

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

**CONDICIONES DE LOS PADRES EN EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA
DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DENTRO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO**



FELICIANA ISABEL COXAJ MEDRANO

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2005

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

**CONDICIONES DE LOS PADRES EN EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA
DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DENTRO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO**

TESIS

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

Por

FELICIANA ISABEL COXAJ MEDRANO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Septiembre 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. Aura Marina Chang Contreras
Secretario: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

Segunda Fase:

Presidente Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Vocal: Lic. David Sentés Luna
Secretario: Lic. Héctor Orozco Orozco

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 darme la fortaleza para vencer los obstáculos que se me presentaron diariamente y la oportunidad de llegar hasta este día.

A MIS PADRES: Claudio Coxaj Tzún, por ser el ejemplo para seguir adelante y alcanzar mis metas e inspiración de mis esfuerzos. Guadalupe Medrano Castro, por darme la vida, su comprensión y sacrificio.

A MIS 9 HERMANOS: Por el apoyo oportuno que me brindaron y por ser parte especial en mi vida, con mucho cariño.

A: Juan Alvarado Vásquez, por su apoyo incondicional en los momentos más difíciles de mi vida.

A MIS SOBRINOS: Que este logro sea un ejemplo para ellos.

A LOS PROFESIONALES: Lic. Edgar Armino Castillo Ayala
Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Lic. Javier Alexander Romero del Valle
Lic. Otto Cecilio Mayen Morales
A quienes de corazón agradezco su enseñanza

A la Universidad de San Carlos de Guatemala

A mis amigos quienes en el transcurso de mi vida me han brindado su amistad; como muestra de mi innegable afecto hacia ellos, especialmente a Milvia Matías y Zulia Claribel Pérez Herrera, por la valiosa ayuda que me brindaron para la realización de esta tesis.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Matrimonio.....	1
1.1 Etimología.....	1
1.2 Definición.....	1
1.3 Elementos.....	3
1.3.1 Elementos subjetivos.....	3
1.3.2 Elementos teológicos.....	3
1.3.3 Elementos formales.....	3
1.4 Características del matrimonio.....	4
1.5 Criterios sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.....	4
1.5.1 Matrimonio es un contrato.....	4
1.5.2 Matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio complejo.....	5
1.5.3 Matrimonio es una institución.....	6
1.6 Clases de matrimonio.....	7
1.6.1 Religioso.....	7
1.6.2 Civil.....	7
1.7 Sistemas matrimoniales.....	7
1.7.1 Matrimonio exclusivamente religioso.....	7
1.7.2 Matrimonio exclusivamente civil.....	7
1.7.3 Sistema mixto.....	8

CAPÍTULO II

2. Divorcio en nuestra legislación.....	9
2.1 Historia legal del divorcio.....	9
2.2 Definición.....	9

	Pág.
2.3 Elementos.....	11
2.4 Características del divorcio.....	11
2.5 Formas de divorcio.....	12
2.5.1 Divorcio por causa determinada.....	13
2.5.2 Órgano jurisdiccional competente.....	14
2.5.3 Divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges.....	14
2.5.4 Causas que originan el divorcio por mutuo acuerdo.....	14
2.5.5 Efectos propios del divorcio.....	16
2.5.6 Vía procesal del divorcio por mutuo acuerdo.....	17
2.5.7 Procedimiento del divorcio por mutuo acuerdo basado en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.....	17

CAPÍTULO III

3. Guarda y custodia.....	21
3.1 Evolución histórica de guarda y custodia.....	21
3.1.1 Guarda.....	21
3.1.2 Custodia.....	22
3.2 Concepto de guarda y custodia.....	23
3.2.1 Guarda.....	23
3.2.2 Custodia.....	23
3.3 Consideraciones generales.....	24
3.3.1 Objeto de la guarda y custodia.....	25
3.3.2 Derecho que representa.....	25
3.4 Naturaleza de guarda y custodia.....	25
3.5 Características de la guarda y custodia.....	27
3.6 Principios de la guarda y custodia.....	28
3.7 Casos en que se ejerce la guarda y custodia de menores de edad.....	28

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Condiciones de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario.	
4.1 Regulación legal del proyecto de convenio.....	31
4.2 Importancia del informe socio-económico en la guarda y custodia.....	32
4.3 Importancia del informe socio-económico en un divorcio voluntario.....	33
4.4 Metodología de la investigación.....	34
4.5 Efectos sociales del divorcio por mutuo acuerdo.....	42
4.6 Efectos jurídicos del mal ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario.....	44
CONCLUSIONES.....	47
RECOMENDACIONES.....	49
ANEXO I.....	53
ANEXO II.....	54
ANEXO III.....	55
ANEXO IV.....	56
ANEXO V.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	59

INTRODUCCIÓN

En la legislación civil guatemalteca, las instituciones de familia establecidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, principalmente en la Constitución Política de la República de Guatemala, protege a la familia, en virtud de lo cual se ha creado instituciones legales en el Código Civil. Las personas se ven relacionadas en la institución del matrimonio desde el momento en que, un hombre y una mujer contraen matrimonio civil y cumplen con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí y cuando estos han procreado hijos surge la obligación y derecho de cuidar, proteger, vigilar e instruir a sus hijos; todo esto se refiere a la guarda y custodia de menores de edad, pero, por cualquier causa los cónyuges deciden divorciarse por mutuo acuerdo, es posible que se llegue a la solución de un problema, pero, paradójicamente crea un problema, en virtud que debido a que por ser un asunto de Jurisdicción Voluntaria el juez no interviene en cuanto, a quien de los padres queda la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, ya que los padres deciden quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos. Por la experiencia personal de haber convivido con hogares desintegrados, se quiso investigar sobre el tema intitulado: "Condiciones de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario". Ahora bien, dentro de esta problemática sirvió de base la hipótesis, que en algunos divorcios voluntarios la guarda y custodia la ejerce el padre o madre quien es una persona que carece de idoneidad para proteger y cuidar a sus hijos menores de edad.

Se describe como objetivo principal de esta investigación, establecer contacto directo con algunas personas que se divorciaron por mutuo acuerdo, a quien de los padres quedó confiado los hijos habidos en el matrimonio, edad de los cónyuges que se divorciaron, hijos procreados durante el matrimonio, condiciones en que la madre o padre ejercer el cuidado, vigilancia de sus hijos menores de edad; para conocer como se ejerce el cuidado, vigilancia, protección y formación integral de sus hijos, así marcar un punto de referencia para evaluaciones futuras del proyecto de base de convenio en un divorcio por mutuo acuerdo para obtener la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

El supuesto de la investigación consiste en que, nuestro ordenamiento jurídico no regula suficientemente en el proyecto de convenio de divorcio los requisitos que deben llenar los padres para la entrega del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad; ya que pocos padres son los idóneos para

el ejercicio de la misma. Se decidió trabajar esta tesis en cuatro capítulos: El primero, enfoca el tema del matrimonio, el segundo capítulo, divorcio en nuestra legislación, el tercero, guarda y custodia y el cuarto, condiciones de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario.

La teoría principal que sirvió de fundamento a la investigación es la seguida por Puig Peña; en que “En el Derecho Familiar, igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre Derecho Subjetivo y Objetivo. Será Derecho de Familia Subjetivo, aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanadas de la especial configuración que la familia tiene en Derecho. Derecho de Familia Objetivo, será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares”. “La familia es aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”

En la ejecución de la presente investigación se utilizó el método científico, en virtud de que este se apoya tanto en el método deductivo como el inductivo, lo cual permitió partir de proposiciones generales a particulares y viceversa. Dicho método hace uso del método de análisis de los elementos que se investigan o examinan para, luego, sintetizarlos y obtener un nuevo punto de vista. Las técnicas utilizadas fueron: la investigación y recopilación de información bibliográfica relacionada con el tema, utilizando textos doctrinarios de autores nacionales, extranjeros y diccionarios jurídicos. Entrevistas directas con algunas personas divorciadas por mutuo consentimiento y que se encuentran ejerciendo la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

Se determinó que si bien es cierto, que la guarda y custodia es la obligación y el derecho que tienen los padres para defender, cuidar, vigilar e instruir a sus hijos conforme a la moral; pero de acuerdo a los casos analizados la persona que la ejerce abandona sus deberes de cuidado y vigilancia, ingiere bebidas alcohólicas, tratan con una dureza excesiva a sus hijos, los dedican a la mendicidad o bien, existe falta de comunicación entre padres e hijos; lo cual genera que estos padres no reúnen la condiciones para ejercer la guarda y custodia de sus hijos.

CAPÍTULO I

1. Matrimonio

En el presente trabajo de tesis se ha considerado conveniente incluir un capítulo relativo al matrimonio, a efecto que se tenga presente los aspectos importantes de esta institución, todo ello obedeciendo al divorcio voluntario, así mismo esta constituye la base para que se pueda romper el lazo conyugal.

1.1 Etimología:

“La palabra matrimonio, el cual es un criterio general, se deduce de los vocablos latinos matris y munium, que significa: madre y carga o carga, el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos”.¹

Es consenso en que la etimología de esta institución del Derecho de Familia deriva de voces latinas y que toman en cuenta únicamente a la madre, ya que ella es quien, al final de cuentas, soporta, antes del parto, en el parto y después del parto, sufrimiento y gravámenes en relación al hijo.

Dentro del ámbito del Derecho de Familia, el fundamento de las relaciones jurídicas familiares, indiscutiblemente lo constituye el matrimonio, pues extiende el parentesco de consanguinidad entre los descendientes, sus padres y demás parientes así como el parentesco de afinidad, por todo ello se comprende fácilmente la suma importancia social que se reconoce a la familia sustentada en la base del matrimonio.

