendida por el Alcalde Municipal de Santa Cruz El Chol del departamento de Baja Verapaz, documento que se tiene a la vista y se le devuelve en el acto. Se hace constar la comparecencia del Licenciado en Psicología, José Angel Solis Ovalle, de la Unidad de Psicología Clínica del Organismo Judicial, quien se identifica con el respectivo carné extendido por dicho Organismo, y comparece a auxiliar a la Infrascrita Juez para llevar a cabo la presente diligencia. A continuación se procede a escuchar al menor EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO, quien se identifica con certificación de partida de nacimiento, la que obra en autos, diligencia que se lleva a cabo de la manera siguiente: El menor relacionado es llevado al despacho de la Infrascrita Juez, estando presentes únicamente la Juez, el Psicólogo y la Oficial de Trámite, quedando los demás comparecientes en la Sala de Audiencias. Se le amonesta al menor EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO, para que diga la verdad en todo lo que se le pregunte, el que manifiesta lo siguiente: "Mi mami está en los Estados, pero siempre me llama, me manda dinero, pero lo guardo en mi alcancía, voy a comprar juguetes, y también me manda juguetes, yo me quiero ir con ella, pero ahorita yo me siento bien con mi tía, no estoy

triste, pero quiero estar con ella también, juego con mi primo, él tiene siete años y yo también siete, él está en segundo y yo estoy en primero, estudio en el Peregrino, y ahora solo saco cienes y noventas. Mi papá se llama Alvaro, pero ya no me viene a ver, hace como dos meses, hasta ahora lo vi, cuando lo vi no me alegré porque él tiene otra mujer y otros hijos y por eso no me quiero ir con él. Con mis tíos yo juego, no quiero irme con mi papá porque ya tiene dos hijos, yo tengo a mi primo con quien jugar. Una vez me llevó mi papá en moto con su ora mujer, se llama Zenaida, pero no entré en su casa, él solo me dejó en la moto, ella no me ha hablado, yo no me quiero ir con él, yo me quiero quedar con mi tía. Mi papá si quiere que me vaya con él, pero yo no quiero, él me preguntó que si me quería ir con él y yo le dije que no. Mi tía me baña, me da comida y mis primos me ayudan a hacer mis deberes, yo no quiero ni ir a pasear con mi papi porque me puede llevar. Un día mi papi le pegó a mi mami y yo le iba a ir a decir a mi abuelita y él me tapó la boca. Yo estoy contento con mi tía". Se finaliza la presente diligencia en el mismo lugar y fecha de su inicio, siendo las once horas con treinta y dos minutos, la cual es leída por los comparecientes quienes enterados de su contenido la aceptan, ratifican y firma, así como la Infrascrita Juez y Secretario que autoriza.

Licda. Flor de María Gil Ovalle de Juárez

Juez

Lic. Juan Orlando Calderón Sierra

Secretario

ANEXO C

ORAL DE GUARDA Y CUSTODIA F1-2005-1992 Of. Y Not. 2do. JUZGADO SEXTO DE FAMILIA. GUATEMALA, VEINTE DE JULIO DEL DOS MIL CINCO.-----

Se tiene a la vista para dictar sentencia en el juicio oral de guarda y custodia arriba identificado, a cargo de la oficial y notificador segundo, promovido por el señor ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIÁN, en contra de los señores MARÍA ODILIA ORREGO REYES, ADÁN BELARMINO ORREGO REYES y BAUDILIO ORREGO REYES. La parte actora es de este domicilio, actúa bajo la Dirección y Procuración del Abogado Elfego Leonel Juárez Orozco. Los demandados son de este domicilio, actúan bajo la Dirección y Procuración de la Abogada Olga Molina Obregón. El proceso es de naturaleza oral y tiene por objeto la determinación de la guarda y custodia del menor EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO.

