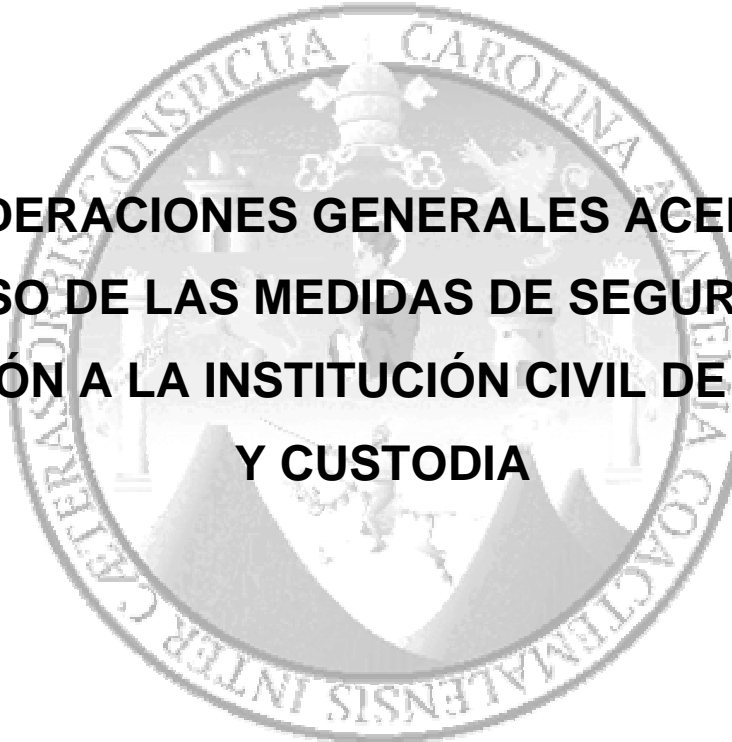


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two figures. The shield is set against a background of a globe. The Latin motto "CONSPICUA CAROLINA ANTIQVAEIA COACTVMALENSIS INTER CETERA" is inscribed around the perimeter of the seal.

**CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL
MAL USO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN
RELACIÓN A LA INSTITUCIÓN CIVIL DE GUARDA
Y CUSTODIA**

GLORIA PATRICIA VÉLIZ LATZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2005

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

**CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL MAL USO DE LAS
MEDIDAS DE SEGURIDAD EN RELACIÓN A LA INSTITUCIÓN CIVIL DE
GUARDA Y CUSTODIA**

TESIS

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

GLORIA PATRICIA VÉLIZ LATZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Octubre de 2005.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar 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 Ortíz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera fase:

Presidente:	Lic.	Luis Roberto Romero Rivera
Vocal:	Licda.	Gloria Pérez Puerto
Secretario:	Lic.	José Napoleón Orozco Menéndez

Segunda fase:

Presidente:	Licda.	Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic.	José Napoleón Orozco Menéndez
Secretario:	Lic.	David Sentés Luna

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.)

ACTO QUE DEDICO

- A Dios: Quien nunca me ha dejado sola en todos los momentos de mi vida, que me ha bendecido en obtener este éxito en mi vida.
- A Mis Padres: Alejandro Véliz Pacay, y Aurora Latz de Véliz
Por el amor, comprensión, apoyo, esfuerzo y tolerancia que me brindaron, cada día para ver culminar mi carrera ya que sin ustedes no estaría hoy aquí.
- A Mis Abuelitos: Joaquina y Pioquinto, Manuela y Demetrio.
Su recuerdo y enseñanzas perduraran por siempre.
- A Mis Hermanos: José René y Rubén Dario Véliz Latz.
Gracias por el apoyo y cariño que me brindaron en los momentos más difíciles, Liseth, Paola y Nineth, Ricardo e hijas, que el éxito alcanzado sea ejemplo en su vida.
- A Mis Sobrinos: Diego Alejandro y André Rubén Dario Véliz Torres, con mucho cariño y que mi perseverancia sirva de motivación y ejemplo para que alcancen todas las metas que se tracen en la vida.
- A Mis Ahijados: Que Dios me permita darles un digno ejemplo para cada uno de ellos en su vida.

A Mis Amigos: Edwin Pop Lobos, Dora Rodríguez, Paty Chanquin, María Antonia Guanta, Nelly Orantes, Benjamín López y Rosario González por el apoyo incondicional en los momentos difíciles, gracias por esa amistad y calidad humana que me han brindado en todo momento.

A Mis Compañeros: Sandrita de Flores, Jorge Luis, Haroldo, Ignacio, Elisa, Paty Cruz, gracias por su amistad y aprecio, Dios los bendiga.

A Los Profesionales: Licda. Marisol Morales Chew, Licda. Rosario Gil, Lic. Oscar E. Bolaños, Licda. Ma. Emilia Paau, Licda. Maribel Tello, Licda. Heidi Estrada, Licda. Elida Ajsac, Lic. Napoleón Orozco, Licda. Esmeralda López y Licda. Isabel Yupe, y otros que se escapan de mi memoria gracias por sus sabios consejos y compartir sus conocimientos.

A Mis Tíos y Primos: Como ejemplo de perseverancia con mucho cariño.

En especial: A La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Por el conocimiento recibido y darme la oportunidad de formarme profesionalmente.

A Mi Pueblo: Santa Cruz Verapaz, con mucho cariño, tierra que me vio crecer y forjarme.

A la Patria: Gloriosa tierra Guatemala, que me alberga.

A Usted: Por acompañarme en este acto.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El proceso civil y de familia	1
1.1 El proceso civil	1
1.1.1 Concepto de proceso	1
1.1.2 Objeto del proceso	4
1.1.3 Principios fundamentales que informan al proceso	5
1.1.3.1 Principio dispositivo	8
1.1.3.2 Concentración	8
1.1.3.3 Celeridad	8
1.1.3.4 Inmediación	9
1.1.3.5 Preclusión	9
1.1.3.6 Eventualidad	9
1.1.3.7 Adquisición procesal	10
1.1.3.8 Igualdad	10
1.1.3.9 Economía procesal	10
1.1.3.10 Publicidad	10
1.1.3.11 Probidad	11
1.1.3.12 Escritura	11
1.1.3.13 Oralidad	11
1.4.4 Fines del proceso civil.....	11
1.2 El proceso de familia	11
1.2.1 Principios que informan al proceso de familia	16
1.2.2 Asuntos que se conocen en el derecho de familia	17
1.3 Fines del proceso de familia	17

CAPÍTULO II

2. Legislación aplicable al derecho de familia	19
2.1 Constitución Política de la República de Guatemala	19
2.2 Código Civil	21

2.2.1 Matrimonio	21
2.2.2 La unión de hecho	21
2.2.3 El parentesco	21
2.2.4 Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial	22
2.2.5 Adopción	22
2.2.6 Patria potestad	22
2.2.7 Los alimentos	22
2.2.8 Tutela	23
2.2.9 Patrimonio familiar	23
2.3 Código Procesal Civil y Mercantil	23
2.3.1 Del juicio ordinario	23
2.3.2 Juicio oral	23
2.3.3 Juicio ejecutivo en la vía de apremio	24
2.4 Ley de tribunales de familia	24

CAPÍTULO III

3. Las medidas de seguridad en la doctrina y la legislación	25
3.1 Concepto y definición	25
3.2 El proceso cautelar, las medidas de seguridad	25
3.3 Las medidas de seguridad de personas y de garantía en particular	28
3.4 Providencias cautelares	29
3.5 Medidas de garantía	30
3.5.1 Arraigo	30
3.5.2 Anotación de demanda	31
3.5.3 Embargo	31
3.5.4 Secuestro	32
3.5.5 Intervención	32

CAPÍTULO IV

4. La función del juez en la aplicación de las medidas de seguridad	35
4.1 Denuncias	35
4.2 Juez de paz y el juez de familia	36

4.3 Denuncias por violencia intrafamiliar	37
---	----

CAPÍTULO V

5. Institución de guarda y custodia en la doctrina y la legislación	41
5.1 Origen y definiciones de guarda y custodia	41
5.2 Instituciones que tienen similitud en el caso de la guarda y custodia de los hijos	42
5.2.1 Patria potestad	42
5.3 La tutela	46
5.3.1 Concepto	46
5.3.2 Antecedentes	47
5.3.3 Clases de tutela	48
5.3.3.1 Tutela testamentaria	48
5.3.3.2 Tutela legítima	49
5.3.3.3 Tutela judicial	49
5.3.3.4 Tutela legal	50
5.3.3.5 Tutela específica	50
5.4 Ejemplos de casos concretos	51
5.4.1 Caso número uno	51
5.4.2 Caso número dos	52

CAPÍTULO VI

6. Las medidas de seguridad y el mal uso que se hace de la institución en su aplicación de guarda y custodia	53
6.1 Consideraciones generales	53
6.2 Análisis de la realidad jurídico legal judicial	59
6.3 Presentación de los resultados del trabajo de campo	63
6.4 Necesidad de reforma de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar	73

CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	79

INTRODUCCIÓN

Las relaciones de familia se rigen por aspectos morales, religiosos, éticos y legales dentro de la sociedad guatemalteca, ya que estas nacen por la institución del matrimonio o relaciones fuera del matrimonio, la primera como base de la sociedad desde sus inicios y continúa después de una separación temporal o, su disolución de una manera forzosa o voluntaria, situación que desarrolla un completo conjunto de derechos y obligaciones, al cimentarla como base social al momento de procrear hijos, a quienes se les debe dar la protección especial en la minoría de edad, constituidas sus bases legales en el derecho civil y derecho de familia.

No obstante lo anterior, que ya es un deber instituido, lo ideal sería proporcionar a los hijos todo lo que le es inherente para su desarrollo mental y físico sin escatimar esfuerzos, en virtud de que son la base del vínculo legal que nace del matrimonio o fuera del matrimonio (unión libre) que es paternidad, maternidad y filiación; que al momento de existir una ruptura en la relación entre los padres por cualquier causa, quedan a la suerte de quienes tienen el deber de proteger a los hijos menores y discapacitados disponer sin profundizar cual es la mejor alternativa de solución o quien es la persona idónea a quien se le confían para su cuidado en esta etapa, seres humanos que salen afectados por no tomárseles en cuenta como tales sino como objetos movibles.