1.2 Definición:

El tratadista Guillermo Cabanellas en su diccionario enciclopédico de derecho usual, cita a diferentes autores:

Planiol, quien define al matrimonio: el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper por su propia voluntad.

¹ Puig Peña, Federico, **Compendio del derecho civil español**, tomo I, pág.31.

La Partidas: era la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el paso de la vida y participar de una misma suerte.

Modestino: definió el matrimonio romano, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas, como unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del derecho humano y del divino.

Bergier: como la sociedad constante de un hombre y una mujer, para tener hijos.

Ahrens: la unión formada por dos personas de distintos sexos, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.

Casso: la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos.

“No cabe duda que el basamento del matrimonio está integrado por la unión espiritual y corporal del un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie”.²

Definición legal:

El Artículo 78 del Código Civil lo regula: El matrimonio es una institución social por el que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

Uniéndolas se puede definir así: “La unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia. Y, si se quiere definir en su acepción de acto, se dice que el matrimonio es el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia”.³

² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario del derecho usual**, pág. 654.

³ Brañas, Alfonso, **Manual del derecho civil**, parte 1 2 y 3, pág. 112.

Se concluye que el matrimonio es la unión legalmente de un hombre y una mujer con el ánimo de formar una comunidad de vida, formar una familia basada en la igualdad de derechos y obligaciones.

1.3 Elementos:

Dentro de los elementos del matrimonio tenemos los subjetivos, teológicos y formales

1.3.1 Elementos subjetivos:

Son todas las personas que intervienen en la creación de esa relación, que necesariamente deben ser un hombre y una mujer, que no posean impedimento legal para llevarla a cabo y que tengan la edad señalada por la ley para tal efecto.

1.3.2 Elementos teológicos:

Se sitúan entre estos elementos a las finalidades que persiguen durante la existencia de este vínculo, siendo estas, entre las principales:

- Ánimo de permanencia
- Vivir juntos
- Procrear hijos
- Alimentar
- Educar
- Auxiliarse entre sí

1.3.3 Elementos formales:

Son todos aquellos elementos que se encuentran establecidos en la ley y que se deben cumplir para la realización del acto, descrito en el Artículo 93 del Código Civil: Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de

cualquiera de los contrayentes, quién recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión y oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona.

1.4 Características del matrimonio:

- La unión física
- La comunidad de vida
- Fundación de la familia
- Institución del orden público
- Es heterosexual
- Unidad

1.5 Criterios sobre la naturaleza jurídica del matrimonio:

1.5.1 Matrimonio es un contrato:

Esta tesis es de origen canónico del derecho de la iglesia, la cual a fines del imperio romano, en lucha contra la posibilidad de proliferación de la bigamia, hizo obligatorias la proclamas del matrimonio, (concepción del matrimonio como un contrato solemne, idea acogida por canonistas y civilistas y adoptadas por la revolución francesa; se trata de, un contrato especialísimo, en el que es un elemento básico el consentimiento).

“Para el Derecho Romano, el matrimonio exigía la coexistencia de un doble elemento, de carácter objetivo, consistente en el convivencia de los cónyuges, que se originaba por la entrada de la mujer en casa del marido (*deductio in domun mariti*) y otro, de carácter subjetivo, constituido por la común y recíproca

intención del marido y la mujer de convivir matrimonialmente (affectio maritales), elemento que debe perdurar como voluntad reiterada y no solo inicial para que subsista el matrimonio”.⁴

Refiriéndose a las críticas de que ha sido objeto y lo sigue siendo en la actualidad, la tesis contractual, Puig Peña, citado por Alfonso Brañas, dice “Que no se dan propiamente en el matrimonio las características fundamentales de los contratos (el matrimonio genera substancialmente obligaciones morales, no patrimoniales, la entrega recíproca de dos personas no puede ser objeto de contrato) y, siguiendo al autor Brañas, nos expone que Espin Cánovas al referirse a la crítica sobre esta teoría, dice que contra la tesis contractual se aduce que no basta el acuerdo de voluntades para caracterizar el matrimonio como contrato, pues el contenido de la relación matrimonial está substraído a la libre voluntad de los contrayentes, y no cabe destruir el vínculo por el mutuo disenso, como acontece en los contratos”.⁵

1.5.2 Matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo:

El civilista Gautama Fonseca expone, que en el derecho existen tres actos:

- Actos jurídicos privados
- Actos jurídicos públicos
- Actos jurídicos mixtos

Actos jurídicos privados: se realizan por la intervención exclusiva de los particulares.

Actos jurídicos públicos: por la intervención de los órganos estatales

Actos jurídicos mixtos: por la concurrencia tanto de particulares como de funcionario públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio “Es un acto mixto debido a que se constituye por la intervención que tiene el Alcalde Municipal, pues si se omitiese en el acto respectivo la declaración que de hacer el funcionario municipal

⁴ Espin Canovas, Diego. **Manual del derecho civil español**, tomo IV pág. 25.

⁵ Brañas, Alfonso, **Ob. Cit**; pág. 114.

considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, este no existiría desde el punto de vista jurídico”.⁶

Se concluye que, el matrimonio no es un acto jurídico mixto debido a que esta es la unión de un hombre y una mujer, el cual se perfecciona con el consentimiento de los consortes.

1.5.3 Matrimonio es una institución:

“Constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas”.⁷

“Estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, la cual las partes no tienen más que adherirse. Una vez dada la adhesión, su voluntad es ya impotente, los efectos de la institución se producen de modo automático”.⁸

Conforme la legislación de Guatemala, el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

Por lo tanto, configuran la institución matrimonial: el hecho de que el hombre y mujer se unan legalmente (es decir, cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente), con ánimo de permanencia (elemento subjetivo no sujeto a comprobación sino a simple manifestación) y con los fines enumerados por la ley (elemento teleológico, que se cumple o no a través de las circunstancias en que se desarrolle la unión matrimonial y cuya no realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma).

⁶ **Ibid**, pág. 115.

⁷ Rojina Villegas, Federico. **Derecho mexicano**, tomo II, volumen II; págs. 259.

⁸ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 33.

1.6 Clases de matrimonio:

1.6.1 Religioso: Es el autorizado por ministro religioso, sacerdote eclesiástico y tiene como nota fundamental la sacra mentalidad.

1.6.2 Civil: Celebrado ante autoridad facultativa y llenado las formalidades que la ley señala para tal efecto.

1.7 Sistemas matrimoniales:

El hombre en su devenir histórico, ha tenido conflictos por sus ideas, por su modus vivendi y es indudable que la base económica juega un papel determinante en superestructura, que es donde se sitúan los aspectos filosóficos, religiosos, el derecho.

Los conflictos de poder entre el estado y la religión han dado origen a diferentes sistemas matrimoniales que se consideran que son los más importantes:

1.7.1 Matrimonio exclusivamente religioso:

Esta reconoce la plena autoridad de la religión oficial, y acepta como única forma de contraer matrimonio y que este sea válido ante la sociedad, el autorizado de conformidad con los cánones religiosos por el ministro religioso, sin que haya posibilidad de celebrarlo de otra forma.

Según este sistema, se ha de celebrar el matrimonio conforme la religión oficial del Estado, o en su caso, conforme confesión religiosa reconocida por el Estado.

1.7.2 Matrimonio exclusivamente civil:

Surge de la Revolución Francesa que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (en su variedad pura, debe celebrarse antes que el religioso, sin ser este de ninguna manera obligatorio; otra variedad admite que pueda celebrarse después del religioso).

Al darse los conflictos de poder entre el Estado y la religión en donde impera el Estado Liberal, hace a un lado el matrimonio exclusivamente religioso y para imponer su poder imperium, declara que el matrimonio sólo es válido si se autoriza civilmente. Le quita el poder a la iglesia de autorizarlo.

1.7.3 Sistema mixto:

Surge por la necesidad de la existencia y reconocimiento de los matrimonios civiles y religiosos, a manera de que, en casos determinados, uno y otros surtan plenos efectos.

CAPÍTULO II

2. Divorcio en nuestra legislación

2.1 Historia legal del divorcio:

En la legislación guatemalteca, el divorcio ha tenido variantes claramente deslindables, durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, fue emitido el decreto legislativo de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, o sea el divorcio vincular, en sus dos formas: divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causa determinada, disponiendo que los esposos que se divorcien por cualquier causa no podían ya reunirse ni ser reconocidos en ningún concepto como tales esposos, más podía verificarse entre sí un segundo matrimonio, pasado un año de pronunciado el divorcio.

Un cambio radical del criterio se manifestó en el Decreto Gubernativo número 484 promulgado el 12 de febrero de 1894, cuando gobernaba el país el General José María Reina Barrios, el cual contiene la ley del divorcio, basándose en que según la ley el matrimonio es un contrato civil, y que por lo tanto una de sus consecuencias es indudablemente la disolubilidad del vínculo legal, pues no siendo el matrimonio obra de la naturaleza sino del mutuo consentimiento de las partes, debe considerarse destruido desde que faltan motivos o causas fundamentales que hicieron contraerlo; esa ley autorizó el divorcio reconociendo: la separación de los cónyuges, y el divorcio propiamente dicho, ya por mutuo consentimiento, ya por causa determinada. Disponía el Artículo 1º.: La ley autoriza, no sólo la separación de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial, sino también el divorcio, en virtud del cual queda disuelto ese vínculo. Y el Artículo 2º. Por voluntad de uno de ellos por causa determinada.

2.2 Definición:

De acuerdo con la doctrina existen diversos conceptos de divorcio, sin embargo, se citan algunos para no extenderse en la materia.