Y de los autos se extraen los resúmenes siguientes resúmenes: DE LOS HECHOS

CONTENIDOS EN LA DEMANDA: La parte actora expuso en su escrito inicial los siguientes hechos: A) Que con la señora Luvia Rubí Orrego Reyes contrajeron matrimonio civil el día siete de octubre de mil novecientos noventa y cinco, y como fruto de ese matrimonio procrearon a su menor hijo EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO, quien a la fecha cuenta con siete años de edad; B) Que su esposa viajó a los Estados Unidos de Norteamérica el día dieciocho de abril del dos mil cuatro, dejando a su menor hijo, recomendando en el hogar de sus hermanos, ahora demandados; C) Que desde el momento de la partida de su esposa de la República de Guatemala, la señora María Odilia Orrego Reyes y sus hermanos, en forma prepotente y enfática se

niegan a que pueda relacionarse con su hijo, no tomando en consideración que dentro del grado de parentesco y de conformidad con la ley de la materia, es la persona que ocupa el primer lugar, en cuanto al ejercicio de la patria potestad de su menor hijo y como consecuencia, el indicado para mantener la guarda y custodia del menor; D) Que la madre de su hijo no tomó en consideración lo preceptuado en el artículo 260 del ordenamiento sustantivo civil, y violando dicha norma dejó recomendado a su menor hijo, sabiendo que como padre legítimo, tiene el derecho y la obligación de velar por su alimentación, salud y educación, por lo que dejarlo en manos de otra persona pone en riesgo su integridad física y moral de su menor hijo complicándose aún más la situación por estar lejos de su persona y de la madre, motivo suficiente por el cual solicita que se decrete que definitivamente su menor hijo quede bajo sus cuidados, ya que cuenta con los medios económicos para tal propósito. Fundamentó su derecho, ofreció sus medios de prueba e hizo sus peticiones en forma clara y precisa. DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA: La parte demandada contestó la demanda en sentido negativo y expuso los siguientes hechos: A) Que efectivamente su hermana Luvia Rubí Orrego Reyes contrajo matrimonio civil con el señor Alvaro Rogelio Moscoso Milián, habiendo procreado durante el matrimonio al menor Eudes Neftalí Moscoso Orrego; B) Que debido a desavenencias en el hogar y a la manifiesta irresponsabilidad del esposo de su hermana, ellos se separaron por medio de un convenio voluntario de

separación de cuerpos celebrado en el municipio de El Chol, departamento de Baja Verapaz, con fecha veintisiete de enero del dos mil cuatro, en el que no fue posible fijar una pensión alimenticia para el menor procreado, en virtud de que el padre del mismo no quiso pasar una pensión suficiente para su esposa e hijo; C) Que el menor Eudes Neptalí Moscoso Orrego quedó bajo la guarda y custodia de su hermana Luvia Rubí Orrego Reyes, quien estuvo tratando de conseguir trabajo para cubrir las necesidades de alimento, estudio, medicinas, vestuario, vivienda y demás necesidades de ella y el menor, en virtud de que el demandante se desentendió en forma absoluta de sus responsabilidades como padre y esposo, sin lograr tener un trabajo que cubriera todas sus necesidades, razón por la cual en el mes de abril del año pasado, viajó a los Estados Unidos y ha estado trabajando y enviando dinero para cubrir las necesidades de su menor hijo, habiéndoles dejado a sus hermanos, hoy demandados, el encargo de cuidar del menor, como puede establecerse en el acta notarial de fecha cuatro de marzo del dos mil cuatro, autorizada en esta ciudad por el Notario Rufino Adolfo Lobos García; D) Que el niño se encuentra estudiando en el Colegio Privado Mixto "El Peregrino", ya que en una escuela pública no le podrían atender sus necesidades de aprendizaje debido a que tiene algunas deficiencias; está recibiendo además un tratamiento psicopedagógico y está atendido en todas sus necesidades; E) Que se encuentran concientes de que el demandante es el padre del menor y de los derechos que tiene