El Estado de Guatemala, tiene como premisa fundamental en la Constitución Política de la República, “proteger a la familia”, pero ¿De qué manera?, si constantemente se ve en la necesidad de presentar proyectos de Ley y reformas a las Leyes en diferentes áreas. Sin embargo, con el paso del tiempo, el Estado ha creado instituciones con el objeto de canalizar las denuncias o necesidades de las parejas que tienen conflictos entre ellos mismos para desarrollar sus deberes como padres, pero son instituciones que la misma sociedad desconoce que existen, situación que se agrava dentro de los círculos sociales marginados, quienes nunca han salido de su lugar de origen. Causas de desintegración familiar pueden existir muchas, pero no son excusa para que los hijos menores sean víctimas de las decisiones de sus padres o personas ajenas a ellos que administran justicia sin

tomar en cuenta que son personas que al sufrir una separación sus progenitores, cualquiera que sea la causa que la origine, le flagelan su vida y no les permiten desarrollarse en una familia integrada.

Lo anterior, me ha motivado a realizar una investigación específica para analizar desde mi punto de vista que, dentro de las instituciones que deben velar por una buena, adecuada y eficaz aplicación de las leyes, se da el mal uso de las medidas de seguridad en relación a la institución civil de guarda y custodia, cuando se da el rompimiento de núcleo familiar por causas motivadas por la violencia física, moral, etc., generándose un conflicto familiar, que con el transcurso del tiempo hará que los hijos sean los que sufran las consecuencias sociales y económicas que ello conlleva.

Por lo anterior, me vi motivada a realizar una investigación bibliográfica, documental y de campo con respecto a lo que en la práctica efectivamente sucede acerca del tema tratado, con el fin de llegar a demostrar que estas instituciones si se desarrollan en bien de los mas vulnerables y perjudicados, aparejadas con la Ley vigente cuyo fondo contiene los elementos típicos de una relación de bienestar o sea el bien común.

El presente trabajo consta de seis capítulos, en el primero de ellos se hace un análisis jurídico doctrinario del proceso civil, su objeto, principios que lo informan, y del proceso de familia, especialmente de aquellos asuntos que se desconocen en el derecho de familia, con el fin de hacer un análisis de la práctica en relación a la doctrina con el derecho civil y de familia, cuya institución se analiza en el capítulo segundo, mismo que parte de la premisa que el Estado garantiza la protección a la familia, se hace una descripción de esta figura jurídica de conformidad con el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y Ley de Tribunales de Familia, se definen las instituciones que abordan este trabajo, su clasificación doctrinaria y legal, sus elementos, características, formalidades y regulación legal, asimismo se incluyen importantes explicaciones que servirán para desarrollar los siguientes capítulos; aparte de lo anterior, el capítulo segundo hace un establecimiento de diferencias y similitudes entre las diversas instituciones y sus finalidades en el derecho de familia.

En el capítulo tercero, se hace una descripción de la figura jurídica de las medidas de seguridad en la doctrina y la legislación, sus conceptos y definiciones dentro del ámbito de estudio de esta institución haciendo una comparación de ello con la figura jurídica del proceso cautelar y las medidas de seguridad, además en este capítulo se hace un análisis de la figura jurídica de las medidas de seguridad de personas y de garantía en particular, incluyendo en el desarrollo de este tema lo relativo a providencias cautelares, para adecuarla al caso concreto y hacer la tipificación pretendida en el sistema guatemalteco.

El cuarto capítulo contiene la función del juez en la aplicación de las medidas de seguridad, este tema se refiere al trabajo de campo realizado en el estudio de casos concretos, describe lo relacionado al tema de la denuncia, el juez de paz y de familia, que es la autoridad competente para conocer de estos casos cuando surge un problema de violencia intrafamiliar que es la causa que motiva la aplicación de medidas de seguridad. En el capítulo quinto se desarrolla la institución civil de guarda y custodia en la doctrina y la legislación, pretendiendo hacer un análisis que comprenda su origen, definición, así como otras instituciones que tienen similitud en el caso de la guarda y custodia de los hijos, la patria potestad, la tutela, clases de tutela, sus características, elementos, etc..

El capítulo sexto, contiene el aporte personal de la ponente, haciendo una descripción del mal uso que se hace de la institución civil de guarda y custodia dentro de los procesos cortos de aplicación de medidas de seguridad de conformidad con la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, tema de cual, luego de hacer las consideraciones del caso se hace un análisis de la realidad jurídico legal judicial; y, luego de presentar los resultados obtenidos del trabajo de campo realizado establece la necesidad de reformar la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

Sea entonces, éste un aporte importante para contribuir al desarrollo académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, esperando que la investigación que se realizó sea de utilidad a los estudiantes de esta casa de estudios.

CAPÍTULO I

1. El proceso civil y de familia

1.1 El proceso civil

1.1.1 Concepto de proceso

La palabra proceso, equivale a juicio, a un procedimiento, aunque difieren estas definiciones no sustancialmente unas de otras, pero que representan la forma que la ley permite para hacer operar la parte sustantiva de la ley.

Según el Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe, proceso es una “institución jurídica, regulada por el derecho procesal, mediante la cual los órganos a los que el Estado tiene encomendada la función jurisdiccional resuelven los diferentes conflictos de intereses relevantes en el plano jurídico que se producen en cualquier forma de convivencia humana. El propio carácter social de la persona lleva consigo la existencia de una conflictividad entre los miembros de la sociedad que debe ser regulada por el derecho. Cuando las personas que han generado el conflicto no lo resuelven de forma voluntaria (a través de un arreglo amistoso o transacción, o por medio del sometimiento al arbitraje), se hace necesaria su regulación coactiva que se lleva a cabo a través del proceso, al que también se denomina pleito, litigio, juicio o lite.”¹

El proceso se inicia con una petición a los tribunales realizada por las partes o litigantes, petición que de acuerdo con el lenguaje jurídico se denomina pretensión, y que el órgano jurisdiccional actúa o deniega según parezca o no fundada en derecho. Los sujetos que intervienen en el proceso son tres: el que hace la reclamación o formula la pretensión (llamado actor o demandante), el sujeto a quien se dirige la pretensión (que es el demandado) y el órgano jurisdiccional que decide si da la razón o no al demandante, decisión que se

¹ Espasa Calpe, **Diccionario enciclopédico**, pág. 634

impone de forma coactiva a las partes.

Este esquema es el propio de los procesos civiles, aunque constituye el esquema típico, reproducible de una forma fácil en otros órdenes jurisdiccionales (sobre todo en los procesos ante los tribunales contenciosos administrativos y laborales). El proceso penal, en cambio, tiene un desarrollo distinto pues, por lo común, es el Estado quien se encarga de alentar la persecución del delito e instar el correspondiente proceso, si bien, existen algunos delitos que sólo son perseguibles a instancia de parte, requiriendo denuncia del perjudicado, lo que hace que la aludida bipolarización demandante-demandado se reproduzca aquí también, salvando las distancias. Lo que en el proceso civil es el demandado, en el proceso penal se denomina sindicado. El demandante sería aquí el denunciante o el propio Estado. Y lo que en el proceso civil es la demanda, en el penal es la acusación.

“El proceso se compone de una pluralidad de actos encadenados entre sí, de modo que los actos anteriores justifican y son requisito de validez de los posteriores. Este encadenamiento se denomina procedimiento. El proceso civil comienza con la demanda, en la que el demandante expone los hechos y los argumentos jurídicos en los que basa su pretensión. A la demanda contesta el demandado, quien puede reaccionar de tres formas: a) allanándose, si está de acuerdo con lo solicitado por el demandante y se allana a cumplir lo que éste le exige; b) oponiéndose, si ocurre lo contrario, en cuyo caso formulará excepciones, es decir, argumentos que tienden a contrarrestar o quitar eficacia a lo que el demandante propone; por último, c) reconviniendo, el demandado se convierte a su vez en demandante y contesta a la demanda planteando a su vez otra demanda contra la parte demandante o actora. A continuación viene la fase probatoria, en la que cada una de las partes propone las pruebas que quiera hacer valer (declaración de parte, confesión, testimonio, pericia, documentos, inspección ocular del juez y prueba de presunciones). El procedimiento termina con la sentencia, que dará la razón a quien el Juez de conformidad con las

pruebas aportadas considere que tiene la razón y se pronunciará también sobre quién tiene que soportar las costas del procedimiento.

El litigante que no queda satisfecho con la resolución judicial tiene abierta la posibilidad de formular recursos contra la sentencia.”²

El proceso forma parte del derecho procesal, y según Andrés De la Oliva “es el instrumento esencial de la jurisdicción o función jurisdiccional del Estado, que consiste en una serie o sucesión de actos tendientes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto.

El conjunto de actos que compone el proceso ha de preparar la sentencia y requiere, por tanto, conocimiento de unos hechos y aplicación de unas normas jurídicas. Desde otro punto de vista, el proceso contiene, de ordinario, actos de alegaciones sobre hechos y sobre el derecho aplicable y actos de prueba, que hacen posible una resolución judicial y se practican con vistas a ella.

Cabe distinguir, especialmente en el orden jurisdiccional civil, un proceso de declaración y un proceso de ejecución. Por el primero se declara o simplemente se dice el derecho en un caso concreto, sin transformación de la realidad de las cosas. Mediante el segundo, se pretende que el derecho ya declarado, o que consta suficientemente, se haga efectivo, con una modificación material de la realidad. En el proceso decisivo, por ejemplo, se condena a Ticio a pagar a Cayo una cantidad o se considera a Sempronio merecedor de una pena. Con el proceso de ejecución, se pretende que haya un desplazamiento patrimonial efectivo de Cayo a Ticio y que Sempronio cumpla la pena que se le ha impuesto.”³

² *Ibíd*, pág. 634.

³ *Ibíd*, pág. 634

Como se dijo anteriormente, el proceso se encuentra inmerso en lo que es el derecho procesal, y esta disciplina se encuentra clasificada por una serie de ellas, como sucede en el derecho procesal civil. Eduardo Couture, citado por el licenciado Mario Estuardo Gordillo Galindo, define al derecho procesal civil como “La rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil”.⁴

El tratadista Enrique Vescovi, citado también por el licenciado Gordillo, lo define como “El conjunto de las normas que establecen los institutos del proceso y regulan su desarrollo y efectos y también la actividad jurisdiccional”.⁵

1.1.2 Objeto del proceso

El proceso tiene por objeto principal la realización de las formas legales para garantizar a las partes un juicio apegado a la legalidad y justicia que implique la realización del derecho sustantivo.