“El divorcio es la ruptura del matrimonio, en vida de los esposos, bien por su común voluntad, bien por la voluntad de un solo que repudia al otro”.⁹

“Hasta tiempos cercanos a nosotros la palabra divorcio proviene del latín divortium, tenía un significado amplio, comprensivo, lo mismo de la ruptura total del vínculo contraído que de mera suspensión de la sociedad conyugal, en virtud de la separación personal de los cónyuges”.¹⁰

“Divorcio: proviene del latín divortium, del verbo divertere, que significa, irse cada uno por su lado. Se define como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos”.¹¹

Se considera necesario hacer una distinción entre divorcio y separación de los tratadistas Planiol-Ripert: “El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido. La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos. El divorcio y la separación de cuerpos no puede obtener más que por causas determinadas por la ley”.¹²

“La disolución del matrimonio viviendo los esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causa establecidas por la ley”.¹³

Se define entonces que, el divorcio es el medio por el cual se disuelve el matrimonio ya sea por decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges, al invocar alguna causal, o bien por mutuo acuerdo.

Nuestra legislación vigente, en el Código Civil, Decreto Ley 106, el Artículo 153 establece que: el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.

Las definiciones anteriores tienen como denominador común, el hecho de que el divorcio significa disolución del matrimonio.

⁹ Jossierand, Louis, **Derecho civil la familia**, tomo I, pág. 139.

¹⁰ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 352.

¹¹ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 731.

¹² Planiol-Ripert, **Tratado práctico de derecho civil fránces**, tomo II, pág. 368.

¹³ Ambrosio Colin y H. Capitant, **Curso elemental de derecho civil**, pág. 474.

2.3 Elementos:

Elementos subjetivos:

Cónyuges un hombre y una mujer. Para tener la calidad de cónyuge es necesario que se haya contraído matrimonio entre sí, haya sido autorizado debidamente y que no haya sido impugnado de nulidad.

Elemento objetivo:

Los actos conductuales de los cónyuges, que den motivo para invocar el divorcio. La ley indica taxativamente las causas para solicitar el divorcio si es por causa determinada. En el caso del divorcio por mutuo consentimiento serán los actos que hagan imposible la vida en común de los cónyuges.

Elementos formales:

Esta se rige por una serie de procedimientos que se necesita cumplir para que se declare el divorcio. Si es por decisión unilateral será a través de un juicio ordinario, cumpliéndose todas las etapas de éste.

Si fuere el caso de un divorcio voluntario, será por la vía voluntaria, someterá a consideración del juez, un proyecto de convenio prescrito en el Código Civil en su Artículo 163.

2.4 Características del divorcio:

- Acto de mutuo acuerdo:

La ley prevé que cuando los cónyuges por razones que consideren de peso o bien porque la vida en común se les haga insoportable, puedan muy bien solicitar la disolución del vínculo conyugal.

- Acto unilateral:

Sucede cuando existe una causa específica para que el cónyuge inculpable, invocándola, solicite la ruptura del matrimonio.

- El divorcio por causa determinada debe solicitarse dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que funde la demanda.
- Debe transcurrir un año de vida conyugal, para solicitar divorcio por mutuo consentimiento
- El divorcio no puede declararse por allanamiento o confesión del cónyuge culpable, sino que debe seguirse todo un proceso, para demostrarle al juez la existencia de la causa invocada.
- Para que se de el divorcio, necesariamente debe existir el vínculo del matrimonio autorizado lícitamente y sin que se haya sido impugnado por nulidad.
- El divorcio disuelve el vínculo conyugal

2.5 Formas de divorcio

Doctrinariamente:

por su forma:

- por mutuo acuerdo
- por causa determinada

por sus efectos:

- vincular o divorcio absoluto
- no vincular o separación

Legalmente:

En el Artículo 154 del Código Civil regula dos formas de divorcio a saber:

- divorcio por causa determinada
- divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges.

2.5.1 Divorcio por causa determinada:

El Código Civil, en el Artículo 155 describe las causales que se pueden dar para obtener el divorcio, siendo suficiente que se invoque una sola de ellas al plantear la demanda. Estas son las siguientes:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- La incitación del marido para prostituir a la mujer y corromper a los hijos;
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
- La disipación de la hacienda doméstica;
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo desavenencia conyugal;
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión;
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendida;
- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y
- Asimismo, es causa para obtener el divorcio,

2.5.2 Órgano jurisdiccional competente:

Para conocer de las demandas de divorcio por causa determinada, son competente los Juzgados de Familia, tal como lo regula el Decreto Ley 206 Artículo 2: corresponde a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera que se la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimientos de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

2.5.3 Divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges:

Es la disolución del vínculo conyugal que consiste en que ambos cónyuges convienen en separarse por mutuo acuerdo o voluntariamente.

“La idea del divorcio voluntario que parte del Código Francés, se debe a Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre, Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina no le diese hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas muy graves; que pueden ser escandalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges”.¹⁴

2.5.4 Causas que originan el divorcio por mutuo acuerdo:

En los últimos tiempos son muchas las causas que dan origen al divorcio por mutuo acuerdo, dado al avance cultural que se vive en nuestra sociedad, ya que algunos consideran que mediante la legalización del divorcio han encontrado una solución muy avanzada a los problemas de la familia.

Cuando la vida matrimonial se vuelve intolerable, es bastante frecuente el abandono definitivo o temporal del hogar por el hombre, que es quien mayor facilidad acepta las consecuencias de dicha decisión. El matrimonio muchas veces fracasa, porque los cónyuges no fueron capaces de satisfacer a un nivel

¹⁴ Rojina Villegas, **Ob. Cit**; pág. 41.

profundo sus necesidades y aspiraciones mutuas. Es obvio que el legislador no puede introducir a la ley disposiciones jurídicas que obliguen a la fidelidad a los que contraen matrimonio y así evitar la disolución.

La estabilidad familiar la viven las personas en base al núcleo afectivo, fruto de un amor, resultado de una opción libre y responsable, que se profundiza y consolida a través del tiempo.

Generalmente estas son las causas que originan el divorcio por mutuo consentimiento:

- Falta de responsabilidad paterna: ingresos insuficientes para el mantenimiento del hogar.
- Falta de comunicación: dentro de una familia, la buena relación depende de la comunicación que existe entre todos y cada uno de sus miembros. La falta de una comunicación serena, madura, verdadera y total, puede traer como consecuencia el divorcio. La inadecuada comunicación también puede producir situaciones en las que los hijos se vean envueltos y tomen partido en los problemas de los cónyuges.
- Inmadurez emocional: la inmadurez se debe a que los cónyuges se casan a muy temprana edad, sin haber alcanzado la madurez necesaria para afrontar todas las responsabilidades que conlleva el ser padres de familia, los cónyuges jóvenes o adultos que no han desarrollado su conciencia a nivel familiar, toman la decisión de formar un hogar presionados por otros tipos de factores, menos el de la responsabilidad que conlleva la madurez de cumplir con los objetivos del matrimonio.
- Incompatibilidad sexual: se llega al divorcio, ya que los cónyuges no satisfacen sus necesidades sexuales, y al no comunicar estos sentimientos de inferioridad e incapacidad surgen problemas, por que cada uno reacciona en forma negativa hacia el otro y acuerdan voluntariamente en querer divorciarse.
- Infidelidad: "Aunque se alegue la tolerancia que rodea frecuentemente en nuestras costumbres el adulterio del marido y se pretenda que no influye en el corazón de la esposa, una lesión tan viva como

la experimentada por un marido engañado por su mujer, ante la moral la culpa es igual; ambos esposos se debe mutuamente fidelidad y no en grados diferentes”.¹⁵

Conocida también como adulterio, para lo cual el Diccionario de la Real Academia Española lo define como: Ayuntamiento carnal, ilegítimo de un hombre con una mujer, siendo casadas una de ellas o ambos.

Las causas más comunes son:

- Ausencia de un amor sexual.
- La existencia de frecuentes divergencias entre los cónyuges.
- Incomprensión sexual

Realmente a todo esto, no salen a luz, en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, ya sea porque los cónyuges desean evitar males mayores o no les convienen a sus intereses que se conozcan, pero a la larga les perjudica a sus hijos menores al momento de decidir a quien queda el cuidado de los menores.

2.5.5 Efectos propios del divorcio:

- Es la disolución del vínculo conyugal que deja en libertad a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio tal como lo establece el Artículo 161 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- El matrimonio establece el vínculo jurídico que une a un hombre y a una mujer, con el ánimo de permanecer juntos toda la vida y con los fines de procrear, educar, alimentar a sus hijos y auxiliarse entre sí.
- Con el divorcio esa unión se disuelve y como consecuencia cada cónyuge vuelve a obtener su estado civil de soltero.
- Se prohíbe a la mujer una vez declarado el divorcio usar el apellido de su ex-cónyuge. La mujer adquiere este derecho al momento de contraer matrimonio de agregar a su propio apellido el de su marido, en virtud de la disolución pierde este derecho.

¹⁵ Planiol, Marcel, Obra citada por Rojina Villegas, **Derecho civil mexicano**, tomo II, pág. 441.

2.5.6 Vía Procesal del divorcio por mutuo acuerdo:

El divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, es un asunto en el no existe litigio, por lo que en la legislación procesal se regula dentro de los asunto de jurisdicción voluntaria. En virtud de que no hay litigio y habiendo un acuerdo entre los solicitantes, el órgano jurisdiccional debe velar únicamente porque se garanticen suficientemente las pensiones alimenticias que fueren procedentes, y apruebe si se ajusta a derecho, el convenio o bases del divorcio presentado por los cónyuges, declarando oportunamente disuelto el vínculo matrimonial.

2.5.7 Procedimiento del divorcio por mutuo acuerdo, basado en el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107)

- Primera solicitud (Artículo 426 C.P.C.Y.M.)

El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebrou el matrimonio.

Con la solicitud deberán presentarse los documentos siguientes:

- ✓ Certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido.
- ✓ Las capitulaciones matrimoniales, si se hubiesen celebrado.
- ✓ Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.
- ✓ Constancia de trabajo que garantice los alimentos de los hijos y cónyuge.