sobre él mismo, pero saben también que no se encuentra en posibilidad económica de atender las necesidades del niño y de atender sus deficiencias psicopedagógicas, las cuales tiene debido a la vida inadecuada que llevaba cuando convivieron juntos en el municipio de El Chol; F) Que por otra parte, no es cierto que se le negara al padre el relacionarse con su hijo, ya que ha podido verlo, cuando así lo ha deseado, asimismo omitió manifestar que se encontraban separados por un convenio y que no ha cumplido con sus responsabilidades de padre, ya que no ha pasado la pensión que de conformidad con la misma ley que cita, le corresponde; G) Que por las razones expuesta no están de acuerdo con la demanda planteada en su contra y contestan la misma en sentido negativo. Fundamentaron su derecho, ofrecieron sus medios de prueba e hicieron sus peticiones en forma clara y precisa. RESULTA DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: A) El interés superior del menor EUDES NEFTALÍ MOSCOCO ORREGO; B) Si es pertinente otorgar la guarda y custodia del menor EUDES NEFTALÍ MOSCOCO ORREGO al señor ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIAN o que la misma continúe a favor de los señores MARÍA ODILIA ORREGO REYES, ADÁN BELARMINO ORREGO REYES y BAUDILIO ORREGO REYES. RESULTA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA APORTADOS POR LAS PARTES: I) De la parte actora: A) Documentos: a) Certificación de la partida de matrimonio número cuarenta y ocho guión noventa y cinco, folio cien, ciento uno y ciento dos, del libro treinta y tres de matrimonio civil del Registro Civil de Santa Cruz El Chol, departamento de Baja Verapaz; b) Certificación de la partida de nacimiento del menor

EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO, número ciento veinte, folio sesenta del libro treinta y siete de nacimientos del Registro Civil de la Municipalidad de Santa Cruz El Chol, Baja Verapaz; c) Fotocopia simple de la escritura pública número cinco; B) Declaración de parte de los demandados, señores María Odilia Orrego Reyes, Adán Belarmino Orrego Reyes y Baudilio Orrego Reyes; d) Presunciones legales y humanas. II) De la parte demandada: A) Documentos: a) Certificación de partida de matrimonio entre los señores Luvia Rubí Orrego Reyes y Alvaro Rogelio Moscoso Milián; b) Certificación de partida de nacimiento del menor Eudes Neftalí Moscoso Orrego; c) Acta notarial de fecha cuatro de marzo del dos mil cuatro, faccionada en esta ciudad por el Notario Rufino Adolfo Lobos García; d) Copia del convenio voluntario de separación de cuerpos, levantada en el municipio de El Chol, departamento de Baja Verapaz, con fecha veintisiete de enero del año pasado; e) Constancias del Colegio El Peregrino y del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, área de salud Guatemala, donde consta el tratamiento que recibe el menor EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO; B) Presunciones legales y humanas. CONSIDERANDO: Que establece el artículo 1 de la Constitución Política de la República: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común". Asimismo establece el artículo 47 del mismo cuerpo legal, en su parte conducente: "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia...". Preceptúa el artículo 51 de

dicho cuerpo legal: "El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social". El artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece en su parte conducente: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderán será el interés superior del niño ...". Además dicho cuerpo legal preceptúa en su artículo 9, parte conducente: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...". El artículo 12 de dicho Tratado Internacional establece en su parte conducente: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño...". Preceptúa el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en su parte conducente: "El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y

la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen técnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley...". Establece el artículo 166 del Código Civil: "Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos". En el presente caso, comparece el señor ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIAN a solicitar le sea otorgada la guarda y custodia de su menor hijo EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO, argumentando que su esposa viajó a los Estados Unidos de Norteamérica dejando a su menor hijo, recomendando en el hogar de sus hermanos, ahora demandados, los que se niegan a que pueda relacionarse con sus hijo, no tomando en consideración que es él, el indicado para mantener la guarda y custodia del menor. Los demandados al contestar la demanda, lo hicieron en sentido negativo, exponiendo que debido a desavenencias en el