De modo genérico se ha afirmado que el objeto del proceso lo constituye el tema o cuestión sometida a la consideración del órgano judicial, y sobre el que éste debe pronunciarse. “La doctrina procesalista, al tratar de delimitar el contenido conceptual de lo que debe entenderse por objeto del proceso, ha adoptado posiciones distintas, determinadas por las diferentes concepciones del derecho de acción. Así, quienes parten de la teoría concreta del derecho de acción, sostienen que el objeto del proceso es la concreta acción afirmada. Quienes defienden la teoría abstracta sobre el derecho de acción, entienden que el objeto del proceso no es otro que la pretensión procesal.”⁶

⁴ Gordillo Galindo, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 3.

⁵ **Ibid.**

⁶ **Ibid**, pág. 634.

1.1.3 Principios fundamentales que informan al proceso

Los principios lo constituyen los postulados, las bases sobre las cuales se cimienta el proceso. Existen en la doctrina variedad de principios y clasificaciones. En materia del derecho procesal, según Andrés De la Oliva, “son principios del proceso o principios procesales las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos (de ahí el término de principio), determinando que sean sustancialmente como son. De otra forma puede decirse que son los criterios inspiradores de la capacidad de decisión y de influencia del órgano jurisdiccional y de las partes en el nacimiento del proceso, en su objeto, en su desenvolvimiento y en su terminación. Los principios de aportación de parte, que consiste en que la ley asigna a las partes la función de aducir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del juez a recibirlo, para valorarlo después. Son las partes mismas exclusivamente las que aportan los hechos conducentes a establecer la relación jurídica que exista entre ellas y de que la demanda hace cuestión; ni el juez puede fundar su decisión en otros hechos, ni puede prescindir de los que las partes sometan a su juicio. Los principios de audiencia, junto con el principio de igualdad es uno de los llamados principios jurídico-naturales del proceso, que son los que siempre deben informar la legislación y la realidad procesales si se quiere que el proceso responda a unos postulados elementales de justicia. El principio de audiencia: aquel principio general del derecho que tradicionalmente se formula diciendo que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Dicho en otras palabras, no puede dictarse una resolución perjudicial para un sujeto sin que éste haya tenido oportunidad de exponer dentro del proceso en que la resolución recae, lo que estime conveniente y esté legalmente previsto (o no prohibido expresamente) como medio de defensa. Por tanto, no se exige que el sujeto haya sido materialmente oído, sino basta con que haya tenido la posibilidad procesal de formular alegaciones (en sentido amplio, es decir, incluyen no sólo las

argumentaciones jurídicas, sino también cuestiones fácticas y, por consiguiente, los medios de prueba). De otro modo, bastaría a los sujetos jurídicos con permanecer inactivos, silenciosos, para evitar los pronunciamientos de los tribunales. El principio de igualdad de las partes: que es un principio jurídico natural del proceso según el cual los sujetos principales -el que solicita una tutela jurisdiccional y aquel frente al cual esa tutela se solicita- deben disponer de iguales condiciones para defender en el proceso sus respectivas posiciones, esto es, debe ser titulares de derechos procesales semejantes, de posibilidades parejas para sostener y fundar lo que a cada quien convenga. De ahí que parte de la doctrina llame a este principio de <<igualdad de armas>>. De investigación de oficio o de oficialidad. Criterio derivado del interés público en ciertas materias, por el cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos particulares en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que aquél interés se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer por otros órganos públicos, ante situaciones subsumibles en supuestos taxativamente determinados por la ley.

Es el reverso del principio dispositivo y una primera manifestación del mismo es la necesidad de que el proceso comience, siempre que aparezca el interés público de cuya satisfacción es instrumento el proceso, por decisión del propio tribunal, bien de oficio o merced a actos de un organismo público legalmente encargado de velar por el interés general (Procuraduría General de la Nación).

En los procesos regidos por el principio de oficialidad, las partes no pueden establecer el objeto del proceso ni disponer de él mediante renuncia, allanamiento o desistimiento; la alegación y fijación o prueba de los hechos relevantes no depende de las partes, sino del tribunal y la sentencia definitiva no ha de constreñirse a las pretensiones de las partes, sino que se pueda referir a todas las dimensiones jurídicas del caso objeto del proceso. El principio de justicia

rogada: que consiste en que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. Principio de legalidad procesal: En virtud de él, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en Ley. Principio del juez no prevenido: El juez que ha realizado una investigación de oficio no puede intervenir en la decisión del proceso. El Principio dispositivo: Criterio derivado de la naturaleza predominantemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando (o reconociendo) a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que se pretende y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica. Son consecuencias de este principio que el proceso no comience por iniciativa del tribunal, sino sólo por la de quien pretenda una tutela jurídica concreta.

Esta primera consecuencia del principio dispositivo es resultado natural de dos factores: la total instrumentalidad del proceso respecto de derechos e intereses predominantemente privados o individuales, por un lado y, por otro, el libre poder de disposición del sujeto jurídico sobre lo que puede ser materia de aquél.

El poder disposición es el que permite, una vez iniciado un proceso, renunciar a obtener lo que se ha pedido (salvo casos excepcionales), allanarse a lo solicitado por el demandante o desistirse del curso del proceso.”⁷

Aplicando las normas procesales, así como la necesidad de establecer una clasificación doctrinaria de los principios que informan al proceso civil, la autora

⁷ Espasa, **Ob. Cit**; pág. 987.

ha considerado establecer lo que al respecto ha escrito el licenciado Mario Estuardo Gordillo Galindo, y al respecto se establece lo siguiente:

1.1.3.1 Principio dispositivo

Este principio se concretiza en determinar que las partes son las que impulsan el proceso, es decir, las que toman la iniciativa, las que hacen posible poner en marcha la administración de justicia. Son las partes las que proporcionan las pruebas en base a los hechos y determinan también los límites de la contienda. Entre algunas normas procesales que contienen este principio se encuentran:

- El Juez debe dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que sólo pueden ser propuestas por las partes (Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala);
- La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte, como lo establece el Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil;
- El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil obliga a las partes a demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

1.1.3.2 Concentración

Este principio indica básicamente que deben desarrollarse en el menor número de audiencias, el número de etapas procesales, es decir, la reunión de la actividad procesal con el objeto de que se concentre por razones de economía procesal y celeridad.

1.1.3.3 Celeridad

La celeridad indica rapidez y ello, pretende que el proceso sea no sólo

rápido sino que conjuntamente concentrado. Este principio puede ubicarse dentro de la legislación en el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece los plazos para dictar las resoluciones por parte del juez, los cuales tienen carácter perentorio.

1.1.3.4 Inmediación

Este principio indica que el juez debe tener una relación directa con el proceso y por ende con las partes, en especial, en lo relativo a las pruebas. Lo anterior, contribuye indiscutiblemente a que la resolución final que se dicte, sea la más objetiva y apegada a derecho. El Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil al respecto indica que el juez presidirá todas las diligencias de prueba, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial.

1.1.3.5 Preclusión

Indica que pasada una etapa procesal no puede retrocederse a la misma, es decir, queda firme, como por ejemplo, lo regulado en el Artículo 108 del Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a la imposibilidad de admitir, con posterioridad, documentos que no se acompañen con la demanda, salvo impedimento justificado.

1.1.3.6 Eventualidad

En cuanto a este principio el tratadista Alsina citado por el Doctor Mario Aguirre Godoy dice que “este principio consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa, como medida de previsión *adeventum*, también tiene por objeto favorecer la celeridad en los trámites, impidiendo regresiones en el proceso y evitando la multiplicidad de

justicia”.⁸

1.1.3.7 Adquisición procesal

El Artículo 177 del Código Procesal Civil y Mercantil establece con relación a este principio que el documento que una parte presente como prueba, siempre probará en su contra, es decir, la prueba que se aporte independientemente de quien lo haga, sirve para ambas en cuanto a la definición de la decisión judicial.

1.1.3.8 Igualdad

Este principio se relaciona con los principios de contradicción, debido proceso y legítima defensa, en que las partes procesales deben intervenir en la práctica de cualquier diligencia dentro del proceso en igualdad de condiciones, para que posteriormente pueda determinarse a quien le asiste el derecho.

1.1.3.9 Economía procesal

Este principio también se encuentra ligado al Principio de concentración, de celeridad y pretende abreviar las diligencias para la conclusión y la decisión judicial en un caso concreto.

1.1.3.10 Publicidad

Este principio tiene su fundamento, principalmente en lo que establece el Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial, al indicar que los actos y diligencias de los tribunales son públicos.

⁸ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 63.

1.1.3.11 Probidad

Este principio se fundamenta en que en el desarrollo del proceso, debe observarse principalmente en el juez, rectitud, honradez, honorabilidad en su accionar y en el respeto que deben tener a las partes procesales para que la decisión se encuentre fundamentada en derecho.

1.1.3.12 Escritura

Este principio tiene prelación principalmente en el proceso civil, sin embargo, en algunos juicios como el oral, este principio tiene una aplicación parcial.

1.1.3.13 Oralidad

Se fundamenta en la realización de las audiencias en relación con la aplicación del principio de inmediación procesal, concentración y celeridad.

1.4.4 Fines del proceso civil

De todo lo anterior se puede inferir que el proceso civil conlleva como fin último la consecución de la paz social al persuadir el cumplimiento correcto de las normas que lo informan y el respeto a los derechos de los demás mediante el fiel cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos.

1.2 El proceso de familia

El proceso de familia, no constituye una diferenciación en cuanto al proceso, toda vez, que varía relativamente las formas de la realización y aplicación del derecho sustantivo. Es una rama del derecho que tiene por objeto regular las "relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto

personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye el eje central de la relación entre las personas, la familia, el matrimonio y la filiación.