- Resolución de trámite (Artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial)

- Notificaciones (Artículo 75 C.P.C.Y.M)

- Las notificaciones deben hacerse a las partes o a sus representantes, y las que fueren personales se practicarán dentro de veinticuatro horas, bajo pena al notificador de dos quetzales de multa, salvo que por el número de los que deban ser notificados se requiera tiempo mayor a juicio del juez.

- Junta conciliatoria (Artículo 428 C.P.C.Y.M)

El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días. Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado. Previa ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal. Si aquellos se avinieran, el juez declarará el sobreseimiento definitivo.

Únicamente el cónyuge que este fuera de la República podrá constituir apoderado para este acto. En ningún caso pueden los cónyuges designar apoderado a una misma persona para tramitar estas diligencias.

- Convenio (Artículo 429 C.P.C.Y.M)

Si no hubiese conciliación, en la misma junta o con posterioridad, se presentará al juez un proyecto de convenio en que consten, en su caso, los puntos siguientes:

- ✓ A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio;
- ✓ Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando está obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos;
- ✓ Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y
- ✓ Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

Con respecto al proyecto de convenio, para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, presentado al juez, este no necesariamente es el definitivo, ya que como su nombre lo indica, es sólo un proyecto, que el juez calificará y podrá enmendarlo o bien aceptarlo, así como lo preceptúa el Artículo 430 que establece: El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente.

- Aprobación del Convenio (Artículo 430 C.P.C.Y.M)

El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fuere suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente.

- Sentencia (Artículo 431 C.P.C.Y.M)

Cumplidos los requisitos anteriores, e inscritas las garantías hipotecarias, en su caso, el juez dictará la sentencia dentro de ocho días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio y será apelable.

- Inscripción en los registros (Artículo 433 C.P.C.Y.M)

La sentencia de separación, la reconciliación posterior a ella y la sentencia de divorcio, serán inscritas de oficio en el Registro Civil y en el de la Propiedad, para lo cual el juez remitirá, dentro de tercero día, certificación en papel español, de la resolución respectiva.

- Apelación (Artículo 602 C.P.C.Y.M)

No existe litis pero si procede.

CAPÍTULO III

3. Guarda y custodia

3.1 Evolución histórica de guarda y custodia:

3.1.1 Guarda:

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

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

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

Como muestra de poder y autoridad absoluta del padre se daba la institución del niño expósito.

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

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

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

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

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

En Egipto, 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 una autoridad y poder total sobre todos sus integrantes.

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

En términos generales el devenir histórico de la figura de guarda, se deduce que durante algunas épocas recayó en la madre tácitamente y expresamente en el padre, pero fue ejercida por ambos de una u otra forma.

3.1.2 Custodia:

En lo referente a la guarda se puede establecer que la custodia 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 esta sin ninguna penalización, sino aún más grave, respaldado por la ley.

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

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

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

Pues bien, en el presente siglo se ha regulado más acerca de la custodia de menores, aunque no en forma específica, sino en forma general, ante los abusos, malos tratos y malos ejemplos con los menores.

3.2 Concepto de guarda y custodia:

3.2.1 Guarda:

“Custodiar una cosa, defensa, conservación, cuidado o custodia”.¹⁶

“Se constituye por las obligaciones que tiene el padre, y en su defecto la madre, respecto a sus hijos no emancipados siendo estas el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna”.¹⁷

Guarda del menor: “En primer término, los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos, cuidarlos y vigilarlos. Correlativamente, éstos tiene la obligación de vivir en casa de sus progenitores; no pueden dejarla sin su permiso y si lo hicieren, ya sea por propia determinación o por imposición de terceros, los padres o tutores disponen de acciones a través de las instituciones oficiales que se ocupan de los menores para obligarlos a integrarse al hogar e inclusive para que se decrete la internación de los mismos si corresponde”.¹⁸

Se define entonces que guarda consiste en las obligaciones que tienen los padres respecto a sus hijos, siendo estas alimentarlos, protegerlos defenderlos e instruirlos conforme a la moral y de acuerdo a su capacidad económica.

3.2.2 Custodia:

“Cuidado, vigilancia, protección de depósito, diligencia”.¹⁹

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 339.

¹⁷ Espin Canovas, **Ob. Cit**; pág.432 al 436.

¹⁸ Abeledo-Perrot, **Diccionario manual jurídico**, tomo II, pág. 217.

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit**; pág. 190.

“Como la convivencia que es un deber y a la vez un derecho, no es una facultad exclusiva del padre, pues la citación normal del matrimonio de unidad, de domicilio conyugal da el mismo derecho para la madre”.²⁰

“Guarda, con cuidado y vigilancia, de alguna cosa. La custodia es la obligación del contratante de derechos reales por tenencia de una cosa ajena. La custodia también una de las obligaciones principales emergentes del contrato de depósito”.²¹

“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 la amplitud material: y la de los valores, moral y tradiciones en lo abstracto, simbólico y espiritual”.²²

Se concluye con esta definición de custodia: como la obligación y también el derecho que tienen los padres de vigilar, convivir con el menor y velar por su seguridad física.

Como se puede observar de las definiciones anteriores, el vocablo de guarda y custodia se ha aplicado tanto a personas como a cosas, dependiendo de lo que este en juego; por ejemplo, en el derecho de familia se habla de guarda de personas y en el derecho de obligaciones se refiere a guarda de cosas, o sea que se usa indistintamente en cualquiera de los dos casos.

3.3 Consideraciones generales:

Al hablar de guarda y custodia se relaciona con menores o incapaces, ya que solamente puede ejercerse la guarda y custodia sobre menor o mayores de edad declarados en estado de interdicción.

²⁰ Espin Canovas, **Ob. Cit;** págs. 432 al 436.

²¹ Abeledo-Perrot, **Ob. Cit;** pág. 818.

²² Cabanellas, **Ob. Cit;** págs. 454, 455.

El criterio es que la guarda y custodia es una parte del ejercicio de la patria potestad, ya que al existir la patria potestad por ende se tiene la guarda y custodia, dicha facultad de cuidar, proteger, vigilar, guiar siempre se ejerce sobre menores o incapaces que por su misma incapacidad o inexperiencia necesitan de una persona mayor que los guíe o proteja.

3.3.1 Objeto de la guarda y custodia:

El objeto de la guarda y custodia de menores, consiste en el cuidado y protección física y moral de los mismos; en vigilar sus actos, su conducta humana, su desarrollo y adecuación con la sociedad; en dirigir y controlar los servicios que debe prestar en la casa y en su caso en el trabajo que desempeñe y la finalidad de su retribución; en fin, toda la relación directa que se debe tener con un menor para crearle un buen futuro.

3.3.2 Derecho que representa:

El derecho que representa la guarda y custodia es el de tener al menor en su compañía y lo que esta emocionalmente representa para un padre.

3.4 Naturaleza de guarda y custodia:

En el ámbito del Derecho de Familia y para los fines que se persiguen en la presente investigación, se dice que la familia es el grupo de personas unidos por los lazos consanguíneos o afinidad que forma la sociedad; que se asienta en la diversidad de sexos y de edades; sobre tales realidades sociales convergen el derecho, la religión, la ética y las costumbres. Algunos autores la consideran como el “Conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida o se la relaciona”.²³

“Es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se

²³ Puig, Peña, **Ob. Cit**; pág. 3.

dé satisfacción a la conservación propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida".²⁴

La familia para el Estado es importante, como organización política, llegándose a estimar que aquella era fuente de éste, considerándole como un núcleo político embrionario.

Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada. No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no solo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

La importancia que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y en 1956, 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 la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan.

Puig Peña a ese respecto, expone: igual que cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y objetivo. Será derecho de familia subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanados de la especial configuración que la familia tiene en el derecho.

Derecho de Familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares.

Para lograr los objetivos y finalidades de la familia necesariamente tiene que existir un ordenamiento una directriz y algo que respetar cuando se pretenda olvidar las leyes naturales y morales; este ordenamiento que tiene que ser jurídico no es más que el derecho de familia, que es el conjunto de instituciones creadas para lograr esos objetivos y finalidades. En primer lugar, existe la institución del matrimonio que por

²⁴ **Ibid**, pág. 4.

excelencia da lugar, a la familia, pues es el único medio de fundar el grupo familiar, el Código Civil describe la unión de hecho ya que ambas instituciones tienen por objeto el que los cónyuges convivan, procreen, alimenten y eduquen a sus hijos y se auxilien entre sí. En términos generales de estas dos instituciones se derivan todas las obligaciones que puedan tener los padres para con sus hijos y viceversa. El problema ocurre cuando decaen estas uniones, surgen conflictos conyugales desapareciendo la armonía familiar, situaciones que producen daño a sus hijos; se llega a la separación, al divorcio o al cese de la unión de hecho dejando definitivamente de cumplir las obligaciones para con los hijos en la misma forma que lo hacían cuando existía armonía familiar.

Por tal interés general los derechos concedidos en materia de familia son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles; predominando, como bien lo indica Diego Espin Canovas, la situación del deber jurídico sobre la del derecho subjetivo.

Se llega a la conclusión que la naturaleza de la guarda y custodia de menores está en la obligación de los padres de cuidar y proteger a sus hijos para que estos tengan en la mejor medida, buen desarrollo físico, moral y psíquico, es obligación del estado de intervenir, si es necesario, a favor de los menores y además salvaguardar la integridad familiar.

3.5 Características de la guarda y custodia:

La guarda y custodia comprende:

Convivencia:

Para cimentar en él no solo la instrucción, mediante su asistencia a un centro educativo, sino también los valores morales y sociales que no recibirá de ninguna otra persona, con el amor y la dedicación pertinente a su edad.