hogar de su hermana y su esposo, ellos se separaron por medio de un convenio voluntario de separación de cuerpos, en el que no fue posible fijar una pensión alimenticia para el menor procreado, en virtud de que el padre del mismo no quiso pasar una pensión suficiente para su esposa e hijo, quedando el menor bajo la guarda y custodia de su hermana, quien estuvo tratando de conseguir trabajo para cubrir las necesidades de ella y el menor, en virtud de que el demandante se desentendió en forma absoluta de sus responsabilidades como padre y esposo, sin lograr tener un trabajo que cubriera todas sus necesidades, razón por la cual viajó a los Estados Unidos y ha estado trabajando y enviando dinero para cubrir las necesidades de su menor hijo, habiéndoles dejado a sus hermanos, el encargo de cuidar del menor, y que sin embargo éstos se encuentran concientes de que el demandante es el padre del menor y de los derechos que tiene sobre él mismo, saben también que no se encuentra en posibilidad económica de atender las necesidades del niño y de atender sus deficiencias psicopedagógicas, las cuales tiene debido a la vida inadecuada que llevaba cuando convivieron juntos. La juzgadora al hacer el análisis jurídico del presente caso establece que, de las pruebas aportadas por las partes, específicamente el documento consistente en certificación de partida de nacimiento del menor **EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO**, se establece el parentesco existente entre éste y el demandante, deviniendo de éste, la posibilidad de que su menor hijo quede bajo su guarda y custodia. Sin embargo, en virtud de la naturaleza del

proceso, es necesario tomar en cuenta todo lo que para el interés superior del menor le favorezca, como consideración primordial que debe atender el tribunal, dando así efectividad a los derechos reconocidos tanto en las leyes internas vigentes en el país, como en los Tratados Internacionales ratificados por Guatemala. En virtud de lo cual, es necesario tomar en cuenta lo informado por la Trabajadora Social Segunda, respecto del presente caso, la que al concluir lo hace, refiriendo que el menor objeto del presente proceso, recibe el cuidado y atención necesarios por parte de sus tíos maternos, quienes tienen la guarda y custodia del menor, además de que según la investigación realizada, logró establecer el progreso emocional que el menor ha obtenido últimamente, reflejado en el rendimiento académico del mismo en el establecimiento educativo al que asiste. Asimismo dentro de las conclusiones se encuentra la manifestación que el menor le hizo a la Trabajadora Social sobre la inconformidad del mismo de querer ir a vivir a la casa de su papá. En cuanto al informe rendido por la Unidad de Psicología Clínica del Organismo Judicial, de su lectura se aprecia la situación de angustia y temor en que se encuentra el menor, al mencionar la posibilidad que existe de que sea su padre quien se encargue de su guarda y custodia, de quien, según las pruebas psicológicas practicadas y lo manifestado por el mismo menor, tiene una percepción negativa. Asimismo es importante tomarse en cuenta lo manifestado por el menor ante la juzgadora, el Licenciado en Psicología que auxilió a la misma y la Oficial de

Trámite, el día diecinueve de julio del dos mil cinco, el que refirió el deseo de continuar viviendo con sus tíos y algún día vivir con su madre, no así con su padre, ya que este ya tiene un nuevo hogar, y él actualmente se encuentra atendido en sus necesidades por parte de sus tíos. En virtud de lo cual, no se acoge la pretensión del demandante, tomando en consideración que el interés superior del menor, su bienestar, lo encuentra al lado de los hoy demandados, quienes continuarán ejerciendo la guarda y custodia del menor **EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO**, debiéndose para el efecto hacer las declaraciones que en derecho corresponden. CONSIDERANDO: Que establece el artículo 573 del Código Procesal Civil y Mercantil: "El juez en sentencia que pone fin al proceso que ante el se tramita, debe condenar a la parte vencida al reembolso de las costas a favor de la otra parte". Además el artículo 574 del mismo cuerpo legal, en su parte conducente estipula: "No obstante en el artículo que antecede, el juez podrá eximir al vencido del pago de las costas, total o parcialmente, cuando haya litigado con evidente buena fe..". En el presente caso, la parte vencida resulta ser el demandante, señor **ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIÁN**, al que se le condena al pago de costas procesales. Cita de leyes: 1, 47, 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 9, 10, 12, 13, 14 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 162, 166, 167, 168 del Código Civil; 1, 2, 3, 4, 5, 12, 17, 18, 19 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; 25, 26, 31, 44, 45, 50, 51, 61, 62, 63, 66 al 79, 106, 107, 108, 126, 128,