El derecho de familia, considerado como un “conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de las relaciones familiares y cuya naturaleza jurídica ha provocado una serie de controversias al otorgarle unos, autonomía frente al derecho privado, otros parangonándola por aproximación al derecho público”. Pissanelli, citado por Cassio y Romero⁹ estima que, aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de mas proximidad con el derecho público y Crome a que alude Cassio y Romero en el parrafo anterior, le da al derecho de familia otra orientación, considerándola como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general. Nipperdey hace la diferencia del derecho de familia del derecho privado, lo estima como un cuerpo extraño en la codificación del derecho privado”.

Uno de los grandes problemas con los que se enfrenta el derecho de familia actual es la indeterminación del concepto familia y la asimilación del matrimonio a otros tipos de convivencia (more uxorio). Es necesario, por tanto con carácter previo, determinar la naturaleza de estas instituciones, porque “El derecho, frente al hecho familia (en su más amplio sentido) es un posterius: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, al regular sus diversos aspectos”.¹⁰

En el derecho de familia, y específicamente en el proceso, surgen conflictos que ocasionan las relaciones entre los miembros integrantes del grupo familiar, que se encuentran unidos por relaciones de parentesco, afinidad. La familia, entonces es la “institución social más antigua que conoce la Humanidad. Nos preguntamos si, con el paso del tiempo, se mantiene como realidad sustancialmente idéntica, como

⁹ Cassio y Romero, **Diccionario de derecho privado**, pág. 434.

¹⁰ Espasa, **Ob. Cit**; pág. 634.

algo permanente o tan sólo sigue conservando el mismo nombre, en todo caso añadiendo una «s», pero se trata de una realidad sustancialmente diversa, es contingente. Díez Picazo, afirma que «la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural. Es cierto que puede hablarse de un «polimorfismo familiar»: los hombres, a lo largo de la historia, han organizado sus relaciones sexuales y familiares de formas bien diferentes: poliandria, poligamia, patriarcado, matrimonio monógamo, matriarcado, repudio, divorcio, homosexualismo, amor libre, promiscuidad, etc., ninguna de estas situaciones es una novedad. Podemos preguntarnos si, de esta variedad, se concluye el carácter contingente de la familia, o también si todas estas realidades son igualmente naturales.

Conviene precisar que:

1. El hecho de que existan situaciones patológicas no justifica darles carta de naturaleza en su sentido más literal. Por ejemplo, en la antigüedad se dio la esclavitud como una realidad socialmente aceptada, pero esto no quiere decir que no exista un derecho irrenunciable e indiscutible a la libertad de las personas;
2. La familia es una realidad natural, pero no primaria ni esencialmente biológica porque:
 - Puede haber familia sin que haya hijos: los esposos son la primera unidad familiar; no es necesario que vengan hijos para que la relación conyugal cobre sentido. El eje central de la familia es la unidad de los esposos, los cuales constituyen una carga;
 - Puede haber hijos o descendencia sin que exista verdadera familia. Albaladejo afirma que los hijos no matrimoniales son parientes, pero no familiares de sus padres. La identidad familiar de hijo no es un puro dato biológico; una cosa es engendrar un hijo y otra generar la identidad de hijo. «El único poder generador de las identidades familiares es el de los cónyuges: sólo ellos mediante su consentimiento -que ninguna potestad

humana puede suplir- pueden constituirse en marido y mujer y sólo ellos, desde su nueva identidad conyugal, tienen el poder -que tampoco ninguna potestad humana puede suplir- de generar mediante su consentimiento la primera identidad personal, que es la identidad de hijo.

Y estas identidades no son simples «hechos» que pueden asumir o ignorar, según como convenga en cada caso, sino que encierran importantes obligaciones de justicia.”

- La filiación no basada en la naturaleza, sino en la adopción, puede ser verdadera relación familiar. En el caso de la paternidad adoptiva, el acto constitutivo de la relación (y de las identidades correlativas) no confiere la existencia al hijo, pero sí que crea la identidad. Por esta razón, desde el punto de vista familiar no hay diferencia esencial entre una paternidad y otra. La filiación adoptiva no es una filiación de segunda categoría.

3. La permanencia y vitalidad de la realidad familiar sólo se explica por su vinculación permanente con la naturaleza humana; aparece como una estructura necesaria de la sociedad. Como dice Viliadrich: “El matrimonio y la familia son fórmulas que se encuentran en todas las culturas de todos los tiempos y lugares, y no sólo coexistiendo con otras fórmulas -lo que es un dato histórico indiscutible- sino constituyendo el resultado final de la destilación crítica de las demás fórmulas y ensayos sexuales. El matrimonio y la familia -y éste es otro dato histórico- no sólo han soportado todas las crisis, sino que han acabado siempre por ser la síntesis de toda crisis sexual seria. Y es altamente probable que esta vieja novedad sea de nuevo en el futuro la novedad sexual más vieja. Este destino no es un azar, sino fruto de la persistencia de ciertas constantes esenciales en la humanidad”.

Se habla, con frecuencia, de cambios en las familias, y los más conservadores lo valoran en términos de crisis irreparables, pero lo cierto es que estos cambios constituyen a veces una verdadera depuración y liberación de lastres; hay fenómenos positivos cada vez más acentuados en la percepción social de la familia: la igualdad

de los cónyuges, no discriminación entre los hijos por razón de su filiación, la concepción moderna de la patria potestad como un officium, y su ejercicio en beneficio de los hijos, son algunos ejemplos significativos.

La sociedad necesita de la familia para sobrevivir. Es un instrumento de socialización imprescindible; la familia es el hábitat personal primario del hombre: el lugar donde «nacer, crecer y morir».

La familia es el lugar donde el acontecimiento de «nacer» se vive desde una perspectiva humana. La experiencia del nacimiento, para ser vivida en modo plenamente humano, pide, por tanto, un espacio que haya sido llenado por la unidad de la familia, dentro de la que nace el niño. Esta unidad de la familia es, ante todo, una realidad cultural, porque en ella quien nace es ayudado a crecer, y se ponen las condiciones y los valores que permiten el crecimiento de la personalidad y, por consiguiente, de la libertad del hombre.

Es también el lugar en que se «crece», el lugar en el que se aprende a ser persona, varón o mujer. Se ha dicho que la familia es la única instancia social encargada de transformar un organismo biológico en un ser humano. La filosofía puede enseñarnos que el hombre es persona, y que todo hombre tiene derecho a ser reconocido y aceptado como persona. Pero para sentir concretamente qué es una persona y qué es el amor, que el amar es la única actitud adecuada para con la persona, lo aprendemos, sobre todo, en las primeras relaciones interpersonales en la familia.

Al final es también el lugar en que se «muere», el lugar natural de la muerte del hombre. Es frecuente en nuestra sociedad alejar al moribundo y al anciano del contexto físico de la casa y de la cercanía de las personas queridas, para recluirlo en un hospital, desde luego con la laudable intención de cuidarlo mejor. Este fenómeno se encuentra en estrecha relación con la consideración de la familia como un núcleo estrecho y restringido, «nuclear», por eso está resultando extraño colocar la muerte

del hombre en la familia como su lugar natural. «No resulta casualidad -dice Buttiglione- que surja con fuerza en muchos países occidentales un impulso para la legalización de la eutanasia, se trata de la comprensible respuesta a la incapacidad de encontrar un modo humano de vivir el intervalo que separa la derrota de la medicina técnica de la muerte del paciente.

Sin duda la familia tiene, como institución, una importancia de primer orden, pero en la defensa de la familia, no se juega simplemente el futuro de una institución, por benéfica que sea, sino el proceso mismo del constituirse y llegar a la plena madurez de la persona humana”.¹¹

1.2.1 Principios que informan al proceso de familia

Los principios que informan al proceso de familia, son similares a los que se han anotado anteriormente con relación al proceso civil, sin embargo, varían unos en cuanto a otros, por la naturaleza jurídica del derecho de familia.

Así también, resulta importante establecer que dentro de los procesos esenciales que conocen los conflictos familiares, se encuentran el proceso oral, ordinario, incidental y de medidas cautelares.

Dentro de los principios fundamentales, citando los enunciados por el Licenciado Mario Estuardo Gordillo Galindo, ya relacionados, se encuentran el dispositivo que tiene aplicación relativa en el derecho de familia, ya que opera únicamente en el caso de los procesos ordinarios, en donde las partes tienen el poder de disponer, de pedir al juez con base a sus pretensiones. Se concretiza en determinar que las partes son las que impulsan el proceso, es decir, las que toman la iniciativa, las que hacen posible poner en marcha la administración de justicia. Son las partes las que proporcionan las pruebas con base en los hechos y determinan también los límites de la contienda. Entre algunas normas

¹¹ **Ibid.**

procésales que contienen este principio, se encuentran las que enumeramos en el título de los principios fundamentales que informan el proceso.

1.2.2 Asuntos que se conocen en el derecho de familia

Anterior al año 1960, en el país no existían normas que tuvieran características específicas con relación a la normativa que regulara las relaciones familiares. Existen estudios que han establecido como fuentes del derecho de familia y que trascienden en el caso de Guatemala, o bien, que han influido en su nacimiento que son:

1. El matrimonio, como la institución creadora de la relación familiar conyugal, determinando el Estado de Cónyuges entre las partes;
2. La filiación legítima que crea la relación paterno filial y por ende el Estado de hijo legítimo;
3. La adopción, que aproxima e identifica a la persona hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima;
4. Las relaciones Cuasi familiares, como la tutela, cuya génesis puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima o por ministerio de la ley;
5. Las relaciones familiares impropias, como acontece con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad;
6. La unión de hecho, institución relativamente moderna, cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

1.3 Fines del proceso de familia

Al igual que en el proceso civil, solo que aquí con mayor énfasis, el proceso conlleva el logro de la paz social, ya que las normas del derecho de familia son de orden público y por lo tanto son de observancia general y de cumplimiento obligatorio, por lo que su cumplimiento conlleva siempre la paz social.

CAPÍTULO II

2. Legislación aplicable al derecho de familia

2.1 Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece “Protección a la persona. El Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

En cuanto a la anterior norma de rango constitucional, conviene establecer que el hecho de proteger a la persona y a la familia, es un deber del Estado, y que encierra, como queda establecido no sólo a la persona sino a la familia guatemalteca, siendo un principio que debe desembocar en una serie de normas de carácter ordinario que den cumplimiento a este precepto de carácter dogmático.