Vigilancia:

Implica que los padres o quien cuide del menor, son responsables de cualquier hecho fuera de la ley o la moral, cometido por aquel.

Protección en cuanto a su persona:

De cualquier daño o peligro que pueda amenazar su salud física o mental.

3.6 Principios de la guarda y custodia:**Normas eminentemente proteccionista:**

Este derecho persigue proteger a la familia. El estado se dio cuenta, hace mucho tiempo, que este grupo de personas era el que mejor satisfacía las necesidades del hombre y que en ella, el ser humano alcanzaba su más grande expresión como ser racional.

Principio de equidad:

El Derecho de Familia no permite la subordinación entre los miembros de la familia, aunque los vínculos consanguíneos demanden obediencia, ello se debe el cuidado que los mayores prodigan al menor de edad, pero no por ello hay subordinación.

El principio moral:

La familia está calcada en el amor, sentimiento que se dispensa entre los miembros de la familia y que no pueden ser exigido por nadie. A ninguno puede obligársele a que quiera a su hijo, a la esposa o cualquier otro miembro de la familia, sino que depende totalmente de la moral y éste es incoercible.

3.7 Casos en que se ejerce la guarda y custodia de menores de edad:

- En el caso de los padres casados, unidos de hecho o cuando viven juntos, se ejerce por ambos tal y como lo establece el Artículo 252 del Código Civil: que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre, y también sobre los mayores de edad declarados en estado de interdicción.

En este ejemplo al ejercerse la patria potestad por consiguiente se ejerce la guarda y custodia, como una derivación de la facultad y deber de los padres de cuidar y vigilar a sus hijos.

- En cuanto a la madre soltera, de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 261 del Código Civil que regula: cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen al poder del padre o sean internados en un establecimiento de educación.
- En la tutela, en las diferentes clases de tutela, la testamentaria, la legítima, la judicial, la legal. El tutor ejerce sobre su pupilo el derecho de cuidarlo y vigilarlo, y el protutor interviene para asegurar su recto ejercicio.
- Sobre los menores o incapacitados que no se hallen bajo la patria potestad, ya que al tutor le corresponde el derecho de ejercer la guarda y custodia sobre el menor o incapaz que esté bajo su tutela.
- Separación y divorcio, por el hecho de desintegración del hogar, de disolverse el vínculo conyugal ya no existe una casa conyugal, es cuando surge el problema de decidir con quien de los padres se quedará el menor, o con quien va a vivir.

CAPÍTULO IV

4. Condiciones de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario.

Los capítulos anteriores, sirvieron para fundamentar el tema central para esta investigación; se ha analizado la institución del matrimonio, el divorcio en la legislación guatemalteca y la guarda y custodia de los menores de edad.

El objeto final y primordial de la guarda y custodia es procurarle al menor un buen futuro en todos los aspectos de la vida, cimentando para ello su estabilidad psíquica, moral, física, moral e intelectual, lo ideal es que la función la ejecute la persona que se considere más capacitada para tal efecto; puede que la persona designada no cumpla con su misión por lo que deberá ser sustituida. Pero además de determinar la persona más idónea para el fiel cumplimiento de lo que representa la guarda y custodia de menores, es básico también que se cuente con el lugar adecuado para ejercer el cuidado y la vigilancia.

4.1 Regulación legal del proyecto de convenio:

De conformidad con el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil regula: Si no hubiere conciliación, en la misma junta o con posterioridad, se presentará al juez un proyecto de convenio en que consten, en su caso, los siguientes puntos:

- A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio;
- Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando está obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos;
- Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y
- Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

El convenio no perjudicará a los hijos, quienes a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados, con arreglo a la ley.

En el inciso primero en la solicitud inicial ambos cónyuges lo hacen en forma voluntaria sobre su divorcio, son ellos los que determinan en manos de quien quedarán los hijos, siendo este un asunto de jurisdicción voluntaria, en donde no existe litigio entre los mismos.

En el Artículo 166 del Código Civil establece: Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. 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 este Artículo se hace énfasis que, aún en contra de los padres, el juez, por causas graves y motivadas puede resolver en forma distinta, con base en estudios o informes de trabajadores sociales y que este resuelva en beneficio de los menores, como se hizo mención anteriormente lo calificará y podrá enmendarlo o bien aceptarlo, pero en la práctica en muchos casos el juez lo acepta inmediatamente.

4.2 Importancia del informe socio-económico en la guarda y custodia:

Así como lo dice la trabajadora social Maryflor Vásquez citada por la Licenciada Ana María Vargas de Ortiz: De conformidad con la ley y en la práctica, en todos los tribunales existe un departamento conocido como servicio social, el cual está integrado por trabajadoras sociales, las cuales se encargan de auxiliar y colaborar con la acción judicial.

El campo de la trabajadora social es muy amplio, pero donde verdaderamente cumple su función es en el campo del derecho de familia, en los desajustes familiares, juicios de guarda y custodia, hogares desorganizados.

Nuestra ley establece en el Artículo 7 Ley de Tribunales de Familia que: el personal de cada tribunal se integrará con un secretario, los trabajadores sociales que sean necesarios y demás personal que requiera el buen servicio.

En el Artículo 14 de la ley citada anteriormente regula: Los jueces ordenarán a los trabajadores sociales

adscritas al tribunal, las investigaciones necesarias, éstos actuarán de inmediato, en forma acuciosa y rápida, y rendirán sus informes con toda veracidad y objetividad a fin de que los problemas planteados puedan ser resueltos con conocimiento pleno de la realidad de las situaciones.

Dichos informes serán confidenciales; únicamente podrán conocerlos el juez, las partes y sus abogados. No podrá dárseles publicidad en forma alguna, ni extenderse certificación o acta notarial de los mismos.

De acuerdo a lo establecido se concluye que los informes de las trabajadoras sociales deben ser lo más ajustados a la realidad posible y dar una idea del ambiente social, económico y cultural en que se desenvuelve la persona a quien va investigar.

4.3 Importancia del informe socio-económico en un divorcio voluntario:

La intervención socio-económica, tiene las siguientes fases:

1. Estudio o investigación:

Consiste en el conocimiento a que se llega mediante el tratamiento con las personas investigadas, para penetrar al fondo de la situación real, actual, tanto social como económico para después llegar a una conclusión. Este estudio se logra mediante una serie de entrevistas a las partes y terceros, visitas a domicilio e informes de terceros.

Con respecto a las entrevistas éstas pueden ser el Tribunal citando para el efecto a las partes, en sus domicilios o en los lugares donde trabaja. En estas entrevistas las trabajadoras sociales para lograr su cometido, inquieran formula una serie de preguntas, para formarse un criterio, el que es ampliado con la visita domiciliaria, es fundamental ya que con base en estas visitas se constata la forma de vida que llevan las partes, comodidades de que gozan, mobiliario usado, clase de vivienda, lugar, vecindario.

2. Diagnóstico e interpretación:

Esta es la segunda fase del servicio social que consiste en la conclusión a la cual se llega por la trabajadora social, como producto de la investigación realizada, se establece cuál es el problema que aqueja a la persona así como también tener un conocimiento más completo de éste.

3. Servicio o tratamiento:

Constituye el conjunto de medidas prácticas que se adoptan para solucionar total o parcialmente los problemas que se establecen en el diagnóstico, para lo cual se utilizan los recursos de la comunidad y el trabajo social específico que proporciona el trabajador social al caso concreto. Los trabajadores sociales además de investigar los casos que se les encomiendan tienen la obligación de orientar, de aconsejar para evitar o resolver los problemas de familia ya que la mayoría de personas que acuden a los tribunales no siempre hablan con el juez directamente porque no le tienen confianza o la falta de tiempo para atenderlos de inmediato.

Se concluye que el trabajo social tiene que ayudar a buscar una solución más adecuada al problema que se da al momento de que la persona que ejercerá la guarda y custodia de los hijos menores de edad, no sea la adecuada; y así contribuirá a que no se produzcan efectos negativos en el cuidado, protección y vigilancia del menor.

El criterio es que en un divorcio por mutuo acuerdo el informe socio-económico es importante para determinar en todos los casos; con la investigación podrá establecerse las condiciones hogareñas, el aspecto moral, social, económico, con el objeto de hacerles saber a los cónyuges, aunque ellos se hayan puesto de acuerdo a quien quedan confiados los hijos, cual es el hogar más indicado para el desarrollo integral, físico y moral de los menores; ya que este informe social es coadyuvante.

4.4 Metodología de la investigación:

Para obtener los resultados requeridos para esta investigación, se acudió al diferentes Juzgados de Primera Instancia de Familia y el Juzgado de Primera Instancia Civil, Familia y Económico Coactivo del

Municipio de Mixco, departamento de Guatemala, y al Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, Organismo Judicial.

Se entrevistó a secretarios de diferentes juzgados el día 14 de febrero de 2005.

Se les dirigió la misma interrogante ¿Cuál es la intervención del juez en un divorcio voluntario en cuanto a la guarda y custodia de los hijos menores de edad? a lo que contestaron en forma similar: “el juez no tiene intervención puesto que como es un asunto de jurisdicción voluntaria las partes son las que deciden lo relativo a la guarda y custodia de sus hijos menores de edad”.

Esta respuesta constituye una muestra que el órgano jurisdiccional no se preocupa en las condiciones que se ejerce el cuidado y vigilancia de los hijos menores edad por la persona que la tenga.

Pues bien, se tuvo la oportunidad de examinar en el Juzgado de Primera Instancia Civil, Familia y Económico Coactivo del Municipio de Mixco, departamento de Guatemala los procesos en forma directa y por lo consiguiente no se consideró hacer encuestas ni entrevistas a los demás funcionarios, porque estas se basan en opiniones personales y únicamente desvirtuarían la información extraída de los procesos; los cuales fueron proporcionados por la oficial cuarto del juzgado mencionado.