177, 178, 183, 186, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 208, 212, 213, 215, 216, 572, 572, 574, 576 del Código Procesal Civil y Mercantil; 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 20 de la Ley de Tribunales de Familia; 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial. POR TANTO: Este Juzgado con base en lo considerado, leyes citadas al resolver, declara: I) Sin lugar la demanda oral de guarda y custodia promovida por el señor ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIÁN, en contra de los señores MARÍA ODILIA ORREGO REYES, ADÁN BELARMINO ORREGO REYES y BAUDILIO ORREGO REYES; II) En consecuencia, continúe el menor EUDES NEFTALÍ MOSCOSO ORREGO bajo la guarda y custodia de los señores MARÍA ODILIA ORREGO REYES, ADÁN BELARMINO ORREGO REYES y BAUDILIO ORREGO REYES; III) Se condena al pago de costas procesales al señor ALVARO ROGELIO MOSCOSO MILIÁN. Notifíquese.

Licda. Flor de María Gil Ovalle de Juárez

Juez

Lic. Juan Orlando Calderón Sierra

Secretario

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 1t.; 1vol.; Guatemala. Ed. Academia Centroamericana. 1982.
- ALBANEZ, Teresa y Gemmell Sagastume. **La protección internacional de los derechos de la niñez**. Ministerio de Gobernación.
- ALSINA, Hugo. **Tratado**. 3t.; 2ª. ed.; España. Ed. Rives. 1975.
- Boletín del Instituto Interamericano del Niño No. 230**. 63t.; Montevideo, Uruguay: (s.l.i.) 1990.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**; 5ª ed; España. Ed. Del Prado. 1992.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Eliasta S.R.L. 1990.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Jurídicas Europa América. 1971.
- Diccionario jurídico Espasa**. 10ª. ed.; Impresión Mateu-Cromo. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.
- Enciclopedia Española**. 17t.; 8ª. ed.; Madrid, España: Ed. Del Prado. 1996.
- FLORES MALDONADO, José. **Origen del derecho de familia y las instituciones en el Código Civil**. Guatemala: Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2000.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Manuel. **Estudio crítico de la Ley de Tribunales de Familia. Guatemala**: Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1972.
- GONZÁLEZ, Juan Antonio. **Elementos del Derecho Civil**. México. Ed. Trillas, 1976.
- ORDÓÑEZ HERNÁNDEZ, Ana Patricia. **Análisis crítico de la intermediación del juez de familia en los juicios orales de alimentos**. Guatemala: Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez. 2001.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina. Ed. Heliasta S.R.L. 1994.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de sucesiones de derecho civil español**. 5t.; 3ª. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A. 1976.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**.. 21ª. ed.; España. Ed. Sopena, S.A. 1956.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil I, introducción, personas y familia**. Distrito Federal, México: Ed. Robredo. 1964.

SOLER, Sebastián. **Fe en el derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Tea, 1956.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

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

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Decreto de Ratificación por el Congreso de la República de Guatemala, número 27-90 del Congreso de la República de Guatemala, 1990.

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

Código Civil. Decreto Ley número 106, 1963.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley número 206, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley número 107, 1963.