La Constitución Política de la República de Guatemala, contiene una serie de normas supremas que se desglosan en cuerpos legales normas de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmado en el Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional fundamentalmente en materia de derecho internacional de los derechos humanos. La Carta Magna reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, el Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz...”¹²

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución que tienen relación con el derecho de familia y el derecho de los niños, se encuentra:

¹² Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

1. Derecho a la vida: El Artículo 3 establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”;
2. Derecho de petición: Artículo 28 “Los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que esta obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”;
3. Libertad de religión: Artículo 36, “Se establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición;
4. Derechos inherentes a la persona humana. Establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular;
5. Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, tal como lo establece el Artículo 46;
6. Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, el Artículo 47 indica: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”;
7. Dentro de los derechos sociales se regula: lo relativo a la union de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, acciones contra causas de desintegración familiar. Todo lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos del 48 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
8. Establece el derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, eje de toda sociedad.

2.2 Código Civil

En el libro I Título II del Código Civil se encuentra lo relativo a la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los asuntos que a continuación se detallan.

2.2.1 Matrimonio

Matrimonio etimológicamente significa carga, gravamen, o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y *mínimum*, carga o cuidado de la madre más que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio.¹³ Regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos. Se encuentra regulado en los Artículos 78 al 172 del Código Civil.

2.2.2 La unión de hecho

Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por más de tres años y tiene los mismos efectos jurídicos sociales que el matrimonio. Se regula de los Artículos del 173 al 189 del Código Civil.

2.2.3 El parentesco

Se entiende como el vínculo que liga a una persona a otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco (consanguíneo) por alianza (afinidad) o voluntad (adopción). Se regula en los Artículos 190 al 198 del Código Civil.

¹³ Valverde, Calixto D., **Tratado de derecho civil español**, pág. 231.

2.2.4 Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial

El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente nulo o anulable,...

Los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio,... Se encuentra regulado del Artículo 199 al 227 del Código Civil.

2.2.5 Adopción

Tal como lo indica el artículo 228 del Código Civil, la adopción es el “acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona...”. Se encuentra establecido en el Código Civil, del Artículo 228 al 251.

2.2.6 Patria potestad

Se entiende como el conjunto de facultades y derechos que tienen el padre y la madre en el matrimonio y fuera de él con el objeto de salvaguardar a los hijos y administrar sus bienes, se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.

2.2.7 Los alimentos

Tal como lo establece el Artículo 278 del Código Civil “la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”. Se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

2.2.8 Tutela

Es una institución que forma parte del derecho de familia, creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula en los Artículo 293 al 351 del Código Civil.

2.2.9 Patrimonio familiar

Como lo establece el Artículo 352 del Código Civil “. Es la institución jurídico-social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia”. Se regula del Artículo 352 al 368 del Código Civil.

2.3 Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil, conjunto de normas regulan aspectos ligados al proceso, al procedimiento, es decir que hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el Código Civil y al respecto conoce:

2.3.1 Del juicio ordinario

La jurisdicción ordinaria es la que regula los casos en general que no tengan señalado un procedimiento especial, como por ejemplo: el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio, la acción judicial de paternidad y filiación, etc.

2.3.2 Juicio oral

Dentro de las características fundamentales del proceso oral, se encuentra que el mismo se sustancia por medio de la palabra y tiene la finalidad de obtener la declaración de voluntad a través del cumplimiento de los

principios de celeridad, economía, publicidad, oralidad, concentración e inmediación, etc. Entre los asuntos que se tramitan por esta vía se encuentran: los de menor cuantía, los de ínfima cuantía, los relativos a la obligación de prestar alimentos, la rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta la obligación legal o por medio del contrato, etc.

2.3.3 Juicio ejecutivo en la vía de apremio

Este juicio, como los demás procesos de ejecución, van dirigidos a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena y entre sus principales características se encuentra: Que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe existir un título ejecutivo. El título ejecutivo debe entenderse como el documento que apareja ejecución, porque prueba por sí mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia práctica se reclama. Para el caso del derecho de familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

2.4 Ley de tribunales de familia

Esta ley específica regula aspectos relativos al derecho de familia. Como lo indica el Artículo 3 de la misma ley, los tribunales de familia se encuentran constituidos por:

1. Juzgados de familia que conocen de los asuntos de primera instancia;
2. Por las salas de apelaciones de familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia;
3. Como tercer órgano jurisdiccional que conoce de asuntos de familia, están los juzgados de paz, a manera de prevención, debiendo posteriormente remitir lo actuado al juzgado de primera instancia de familia de la cabecera departamental.

CAPÍTULO III

3. Las medidas de seguridad en la doctrina y la legislación

3.1 Concepto y definición

Medida, significa según el Diccionario “Acción de medir. Expresión comparativa de las dimensiones o cantidades. Instrumento o recipiente que sirve para medir. Proporción: se paga el jornal de trabajo; a del deseo, o del paladar, según se apetece. Disposición, prevención: tomar, o adoptar sus medidas. Cordura, prudencia: hablar sin. Número y clase de sílabas que ha de tener el verso. Medida universal, proporciones aritméticas entre el largo y el alto de un cuadro. FR. Llenarse, o colmarse, llegar al último límite de una cosa. LOC. A que, al paso que.”¹⁴

Como se indica anteriormente la medida de seguridad, puede conceptualizar entonces, como la adopción de una postura, en este caso judicial, para brindar seguridad o protección a la persona que lo solicite, en favor de ella y de sus parientes.

3.2 El proceso cautelar y las medidas de seguridad

El proceso cautelar, algunos tratadistas han mencionado que no debe denominarse proceso cautelar porque este no existe en la legislación, como sucede en la legislación guatemalteca, refiriéndose a proceso cautelar, se dice que se trata de las medidas de seguridad de personas y medidas de garantía que regula el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

Las medidas de seguridad de personas, de garantía, o precautorias, pertenecen al derecho procesal. Conforme el Diccionario son: “Actuaciones judiciales a practicar o adoptar preventivamente en determinados casos previstos en la Ley. Cautelares.

¹⁴ Microsoft Corporation, **Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2005**, <http://es.encarta.msn.com> (25 de noviembre de 2003)..

Aquellas que se puede adoptar preventivamente por los Tribunales y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice; no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. Según la ley, se adoptarán para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. Pueden tener carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte o en cualquier actuación, directa o indirecta que reúna las siguientes características:

1. Ser exclusivamente conducente hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente;
2. No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Con relación a las clases de medidas de seguridad, el Código Procesal Civil y Mercantil menciona como específicas las siguientes: las de embargo preventivo; intervención o administración judiciales de bienes productivos; el depósito de cosa mueble; la formación de inventarios de bienes; la anotación preventiva de demanda y otras anotaciones registrales cuya publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución; la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta, o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo; la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual; el depósito temporal de ejemplares de las

obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción; la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

Para otorgar una Medida de Seguridad debe de cumplirse con los siguientes requisitos:

1. Justificar que podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria;
2. Que, con ellas no se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. Se ha entendido que la denegación de las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante puede ser, en sí misma, tutela cautelar del interés del demandado, pues éste tiene el mismo derecho a la tutela judicial efectiva que aquél;
3. Presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios;
4. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, prestar caución suficiente (en cualquiera de las formas previstas en la ley), para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El Tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la

valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. Ha de tenerse presente según la ley, que «el Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades publicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las Leyes. En los Presupuestos Generales del Estado y demás instituciones públicas se consignarán créditos presupuestarios para garantizar el pronto cumplimiento, si fuere procedente, de las obligaciones no aseguradas por la exención». De acuerdo con la Ley, se acuerdan para asegurar la efectividad de la sentencia el día que se dicte. Pueden concederse únicamente, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Pueden denegarse cuando de ellas pudiera provocarse seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o el tribunal hayan ponderado en forma circunstanciada;

5. En el proceso laboral, es posible acordar el embargo preventivo en determinados supuestos;
6. En el proceso penal, se pueden adoptar algunas específicas como la detención, prisión preventiva, libertad provisional, fianzas, privación del permiso de conducir, etc.”¹⁵

3.3 Las medidas de seguridad de personas y de garantía en particular

De conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a las alternativas comunes a todos los procesos, se establecen las providencias cautelares, incluyendo dentro de estas la de seguridad de personas, y posteriormente lo relativo a las medidas de garantía, entre las cuales se describe el arraigo, la anotación de demanda, el embargo, secuestro, intervención, para que se

¹⁵ Espasa, **Ob. Cit**; pág. 634.

incluya por último dentro de las medidas de urgencia, las providencias de urgencia. Dentro de los requisitos establecidos en la ley para el otorgamiento de providencias cautelares o de medidas de garantía, se puede establecer que exista peligro en la demora y una apariencia de un derecho, es por ello que tienen como característica las siguientes:

1. Provisoriedad: Porque sus efectos se limitan a cierto tiempo que permita interponer una demanda. El Artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que ejecutada la providencia precautoria el que la pidió debe entablar su demanda dentro de los quince días y si el actor no cumple con ello, la providencia precautoria se revocará al pedirlo el demandado previo incidente;
2. Existencia de peligro en la demora, que se deriva en la necesidad de prevenir un daño futuro e incierto que puede convertirse en cierto de no dictarse la medida cautelar;
3. Subsidiariedad, como lo establece el Artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil como ya se estableció que se fija un plazo de quince días para que se entable la demanda, por la característica de que el proceso cautelar pretende garantizar las resultas de un proceso futuro.

3.4 Providencias cautelares

Dentro de las providencias cautelares establecidas en la ley, se encuentra únicamente la de seguridad de personas y al respecto, establece: Seguridad de Personas. Esta providencia cautelar protege a la persona de malos tratos, de violencia, etc., y se encuentra regulado en el Artículo 516 del Código Procesal Civil y Mercantil y literalmente dice: “Para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de malos tratos o de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, los jueces de primera instancia decretarán de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias de cada caso, su traslado a un lugar donde libremente puedan manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley. Los

jueces menores pueden proceder en casos de urgencia dando cuenta inmediatamente al juez de Primera Instancia que corresponda con las diligencias que hubieren practicado”.