Se determinó lo siguiente:

- Cantidad de demandas de divorcios voluntarios que ingresaron en los años 2002, 2003, 2004;
- La edad promedio de los cónyuges que se divorciaron;
- Los hijos procreados;
- En el proyecto de convenio a quien se le confió la guarda y custodia de los menores;
- Condición en que se ejerce la guarda y custodia de los menores de edad.

Resultados:

- La cantidad de demandas por mutuo acuerdo que ingresaron, al Juzgado de Familia en los últimos tres años: 2002 82 demandas; 2003 94 demandas y 2004 es de 86 demandas; Total (262 demandas). (Anexo I)
- La edad promedio de los cónyuges que se divorciaron, es de 45% 30 años y 55% 37 años. (Anexo II)
- Hijos procreados, el 80% de los cónyuges procrearon tres hijos y el 20% procrearon un hijo; que en la mayoría de los casos según se pudo establecer, que al momento de disolverse el matrimonio lo hijos son menores de edad, y son directamente lastimados por los efectos del divorcio. (Anexo III)
- Se determino que en los proyectos de convenio de divorcio voluntario de los años 2002, 2003, 2004 fueron en algunos casos redactados de la siguiente manera:

Proyecto de convenio:

Primera: Que nuestro menor hijo Jonhatan David Escobar Hernández, es deseo de ambos que se quede bajo la guarda y custodia de su señora madre Sara Beatriz Hernández Luna, por mi parte, yo Edgar Roberto Escobar Manriquez, me comprometo a pasar en concepto de pensión alimenticia a favor de nuestro hijo ya citado la cantidad de cuatrocientos quetzales exactos (Q.400.00), a razón de cuatrocientos quetzales exactos, en forma mensual, pensión que permito garantizar con los ingresos que percibo en mi calidad de piloto automovilista. Segundo: durante nuestro matrimonio no adquirimos ninguna clase de bienes, razón por la cual no hacemos relación de los mismos. Tercero: ambos comparecientes manifestamos en forma expresa que aceptamos la situación de nuestro menor hijo y nos obligamos cada uno por su lado a hacer todo lo posible por sacarlos adelante y procurar que no les falte nada y, en el presente caso, que el menor se queda la guarda y custodia de la madre, el señor Escobar Manríquez, podrá relacionarse libremente con el sin limitación alguna. Cuarto: Yo, Sara Beatriz Hernández Luna, manifiesto que renuncio en forma expresa al derecho de pensión alimenticia, que me pudiera corresponder, ya que tengo medios económicos para mi subsistencia.

Proyecto de Convenio de bases de divorcio:

a) De la guarda y custodia de los hijos: Durante nuestro matrimonio procreamos únicamente a la menor Casey Nicolette Escobar Alonso, de cinco años de edad quien quedará bajo la guarda y custodia de la madre; b) De la relación del padre con la hija: El señor Julio Rolando Escobar Catalán podrá relacionarse libremente con su menor hija, siempre en compañía de su señora madre Maida Nineth Alonso Barrera previo a ponerse de acuerdo ambos padres; c) De la pensión alimenticia: Julio Rolando Escobar Catalán, pasará por concepto de pensión alimenticia la cantidad de cuatrocientos quetzales (Q.400.00) mensuales para la menor Casey Nicolette Escobar Alonzo, y la señora Maida Nineth Alonso Barrera, renuncia expresamente a la pensión que le pudiera corresponderle; d) No se hace declaración en cuanto a bienes por no haberlos aportado ni adquirido ningún bien durante la vida conyugal.

Proyecto de Convenio:

Primera: Que nuestros menores hijos Wendy Sarai, Leslie Gabriela y Alex Eduardo de apellidos Concha Cisneros, es nuestro deseo que se queden bajo la guarda y custodia de su señora madre doña María Araceli Cisneros Cruz, por mi parte yo Alfredo Eduardo Concha Culajay, me comprometo a pasar en concepto de pensión alimenticia a favor de nuestros menores hijos ya citados la cantidad de un mil doscientos quetzales (Q.1,200.00) exactos, a razón de cuatrocientos quetzales exactos, para cada alimentista, más gastos de educación y salud, pensión que me permito garantizar con los ingresos que percibo en la calidad de comerciante. Segunda: Durante nuestro matrimonio no adquirimos ninguna clase de bienes razón por la cual no hacemos relación de los mismos. Tercera: yo, María Araceli Cisneros Cruz, manifiesto que renuncio en forma expresa al derecho de pensión alimenticia, que me pudiera corresponder, ya que tengo medios para mi subsistencia.

Proyecto de convenio:

Primero: Que la guarda y custodia de las menores Claudia Maria Maricel y Elizabeth Abigail de apellidos Rivas Vásquez. Queda confiada a la madre, quien las asistirá en todo lo necesario.
Segundo: Que el padre de las menores antes nombradas. Se obliga a proporcionar en concepto de alimentos una pensión de ochocientos quetzales mensuales (Q.800.00), a razón de cuatrocientos

quetzales mensuales para cada alimentista. El pago lo hará en forma mensual y anticipada dentro de los primeros cinco días mes calendario, mediante pago directo a la madre de dichas menores, contra recibo simple que le extenderá, y en caso contrario mediante depósito en la Tesorería del Organismo Judicial. La primera pensión será a partir de junio del año en curso. Todo pago lo hará sin necesidad de previo cobro o requerimiento alguno.

Tercero: Que la esposa renuncia expresamente a la pensión alimenticia que pudiera corresponderle, por tener medios propios de subsistencia.

Cuarto: El padre se relacionará libremente con sus menores hijas, especialmente los fines de semana, sin afectar sus horas de estudio y sueño.

Quinto: Que no hace declaración en cuanto a bienes comunes, por no existir patrimonio conyugal que liquidar.

Sexto: Que el padre garantiza su cumplida obligación alimenticia con su sueldo que devenga en Fajas y Retenedores, Sociedad Anónima, según constancia de trabajo adjunta.

Parte resolutive de dos sentencias emitidas de los mismos procesos analizados.

POR TANTO: Este Juzgado con fundamento en lo considerado y leyes citadas, al resolver DECLARA: I) CON LUGAR la demanda VOLUNTARIA DE DIVORCIO promovida por MAIDA NINETH ALONZO BARRERA Y JULIO ROLANDO ESCOBAR CATALAN; II) DISUELTO el vínculo conyugal que los une, en consecuencia: a) Ambos quedan en libertad de contraer matrimonio, con las limitaciones que para la mujer establece la ley; b) Que la señora Alonzo Barrera no tendrá derecho a seguir usando el apellido de su ex-cónyuge; c) En virtud que la cónyuge renunció expresamente a su derecho de pensión, no se hace relación al respecto; d) Que el señor Julio Rolando Escobar Catalán deberá de pasar en concepto de pensión alimenticia de su menor hija, la cantidad de cuatrocientos quetzales exactos, por anticipado, los primeros cinco días de cada mes y sin necesidad de cobro o requerimiento alguno; e) Por no haber adquirido bienes durante el matrimonio, no se hace pronunciamiento al respecto; f) la menor quedará bajo la guarda y custodia de la madre, pudiendo el padre relacionarse libremente con ella, siempre y cuando sea en horas hábiles y esté en su estado normal. III) Una vez firme el presente fallo, para remitir al Registro Civil de Chinautla, para los efectos de la anotación respectiva y se cancele la partida de matrimonio doscientos trece (213), folio trescientos cincuenta y ocho (358) del libro diecisiete (17) de matrimonios,

municipales, extiéndase la certificación respectiva a su costa y con las formalidades de ley; IV) Notifíquese.-----

f) Juez de primera instancia

f) Secretario

POR TANTO: este juzgado con fundamento en lo considerado y leyes citadas, al resolver DECLARA: I) CON LUGAR la demanda VOLUNTARIA DE DIVORCIO promovida por ALMA MARICEL VASQUEZ MENDEZ Y JUAN RIVAS CRUZ; II) DISUELTO el vinculo conyugal que los une, en consecuencia: a) ambos quedan en libertad de contraer matrimonio, con las limitaciones que para la mujer establece la ley; b) que la señora Vásquez Méndez no tendrá derecho a seguir usando el apellido de su ex-cónyuge; c) en virtud que la cónyuge renunció expresamente a su derecho de pensión, no se hace relación al respecto; d) que el señor Juan Luis Rivas Cruz deberá de pasar en concepto de pensión alimenticia de sus menores hijas, la cantidad de OCHOCIENTOS QUETZALES EXACTOS, a razón de cuatrocientos para cada menor, por anticipado, los primeros cinco días de cada mes y sin necesidad de cobro o requerimiento alguno; e) por no haber adquirido bienes durante el matrimonio, no se hace pronunciamiento al respecto; f) las menores quedarán bajo la guarda y custodia de la madre, pudiendo el padre relacionarse libremente con ellas, siempre y cuando sea en horas hábiles y esté en su estado normal. III) Una vez firme el presente fallo, para remitir al Registro Civil de Mixco, para los efectos de la anotación respectiva y se cancele la partida de matrimonio número trescientos treinta y siete (337), folio ciento setenta (170) del libro dos (2) de matrimonio notariales, extiéndase la certificación respectiva, a su costa y con las formalidades de ley; IV) Notifíquese.-----

f) Juez de primera instancia

f) Secretario

Al momento de elaborarse el proyecto de convenio a quien quedo confiado los hijos, del análisis de los procesos de divorcio por mutuo acuerdo, se demostró que un 80% de los casos, lo hijos menores quedaron confiados a la madre, no obstante lo anterior el 20% al padre, los padres tienen libertad para comunicarse con sus hijos.