3.5 Medidas de garantía

3.5.1 Arraigo

Guillermo Cabanellas en su Diccionario de derecho usual, la define como aquellas oponible por el demandado para que el actor, cuando esté domiciliado fuera de la jurisdicción del juez preste caución bastante para hacer frente a las responsabilidades derivadas de la demanda. El arraigo en juicio es la obligación impuesta en ciertos casos al actor, de afianzar sus responsabilidades o las resultas del juicio. Se utiliza normalmente la expresión de arraigo o arraigar en juicio para referirse al aseguramiento de las resultas del mismo. En los casos de insolvencia, resulta ilusorio el derecho de una de las partes, suele hacerse con bienes raíces, también puede hacerse por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado..”¹⁶ Esta medida procede en el caso de que se quiera evitar que una persona contra la que se haya de iniciarse o se haya iniciado una acción se ausente u oculte sin dejar apoderado con facultades suficientes para la promoción y fenecimiento del proceso que contra el se promueve y de prestar la garantía en los casos en que la ley así lo establece y se materializa mediante la comunicación que el juez hace a las autoridades de migración y a la policía nacional civil para impedir la fuga del arraigado. Lo anteriormente lo encontramos regulados en el artículo 523 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107, también se nos amplía lo que es el arraigo en el Decreto 15-71.

El libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil, que habla sobre Arraigo y las alternativas comunes a todos los procesos se encuentra las

¹⁶ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 634.

medidas de garantía, y dentro de éstas se señalan las siguientes: en el Artículo 523 establece: “Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguirse el proceso. El arraigo de los que estén bajo patria potestad, tutela o guarda, o el cuidado de otra persona, solicitado por sus representantes legales, se decretará sin necesidad de garantía, siendo competente cualquier juez, y producirá como único efecto, mantener la situación legal en que se encuentre el menor o incapaz”.

3.5.2 Anotación de demanda

Es una medida cautelar con carácter de conservativa y pretende que cualquier enajenación o gravamen posterior a la anotación que se efectúe sobre un bien mueble o inmueble registrable, no perjudique el derecho del solicitante. El Artículo 526 del Código Procesal Civil y Mercantil indica al respecto que: “Cuando se discuta la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Igualmente podrá pedirse la anotación de la demanda sobre bienes muebles cuando existan organizados los registros respectivos. Efectuada la anotación, no perjudicará al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciera sobre los mencionados bienes”.

3.5.3 Embargo

El embargo preventivo es la inmovilización del bien para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito una vez que le sea reconocido en sentencia. El embargo preventivo tiene como finalidad concreta la de limitar, en mayor o menor grado, las facultades de disposición del titular de la totalidad o parte de un patrimonio o simplemente la de determinados bienes con el designio de que

no se frustre el resultado de un proceso de cognición o de ejecución”.¹⁷

3.5.4 Secuestro

Por medio de esta medida cautelar, se pretende desapoderar de manos del deudor el bien que se debe para ser entregado a un depositario. El Artículo 528 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “El secuestro se cumplirá mediante el desapoderamiento de la cosa de manos de deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma. En igual forma se procederá cuando se demande la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones o, que se constituya, modifique o extinga cualquier derecho sobre los mismos.

3.5.5 Intervención

Esta medida tiene característica de un embargo y pretende limitar el poder de disposición sobre el producto o frutos que produce los establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, a través de un depositario llamado interventor, que tiene la facultad de dirigir las operaciones del establecimiento. El Artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “Cuando las medidas de garantía recaigan sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, podrá decretarse la intervención de los negocios. Podrá decretarse asimismo la intervención en los casos de condominio o sociedad, a los efectos de evitar que los frutos puedan ser aprovechados indebidamente por un condueño en perjuicio de los demás. El auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor, las que se limitarán a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación. Asegurado el derecho del acreedor, se

¹⁷ Aguirre Godoy, **Ob. Cit;** pág. 254.

decretará de inmediato el cese de la intervención”.

CAPÍTULO IV

4. La función del juez en la aplicación de las medidas de seguridad

4.1 Denuncias

La palabra denuncia según el diccionario significa “acción de denunciar. Efecto de denunciar. Notificación a la autoridad competente de una violación de la ley penal perseguible de oficio. Documento en que consta dicha notificación. Denuncia de un tratado, en el derecho internacional, manifestación de la voluntad de no prorrogar un tratado.”¹⁸

En el derecho procesal, es una “forma de iniciación del proceso penal, consistente en la manifestación de palabra o por escrito, por la que se comunica al juez, al fiscal o a la policía judicial, haberse cometido un hecho delictivo. Circunscripción territorial a que extienden su jurisdicción y competencia los órganos judiciales”.¹⁹

La denuncia es pues, la forma de iniciar un proceso, que conlleva en ella una pretensión y una acción de determinada persona que ha sido afectada en sus derechos. En el caso de la denuncia, si ésta es presentada ante el Juez o Juzgado, éste tiene la obligación de recibirla y proceder de conformidad con la ley, inclusive, si no fuere competente para su tramitación, tiene la obligación de recibirla y de enviarla inmediatamente al lugar en donde considere existe la competencia de acuerdo al caso.

¹⁸ **Ibid**; pág. 612.

¹⁹ Espasa, **Ob. Cit**; pág. 234.

4.2 Juez de paz y el juez de familia

El juez, ya sea de paz o de primera instancia de familia, constituye la parte fundamental en un juzgado, es la persona en quien pesa la potestad de juzgar y de controlar o supervisar la ejecución de lo decidido. Según el Diccionario, el juez proviene del "latín *judice*, ac. De *judex*. Funcionario con capacidad de juzgar y sentenciar, responsable de la aplicación de las leyes y la dirección de los juicios: arbitrador o árbitro, aquel en quien las partes se comprometen a que juzgue y arregle sus diferencias; avenidor, en los asuntos comerciales especiales, amigable componedor; de hecho, el que sólo falla sobre la certeza del hecho y su calificación, como los jueces en cuestiones de riego o distribución de aguas; jurado (cada individuo); de primera instancia e instrucción, el ordinario de un partido o distrito que conoce en primera instancia de los asuntos civiles no sometidos por la ley a los jueces municipales, y en lo criminal dirige la instrucción de los sumarios por delitos cometidos en su demarcación, excepto cuando se reservan a otros jueces; de paz, el que antes de la instrucción de los jueces municipales, en 1870, oía a las partes y procuraba reconciliarlas, y resolvía de plano las cuestiones de ínfima cuantía; municipal, Audiencia territorial para que en un término o distrito municipal conozca de los actos de conciliación y de los actos verbales y de faltas; puede no ser letrado; prosinodal, examinador sinodal; Supremo, Dios. Persona designada para decidir en un concurso, discusión, etc., para emitir su opinión sobre algo: tomar a uno por; de línea, o de banda, en ciertos deportes, auxiliar que vigila el juego desde las bandas laterales del terreno y cuya misión consiste en advertir al árbitro de las incidencias o faltas observadas; de silla, árbitro de los partidos de tenis; de raya, Argent., Chile, el que falla sobre el resultado de una carrera de caballos. Magistrado supremo de Israel desde que éste se estableció en Palestina hasta la fundación de la monarquía. Caudillo que, conjuntamente con otros, gobernó Castilla, a falta de sus antiguos condes, según la tradición. Parte, pretender juzgar algo ante lo que no se puede ser neutral."²⁰

²⁰ **Ibid**, pág. 637.

Juez: “Llamándose así a todo miembro integrante del poder judicial, encargado de juzgar los asuntos sometidos a su jurisdicción. Tales magistrados están obligados al cumplimiento de su función de acuerdo con la Constitución y las leyes.”²¹ Los magistrados y jueces deben ser: guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogados colegiados, de conformidad con el Artículo 207 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El juez de familia, tiene la obligación de recibir denuncias, y de darles el trámite correspondiente, en materia de violencia doméstica y en aplicación de la ley específica, como lo es la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Asimismo, a éstos juzgados de familia llegan los casos en que la denuncia fuere presentada ante otra institución, como sucede en el caso del ministerio público, la policía nacional civil, la Procuraduría de los Derechos Humanos, y otras.

4.3 Denuncias por violencia intrafamiliar

La violencia doméstica, ha sido en la sociedad guatemalteca, un fenómeno que ha existido siempre y que no ha sido erradicado, siendo que en el caso de Guatemala, la creación de la ley, tuvo como origen la aprobación y ratificación de dos convenciones internacionales en materia de derechos de la mujer, respecto a la no violencia y a la no discriminación.

A raíz de que entró en vigencia la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, se estableció la posibilidad para la mujer de que en caso se encontrara sufriendo violencia, no sólo ella, sino también, cualquier integrante del grupo familiar, la posibilidad de presentar la denuncia ante las instituciones reguladas en dicha ley.

²¹ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, pág. 401.

Violencia doméstica, significa la realización de “actos violentos cometidos en el hogar entre miembros de una familia. En la década de 1970 las feministas analizaron el alcance de la violencia doméstica (considerada como un fenómeno exclusivamente masculino) y se crearon centros de acogida y de ayuda para las mujeres maltratadas y para sus hijos. La violencia doméstica también está relacionada con los niños maltratados (muchas veces, aunque no siempre, por abuso sexual) y con acciones verbales y psicológicas que pueden ser cometidas tanto por mujeres como por hombres.

Algunos autores buscan el origen de los conflictos subyacentes a la violencia doméstica en las rutinas del hogar adaptadas a una fuerza de trabajo exclusivamente masculina, que ha dejado de monopolizar los ingresos económicos de la familia con la incorporación de la mujer al trabajo, la pobreza y la escasa movilidad social.

A lo largo de la historia, el patriarcado, según el movimiento feminista, ha puesto el poder en manos de maridos y padres en cualquier relación conyugal o de pareja. El suttee entre los hindúes (que exige que la viuda se ofrezca en la pira funeraria de su marido), el infanticidio femenino en la cultura china e india dominadas por hombres, los matrimonios concertados entre los musulmanes, que pueden llevar al asesinato o a la tortura de la mujer, y la esclavitud doméstica en el nuevo hogar indican la presencia endémica de sexismo y violencia doméstica masculina.