El estudio de los casos relacionados con la guarda y custodia, se pudo comprobar que el padre en la mayoría de los casos no se queda con la guarda y custodia de los menores y que la mayoría de los casos es la madre la que ejerce el cuidado y vigilancia de los menores. (Anexo IV)

- Condiciones en que se que ejerce la guarda y custodia de los menores:

En relación con las fuentes de investigación, que son medios auxiliares de esta y para verificar, rectificar algunos de los datos suministrados, se realizó algunas entrevistas con vecinos cercanos, parientes, lugares de trabajo; estas personas se divorciaron por mutuo acuerdo, se tomó en cuenta que la información que se haya rendido fuese lo más veraz posible, y recabar toda la información necesaria para obtener una visión más completa y real de la situación que se está investigando.

Entrevista realizada fecha 14 de febrero de 2005

Caso número uno:

- ❖ Se abandonan los deberes de cuidado y vigilancia; ya que la madre no cumple con los deberes de alimentación adecuada, protección, vigilancia en cuanto a la conducta del menor, por ser personas de escasos recursos económicos, y la pensión alimenticia que obtiene la madre por parte del padre no es suficiente para alimentar a los menores; ya que la madre expresamente renuncio al derecho de ser alimentada por parte del marido indicando que cuenta con los medios para satisfacer sus necesidades económicas aunque en la práctica es todo lo contrario; entonces se ve en la necesidad de salir a trabajar y muchas veces se cambiaban hasta de lugar de vivienda, las madres descuidan tales deberes o se la delegan a terceras personas que en la mayoría de los casos ni siquiera son parientes y le dan un mal cuidado a los menores.

Entrevista realizada el 15 de febrero de 2005

Caso número dos:

- ❖ Se tuvo la oportunidad de hablar con algunos padres que ejercen la guarda y custodia de hijos menores de edad; pero en especial, con un padre de una menor que al momento de divorciarse por

acuerdo con su esposa; convinieron que él ejercería la guarda y cuidado de su hija menor de edad, al momento de decidir tal extremo; se encontraba en plena capacidad para cuidar, proteger y darle buenos ejemplo a la menor, pero que sucede ahora; él es una persona que se dedica a ingerir bebidas alcohólicas después de finalizar su período de labores, lo cual se considera que le da malos ejemplos y en un momento dado puede representar un peligro para la menor.

Entrevista realizada el 16 de febrero de 2005

Caso número tres:

- ❖ Otro de los casos es que las madre realiza costumbres depravadas o escandalosas; ya que al practicar o demostrar tales actitudes éstas constituyen no solo un mal ejemplo a la vez una vergüenza para con los menores porque estos son rechazados y discriminados por la sociedad y que realicen algunos actos que por el mal cuidado de la madre los ha llevado a cometer cierto hechos delictivos.

Entrevistas realizadas el 17 de febrero de 2005

Caso número cuatro:

- ❖ Esta es una de las formas más comunes que se da en el ejercicio de la guarda y custodia de hijos menores de edad; en varios casos se pudo determinar que se ejerce con una dureza excesiva en el trato de los hijos; se cree que este motivo es muy común por ser personas que no poseen ni la más mínima educación y mucho menos saben tratar a un niño y consideran que éstos son propiedad de ellos y les proporcionan malos tratos y algunas veces les llegan a causar daños graves.

Entrevista realizada el 17 de febrero de 2005

Caso número cinco:

- ❖ Otro caso es que dedican a los hijos a la mendicidad; esto se relaciona con la dureza excesiva y malos tratos, ya que se obliga a los hijos a pedir limosna constituye un maltrato o abuso. Actualmente vivimos en un medio que se ha vuelto muy común que las madres por carencia de recursos económicos envíen a sus hijos a mendigar y muchas veces los hijos son objetos de malos tratos por no conseguir llevar suficiente dinero.

Entrevistas realizadas el 18 de febrero de 2005

Caso número seis:

- ❖ Otros casos es que, a los menores les falta atención por parte de sus madres, porque estas trabajan, se dedican a otras actividades las cuales les absorbe toda la parte del día y los menores no tiene mucha comunicación con ellas y se desprecupan por el desarrollo intelectual y físico de los menores. Como consecuencia de la falta de comunicación los niños y la niñas tienen que acudir a otros lugares para que se les cuide, y que se les proporciones atención, y se les de un poco de cariño y comprensión.

En base al proceso de análisis tanto como de documentos y entrevistas con varias personas, vivencia con familiares se determinó las condiciones en que los padres ejercen la guarda y custodia de los menores de edad después que las personas se hayan divorciado voluntariamente, se dice entonces que son las siguientes:

El 33% de las madres que ejercen la guarda y custodia de sus hijos menores de edad abandonan sus deberes de cuidado y vigilancia.

El 8% de las personas ingieren bebidas alcohólicas

El 25% los educan con una dureza excesiva

El 13% los dedica a la mendicidad

El 21% existencia de falta de comunicación (Anexo V)

4.5 Efectos sociales del divorcio por mutuo consentimiento:

- La desintegración de la unidad familiar por medio del divorcio repercute en la sociedad, afecta la moral, física y espiritualmente, económica y psicológicamente tanto para los cónyuges como para los hijos.

- El divorcio crea, la desestabilización mental en la familia desintegrada, en cuanto a los cónyuges porque el divorcio constituye un fracaso y cada fracaso produce un trauma mental.
- En cuanto a los hijos dependiendo de la capacidad emocional que cada quien tenga, así será aceptado y marcará la conducta a seguir.
- Por otro lado la mujer, puede caer en alcoholismo y la prostitución ya que generalmente los hijos menores quedan bajo su guarda y custodia.
- La personalidad no la desarrollará el niño por falta de afecto y cuidados que los padres conjuntamente no le pueden brindar.
- Generalmente los mas perjudicados suelen ser los hijos, especialmente si están en la época de la adolescencia ya que es una etapa difícil en la que los padres juegan un papel importante, que es la de cuidar y orientar a sus hijos a fin de hacer de ellos hombres útiles a la sociedad. Tal como lo expresa la sicóloga Karla Gonzáles: “Esta situación afecta a los pequeños y algunos llegan a pensar que ellos son la causa del conflicto.”

Se considera que ante la separación traumática, de los padres a causa del divorcio los niños, se pueden volver frágiles tanto a enfermedades físicos como mentales.

- En el caso de divorcios de padres con solvencia económica los hijos buscan fugarse de la realidad y como cuentan con los recursos económicos suficientes buscan refugio en las drogas como forma de revelarse por su inconformidad de su nuevo estado de vida al cual fueron introducidos sin contar con ellos y muchas veces sin pensar en ellos; y bajo el efecto de drogas llegan a extremos delictivos, lo hacen no por necesidad sino más bien por diversión.
- En casos de divorcios de padres de condiciones precarias, pues la miseria los conduce a los mismos caminos que el caso anterior, sólo que éstos se inicia primero en la delincuencia para agenciarse de fondos y con ello poder adquirir drogas y alcohol.

- El mal ejercicio de la guarda y custodia por quien la tenga contribuye a que los hijos busquen caminos fáciles y así se vuelvan delincuentes y produzcan otros males a la sociedad que actualmente se vive.

4.6 Efectos jurídicos del mal ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario:

- De conformidad con el Artículo 924 del Código Civil: Si el incumplimiento es de las obligaciones que debe tener el hijo para con los padres, si alguno de estos tiene su guarda y cuidado, puede generar su imposibilidad de heredarlos por indignidad. Estas situaciones pueden producir que sea el padre o la madre quienes queden impedidos por indignidad a heredar a sus hijos. Es importante hacer notar que el hecho de que solo uno de los padres tenga la guarda y cuidado de sus hijos, no quiere decir que el otro padre o ambos pierdan las obligaciones que les impone la patria potestad o su ejercicio y, por consiguiente, sus derechos; especialmente el de relacionarse libremente con sus hijos. (Artículo 166 del Código Civil).
- Además del incumplimiento de la guarda y cuidado de los menores, debe tener otras consecuencias como la suspensión o pérdida de la patria potestad y algo más grave: las responsabilidades señaladas en el Código Penal, en el Artículo 154 que establece: Abandono de niños y personas desvalidas: Quien abandonare a un niño menor de diez años o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que estuviere bajo su cuidado o custodia, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Si a consecuencia de abandono ocurriere la muerte del abandonado, la sanción será de tres a diez años de prisión. Si sólo se hubiere puesto en peligro la vida del mismo o le hayan producido lesiones, la sanción será de tres meses a cinco años de prisión.

- El Artículo 253 del Código Civil regula: “El padre y la madre están obligados a cuidar o sustentar a sus hijos, sea o no del matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan material o moralmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, pues bien el Código Penal lo regula en el Artículo

242: La sanción que establece es de prisión de dos meses a un año, y el delito que se comete es el de incumplimiento de deberes de asistencia”.

Como se puede observar tanto la ley civil como la penal, protegen al menor y prevén la posibilidad de que tanto la madre como el padre no cumplan con sus obligaciones.