Se desconoce si este tipo de violencia es un fenómeno en alza o en baja, incluso en países donde hoy existe un mayor número de denuncias y de registros que en épocas anteriores. Por un lado, es probable que haya una mayor predisposición a denunciar estos hechos al existir una mayor independencia femenina, más oportunidades de trabajo fuera del hogar, mayor conciencia feminista y más posibilidades de anticoncepción. Por otro lado, la motivación para la violencia es menor al existir una mayor libertad de elección de compañero, menos matrimonios forzados y una mayor emancipación de la mujer en cuanto a propiedad, estudios y divorcio. Ninguno de estos elementos puede ser evaluado con exactitud. La tecnología

de la información actual ayuda a recopilar datos, pero en cambio resulta difícil conocer los procesos y los antecedentes. Algunas feministas radicales opinan que es la familia la raíz del problema y que la solución está en liberarse del hombre, mientras que en el extremo opuesto otros opinan que la mujer debe limitarse a su papel de ama de casa y madre.

Aunque no puede afirmarse que toda la violencia sea cometida por hombres, sí ocurre en la mayoría de los casos. A veces son el padre y la madre juntos quienes cometen las agresiones, como en el caso de malos tratos a los hijos. La patología del maltrato infantil, desgraciadamente, no tiene fin.

El fratricidio, asesinato de un hermano, también ha sido un hecho frecuente en las sociedades con derechos de primogenitura. Las herencias de coronas y títulos y las herencias de propiedades han dado origen a fraudes y asesinatos. Los hermanos varones, que han constituido a veces grupos de venganza en sociedades poco estructuradas, aún siguen operando en el mundo de la mafia y en círculos criminales.”²²

²² **Ibid**, pág. 987.

CAPÍTULO V

5. Institución de guarda y custodia en la doctrina y la legislación

5.1 Origen y definiciones de guarda y custodia

La institución de la guarda y custodia surge como consecuencia de una separación entre convivientes o esposos.

En el derecho guatemalteco, el tratamiento en cuanto al derecho de la guarda y custodia en el caso de los menores difiere de un caso a otro, es decir, que no se da el mismo tratamiento cuando los menores provienen de padres casados con relación a los padres no casados.

En el caso de los padres no casados, la preferencia en cuanto a la guarda y custodia de los menores, se le concede a la madre, a consideración de la autora, eso difiere sustancialmente con el principio de igualdad en el caso de las mujeres casadas, que no siempre es así.

En la separación matrimonial, es donde a juicio de la autora surge la problemática, y que consiste según el diccionario en la "modificación del régimen matrimonial que implica la interrupción de la vida conyugal. Durante el matrimonio puede cada cónyuge solicitar al juez la separación, es decir, que pronuncie el derecho de cada uno a vivir con independencia y alejado del otro, regulando la situación familiar que resulte de esa vida autónoma. Los tribunales civiles dictarán sentencia de separación cuando un cónyuge haya dado 'causa' para ella, es decir, si es culpable de abandono injustificado del hogar, infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria, violación grave o reiterada de los deberes de los cónyuges en cuanto tales o para con los hijos; pero también es causa de separación la perturbación mental (que no arguye culpabilidad) siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. Por último, la separación de acuerdo con las actuales

orientaciones puede ser convenida también por mutuo acuerdo entre los cónyuges según los Artículos 154 y 155 del Código Civil.

La duración de la separación es indefinida, termina por divorcio o por la reconciliación de los cónyuges, quienes deben poner ésta en conocimiento del juez. La separación no disuelve el vínculo matrimonial, que sigue mediando entre los esposos; éstos, aunque separados, son todavía marido y mujer. Para que sea admitida la demanda de separación, debe haber transcurrido un tiempo prudencial desde que se celebró el matrimonio (al menos un año) y si la demanda se presenta de mutuo acuerdo entre los cónyuges hay que acompañarla de un documento en el que conste el pacto entre los cónyuges sobre cuestiones tales como: a cargo de qué cónyuge quedarán los hijos comunes, el régimen de visitas del otro cónyuge, el régimen de pensiones, el uso de la vivienda familiar, entre otras. Los efectos específicos de la sentencia de separación son los siguientes: 1º. Suspensión de la vida en común de los casados; 2º. Disolución del régimen económico matrimonial; 3º. En cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, guarda legal y custodia de los mismos, uso de la vivienda familiar y abono de las pensiones compensatorias alimenticias, se estará a lo que se determine en la sentencia. Si más adelante los cónyuges separados se reconciliaran, deben ponerlo en conocimiento del juez, para dejar sin efecto la sentencia de separación. Sin embargo, los cónyuges deberán establecer el régimen económico por el que se regirán a partir de entonces.”²³

5.2 Instituciones que tienen similitud en el caso de la guarda y custodia de los hijos

5.2.1 Patria potestad

Según el diccionario Manuel Ossorio la patria potestad; “Es el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden, gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la

²³ **ibid**, pág. 344.

emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período”.²⁴

Generalmente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos esta atribuida al padre y solo por muerte de este, o por haber incurrido en la perdida de la patria potestad, pasa a la madre. Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad, corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre. La patria potestad tiene su origen natural y legal. a) Por nacimiento de legítimo matrimonio, b) Por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de un o mas hijos; c) Por reconocimiento de la filiación natural; d) Por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción; e) Y como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado...”.²⁵

Puig Peña, con respecto a la patria potestad escribe que: “En todo grupo humano mas o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir un cometido que se sale de las más puras situaciones del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que de armonía y unidad a la variedad que el supone.

En el grupo matrimonial, la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar”. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Para el exponente este principio rector esta representado por la patria potestad”.²⁶

²⁴ **Ibid**, pág. 554.

²⁵ **Ibid**, pág. 494.

²⁶ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 244.

Etimológicamente la palabra patria potestad, viene del latín patrias, a lo relativo al padre, y potestad, dominio, autoridad.²⁷

Planiol, citado por Clemente Soto Álvarez, define la patria potestad como “Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.²⁸

Para Puig Peña, las características de esta institución son:

1. Constituye ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que está asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado, que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad;
2. Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero; solo la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular de la familia, esto no obsta, sin embargo, para que algunos cometidos del instituto singularmente en lo referente a la educación e,
3. instrucción, puede el padre encomendarla a un tercero, valiéndose para ello de auxiliares de cumplimiento, como por ejemplo entregar al hijo a un preceptor o a un internado, o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le de enseñanza de una profesión u oficio;
4. Además es intransferible, no puede el padre transmitir a un tercero, en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos, solamente puede entrar en juego el instituto de la adopción, en los términos con las condiciones y requisitos que se estudian al respecto;
5. Finalmente, representa una obligación positiva de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de

²⁷ **Ibid.**

²⁸ Soto Álvarez, Clemente, **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil**, pág. 34.

cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad. No es factible, en efecto, asumir la patria potestad y mantenerse en una situación negativa, el Estado exige una actividad reiterada de beneficio y sanción en los términos que exigen el cumplimiento por acción y también por omisión”.²⁹

La patria potestad: es un “concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos. En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá a uno la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se encuentran separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del padre o madre.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen. Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el contenido de la patria potestad se puede apreciar tres aspectos:

1. Personal: en este aspecto deben los padres velar por sus hijos, cuidarlos en

²⁹ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 244.

forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, (física, moral e intelectual) en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre;

2. Patrimonial, los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, pero éstos deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares cuando sea preciso;
3. Representación, en los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial. Artículos 115, 166, 253 al 256 del Código Civil

5.3 La tutela

5.3.1 Concepto

“Es la institución que tiene por finalidad la guarda de personas incapaces de regirse por si mismas, tanto personal como patrimonialmente”.³⁰

“Es una institución creada para la protección de los menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y aquellas personas incapacitadas para gobernarse por si misma”.³¹

³⁰ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 444.

³¹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 766.

De acuerdo a la anterior definición, se establece que la tutela es una institución social de carácter jurídico formal y legal, que por medio de esta, quedan al cuidado de un tutor y un protutor, los menores de edad o incapaces, siendo la característica principal el hecho de que estos menores o mayores incapaces, no se encuentren protegidos por medio de la patria potestad.

El Código Civil en el Artículo 293 al respecto establece: “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedara sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes, también quedara sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado”.

5.3.2 Antecedentes

En los pueblos que correspondían a la civilización romana “no podría concebirse la tutela, por la energía tan cerrada del grupo, que asumía tales funciones ya que se desconocía la personalidad individual de sus miembros. En Grecia y posteriormente Roma, la cultura que comienza a poner las bases iniciales, al configurarse la tutela como oficio publico para defender los derechos de la herencia, que Roma perfiló en su alcance como instituto protector del incapaz por menor o mujer, conjuntamente con la curatela del loco. La jurisprudencia romanista quiso perfilar la diferenciación de ambas figuras remitiendo la tutela al cuidado personal y la curatela al patrimonial; pero la aceptación del principio de la representación en el bajo Imperio dio nuevo sesgo a la figura, al tiempo que se iniciaba la influencia del derecho germánico, que concibió la tutela como instituto familiar. El derecho español reflejado en las partidas, siguió la orientación romana, separando tutela y curatela, entendida la primera como guarda de impúberes y la segunda como de incapacitados, régimen que subsistió hasta la publicación del Código Civil que siguió la orientación del Code”.³²

³² Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 434.

El Código Civil de Guatemala, del año de 1933 reformó gran parte de la legislación del año 1877, de manera que las disposiciones sobre la tutela se trasladan con “algunas modificaciones al nuevo Código”. No es una materia que exija cambios constantes sino solo los indispensables para el mejor funcionamiento de la tutela en beneficio de los menores para quienes la ley la instituya. Algunas innovaciones se contemplan. Se da facultad al abuelo o a la abuela que ejerzan la tutela legítima, para designar por testamento o la persona que deba ejercer la tutela de sus nietos. Se otorga a los abuelos la facultad de reconocer a los hijos de sus hijos en defecto de estos, de tal manera que se coloca a los abuelos en la situación que deben tener, dado el cariño innegable y el interés siempre creciente que manifiestan por sus nietos.

Se agrega, también lo relativo a la facultad del padre adoptante que instituya heredero a su adoptado, para nombrar tutor de este, así como el derecho de cualquier testador para designar tutor del menor a quien instituyó heredero o legatario, si dicho menor careciere de tutor nombrado por el padre o la madre, o de tutor legítimo. Se dispone en el artículo 303 Código Civil, que el tutor debe asociar a los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, en la administración de sus bienes, a fin de que vayan informándose y tomando conocimiento y experiencias en los negocios y no les sorprenda la mayoría de edad y la recepción de bienes en absoluta ignorancia e impericia para manejarlos, con grave perjuicio de su porvenir económico.