CONCLUSIONES

1. La guarda y custodia es la obligación que tienen los padres con sus hijos, alimentarlos, defenderlos e instruirlos conforme la moral, de acuerdo a su capacidad económica, así como la obligación y derecho de convivir con los menores, vigilarlos y velar por su seguridad física.
2. La peculiaridad de la guarda y custodia reviste de mucha importancia ya que nuestro ordenamiento jurídico no regula específicamente sobre la guarda y custodia, sino que se encuentra inmerso en el Derecho de Familia.
3. El divorcio por mutuo acuerdo es un asunto de jurisdicción voluntaria por lo tanto el juez solo en los casos graves o bien motivados interviene en lo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores de edad; ya que no existe impedimento legal para que los cónyuges decidan a quien queda el cuidado y vigilancia de los hijos habidos en el matrimonio, pero en la mayoría de los casos los que se divorcian por mutuo acuerdo, no se preocupan en prestar especial atención en analizar quien de ellos puede realmente y concientemente cuidar mejor a los hijos procreados.
4. De la muestra de la investigación se estableció que de 30 casos analizados, de divorcios por mutuo acuerdo el 33% de los padres que ejercen la guarda y custodia de sus hijos menores de edad, abandonan sus deberes de cuidado y vigilancia, el 8% ingieren bebidas alcohólicas, 25% tratan con dureza excesiva a los menores, el 13% los dedica a la mendicidad y el 21% existe falta de comunicación entre padres e hijos.
5. De las investigaciones realizadas se dedujo que el acelerado proceso de pérdida de valores morales, por parte de la sociedad guatemalteca, provoca un mal ejercicio de cuidado y vigilancia de los hijos menores de edad.
6. Fundamentalmente la familia forma la sociedad; y cuando se produce un divorcio sea cual fuere la causa de este; la desintegración familiar afecta moral, económicamente a los cónyuges e hijos.

RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Legislativo a través de una iniciativa de ley, procure que se regule específicamente la guarda y custodia de menores e incapaces, proyectada a una nueva institución del Derecho de Familia.
2. Por no existir una institución de guarda y custodia de menores e incapaces, y tomando en cuenta la importancia que tiene en el Derecho de Familia es necesario y recomendable que al estudiante de derecho se le informe adecuadamente al momento de impartirse los cursos correspondientes, sobre que se entiende por guarda y custodia para que no tienda a confundirlo con otras instituciones similares.
3. Es importante que los padres les expliquen a sus hijos lo que está pasando en el hogar, el motivo del cual los llevo a tomar la decisión de divorciarse, conversar con ellos para que se les pregunte con quien de lo cónyuges se quieren quedar y así mismo el Juez de Familia observando que el menor tenga la edad de 10 años en adelante le pregunte con quien de sus padres desea quedarse.
4. Que el Juzgado de Familia previo autorizar o aprobar el convenio de bases del divorcio voluntario, traslade el expediente a la trabajadora social para que ella defina cual de los dos hogares es el más adecuado para sus hijos.
5. Para poder prevenir de una manera eficaz el mal ejercicio de la guarda y custodia, es necesario que todos los padres que se hayan divorciado de forma voluntaria procuren que los niños, niñas y adolescentes, se desarrollen en un ambiente armonioso, y de respeto a sus derechos; de esa forma se evitaría una desintegración, desvalorización de la familia y sociedad guatemalteca.

ANEXOS

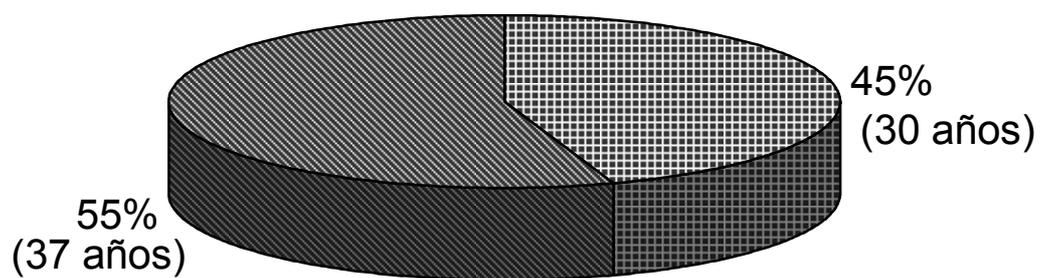
ANEXO I

Juicios ingresados por divorcio voluntario en el Juzgado de Primera Instancia Civil, Familia y Económico Coactivo de Mixco, Guatemala, años 2002 al 2004.

Juicios ingresados	2002	2003	2004
Voluntarios de divorcios	82	94	86
Total	262		

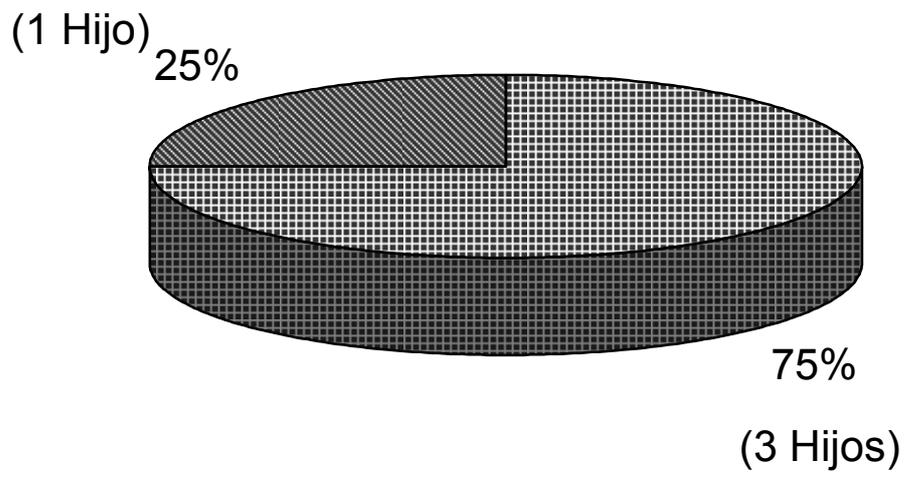
ANEXO II

Edad de los cónyuges que se divorciaron por mutuo consentimiento de 2002 al 2004.



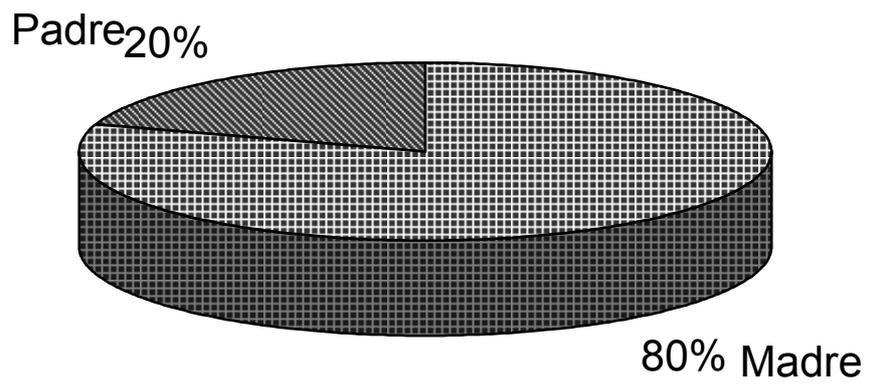
ANEXO III

Hijos procreados durante el matrimonio
de 2002 al 2004.



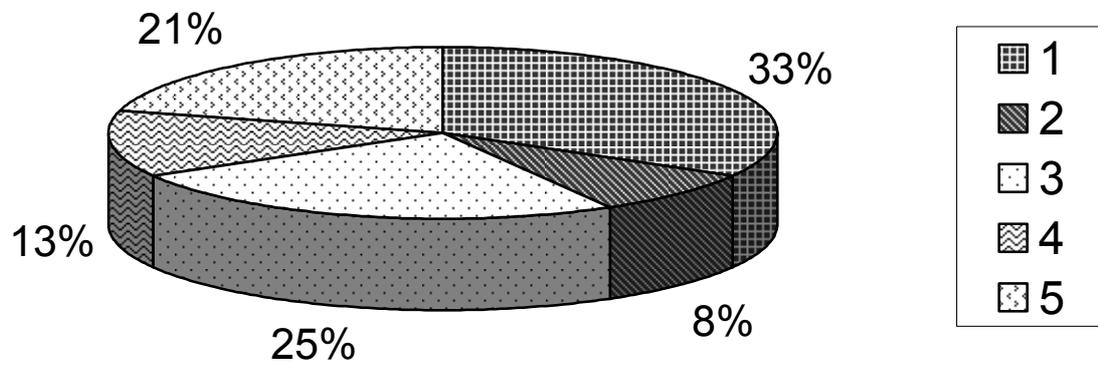
ANEXO IV

A quien se le confió la guarda y custodia de los menores de edad.



ANEXO V

Condiciones en que se ejerce la guarda y custodia de los menores de edad, en el Municipio de Mixco, Departamento de Guatemala



1. Abandono de deberes de cuidado y vigilancia.
2. Ingieren bebidas alcohólicas.
3. Dureza excesiva.
4. Mendicidad.
5. Falta de comunicación.

BIBLIOGRAFÍA

A. BOSSERT, Gustavo, A. Zannoni. **Manual de derecho de familia**, 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma; 1991. 626, págs.

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**, 1t.; Guatemala: Ed. Vile, 1990. 902, págs.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, 1t.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix USAC, 1998. 477, págs.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario del derecho usual**, 2t.; 12a. ed.; actualizada y ampliada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1979. 814, págs.

COLIN, Ambrosio, y H. Capitant. **Curso elemental de derecho civil**, traducida al español, por Demofilo de Buen y J. Castán Tobeñas; 4a. ed.; España: Ed. Reus, S.A.; 1975. 474, págs.

COUTIRE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1969.

El divorcio y los niños. Pág. 21. Nuestro Diario (Guatemala). Año 8, No. 2555 (lunes 21 de febrero de 2005).

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, 4t.; Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1975.

Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, Organismo Judicial. Guatemala.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, 17 vols.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1981. 797, págs.

PLANIOL, Marcel y Ripert, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés**, 2t.; La Habana, Cuba: Ed. Cultural; S.A., 1946.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**, 5t.; 3a. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide; S.A., 1976. 696, págs.

VARGAS ORTIZ, Ana Maria. **Importancia del informe socio-económico en los juicios orales de guarda y custodia**. Tribunales de Familia de Guatemala, Tipografía Nacional. 1975. 49, págs.

Legislación:

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

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

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

Código Penal. Congreso de la República. Decreto número 17-73, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República. Decreto número 39-89, 1990.

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