El tutor se constituye entonces en el representante legal del pupilo, y sucede como en el caso del padre hacia su hijo o la madre hacia su hijo o hija.

5.3.3 Clases de tutela

5.3.3.1 Tutela testamentaria

Es la que se instituye por testamento, por el padre o la madre

sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad, por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima, por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si este careciere de tutor, nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo”.³³

5.3.3.2 Tutela legítima

Esta clase de tutela corresponde en su orden al abuelo paterno, al abuelo materno, a la abuela paterna, a la abuela materna y en último caso, a los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad. La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio. Sin embargo, mediante motivos justificados para variar la procedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad, y preparación que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo”.³⁴

5.3.3.3 Tutela judicial

Es la que procede por el nombramiento que hace el juez competente a una persona, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación, y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista. Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el Artículo 299 del Código Civil.³⁵

³³ **Código Civil**, Artículo 297.

³⁴ **Ibid**, Artículo 299.

³⁵ **Ibid**, Artículo 300.

5.3.3.4 Tutela legal

Esta es la que se le otorga por parte del juez competente a los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento.³⁶

5.3.3.5 Tutela específica

Se refiere al caso de que el juez nombra a un tutor específicamente, cuando exista conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, siendo necesario que el juez nombre a tutores específicos.

Tutela “es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el juez.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la

³⁶ **Ibid**, Artículo 308.

protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes, y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la paterno filial. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

5.4 Ejemplos de casos concretos

5.4.1 Caso número uno

La señora Marta Elizabeth Chacón Mejía y el señor Josué Francisco Segura Aguilar llegaron a un convenio en la Vía Conciliatoria, para el cuidado de sus dos menores hijas Yanina Elizabeth y Zully Rebeca quienes están bajo los cuidados de la madre, a partir del momento en que acuden ante el Juez de familia en la ciudad de Guatemala, los señores Marta Elizabeth Chacón Mejía y el señor Josué Francisco Segura Aguilar convienen que sus dos hijas menores queden bajo la guarda y custodia de su abuela paterna quien se hará responsable de su alimentación, estudio y salud, y los padres podrán relacionarse libremente con sus menores hijas y se comprometieron a pagar en concepto de pensión alimenticia la cantidad de UN MIL DOSCIENTOS QUETZALES (Q.1,200.00), a razón de SEISCIENTOS QUETZALES (Q.600.00), para cada alimentista a entregarse a la señora María Elena Aguilar Romero, en forma personal. Los comparecientes aceptan y solicitan que sea aprobado el presente convenio por la juez de familia.

5.4.2 Caso número dos

Ante el juzgado quinto de familia acudió el señor Edgar Aroldo Alvarado Ortiz quien manifiesta esta legalmente casado con Hilda Yolanda López Aquino, quienes procrearon tres hijas de quince, doce y tres años; Mildred, Jennifer y Minora, quienes estaban al cuidado de ambos, pero por problemas que han surgido entre los cónyuges desde hace varios meses la madre las tiene abandonadas porque tiene un amante, y se fue de la casa cuando el señor Edgar Aroldo Alvarado Ortiz se dio cuenta, ignorando su paradero, manifestó que la madre no se preocupaba ni por la comida, ni por la limpieza de las menores y su hija de quince años tenía que atender a todos, quien no es la obligada ni responsable de sus hermanas, por lo que solicitó ante este juzgado se le otorgue la guarda y cuidado provisional, porque teme que la madre se las pueda llevar, el juez quinto de familia concede en forma temporal, la guarda y custodia de las menores.

CAPÍTULO VI

6. Las medidas de seguridad y el mal uso que se hace de la institución en su aplicación de guarda y custodia

6.1 Consideraciones generales

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se puede indicar que la autora en el desarrollo del presente trabajo, pretende, entre otras cosas, establecer el mal uso que se ha hecho de las medidas de seguridad, y la mala aplicación de la medida de guarda y custodia en la protección de los menores, de manera provisional, tomando en consideración el carácter temporal de las medidas de seguridad, en cuanto a la naturaleza jurídica de las mismas, cuando el juez de paz o bien el juez de primera instancia en el caso de los jueces de familia, tramitan como denuncia de violencia intrafamiliar, el otorgamiento mediante o a través de las medidas de seguridad, la guarda y custodia de los hijos, en el caso del o la denunciante.

Tal como lo regula la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Intrafamiliar, en el Artículo 1. Violencia Intrafamiliar. La violencia intrafamiliar constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta, causare daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a la persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o ex conviviente, cónyuge o ex cónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas”.

Del tipo de violencia que se trate, puede ser víctima cualquiera de los miembros del grupo familiar, inclusive, los ex miembros, como se regula en el caso de los ex convivientes, ex cónyuge, en este caso, la ley tiene aplicación para éste ámbito, y de acuerdo a ello, el Artículo 2 dice: De la aplicación de la presente ley. La presente ley, regulará la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida,

integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo, tiene como objetivo brindar protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas y personas discapacitadas, tomando en consideración las situaciones específicas de cada caso. Las medidas de protección se aplicarán independientemente de las sanciones específicas establecidas por los Código Penal y Procesal Penal, en el caso de hechos constitutivos de delito”.

A este respecto, se establece que independientemente del tratamiento como caso de violencia intrafamiliar, se encuentra el hecho de que puede ser constitutivo de delito, y en este caso, la persona o institución que reciba la denuncia, tiene que cursarlo a donde corresponda. En el caso de la falta, se tipifica cuando los actos de violencia intrafamiliar provocan lesiones o atentan contra la integridad, con hechos de menor importancia física, en el caso de los delitos, puede atacar contra la vida, la integridad, la libertad, etc.

El Artículo 3 se refiere a la presentación de las denuncias, y en el caso de los miembros o ex miembros del grupo familiar, pueden presentarlo también:

- a) Cualquier persona, no importando su edad, que haya sido víctima de acto que constituya violencia intrafamiliar;
- b) Cualquier persona, cuando la víctima agraviada sufra de incapacidad física o mental, o cuando la persona se encuentra impedida de solicitarla por sí misma;
- c) Cualquier miembro del grupo familiar, en beneficio de otro miembro de grupo o cualquier testigo del hecho;
- d) Miembros de servicios de salud o educativos, médicos que por razones de ocupación tienen contacto con la persona agraviada, para quienes la denuncia tendrá carácter de obligatoria de acuerdo al Artículo 298 del Decreto número 51-92 del Congreso de la República. Quien omitiere hacer esta denuncia será sancionado según lo establece en el Artículo 457 del Código Penal;
- e) Las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones sociales, cuyo objeto sea la protección de los derechos de la mujer, de los menores y en

general, las que atienden la problemática familiar entre sus fines;

- f) Si la víctima fuera menor de edad será representada por el Ministerio Público cuando concurren las siguientes circunstancias:
- Cuando la agresión provenga de quien ejerce la patria potestad; y,
 - Cuando se trate de menores que carezcan de tutela y representación legal.

En el caso de la presentación de las denuncias, establece que puede ser de manera oral o bien escrita, además que la persona que denuncia puede hacerlo auxiliada de abogado o bien sin abogado.

En el Artículo 4 se regula lo relativo a las instituciones encargadas de recibir el tipo de denuncias mencionadas en el Artículo anterior y éstas son:

- a) El Ministerio Público a través de la fiscalía de la mujer, atención permanente y oficina de atención a la víctima;
- b) La Procuraduría General de la Nación, a través de la unidad de protección de los derechos de la mujer;
- c) La Policía Nacional Civil;
- d) Los juzgados de familia;
- e) Bufetes populares;
- f) El Procurador de los Derechos Humanos.

Quien reciba la denuncia deberá remitirla a un Juzgado de familia o del orden penal que corresponda, en un plazo no mayor de veinticuatro horas.

El Artículo 7 se refiere a los tipos de medidas de seguridad, y éstas pueden aplicarse en los casos de violencia intrafamiliar, de conformidad con el criterio del juez, entre ellos se dan los siguientes, y puede ser más de una medida:

- a) Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común.

Si resiste, se utilizará la fuerza pública. En cuanto a esta medida de seguridad, se pone de manifiesto el desinterés de los legisladores en la redacción de una ley tan importante y de impacto en la sociedad guatemalteca, porque se dicta la medida, a pesar de que se le estima o se le da la calidad de “presunto”, palabra que indica que efectivamente no se ha establecido claramente la calidad de agresor;

- b) Ordenar la asistencia obligatoria a instituciones con programas terapéutico-educativos, creados para ese fin. Aunque sea norma vigente no es positiva, porque el juez tiene serias dificultades en remitir cuando así lo considere conveniente al presunto agresor o a la víctima a centros de asistencia obligatoria o de programas educativos o de terapia;
- c) Ordenar el allanamiento de la morada, cuando, por violencia intrafamiliar, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial, o psicológica de cualquiera de sus habitantes;
- d) Prohibir que se introduzcan o se mantengan armas en la casa de habitación cuando se utilicen para intimidar, amenazar o causar daño o alguna de las personas integrantes del grupo familiar;
- e) Decomisar las armas en posesión del presunto agresor, aún cuando tenga licencia de portación;
- f) Suspenderle provisionalmente al presunto agresor, la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad;
- g) Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas;
- h) Suspenderle al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas, en caso de agresión sexual, contra menores de edad;
- i) Prohibir al presunto agresor que perturbe o intimide a cualquier integrante del grupo familiar;
- j) Prohibir el acceso del presunto agresor al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio;
- k) Fijar una obligación alimentaria provisional, de conformidad con lo que establece el Código Civil;

- l) Disponer el embargo preventivo de bienes, del presunto agresor. Para aplicar esta medida no será necesario ningún depósito de garantía. A juicio de la autoridad judicial competente, el embargo recaerá sobre la casa de habitación familiar y sobre los bienes necesarios para respaldar la obligación alimentaria en favor de la persona agredida y los dependientes que correspondan, conforme a la ley;
- m) Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional, en particular el menaje de casa u otros que le sirven como medio de trabajo a la persona agredida;
- n) Otorgar el uso exclusivo por un plazo determinado, del menaje de casa a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el menaje amparado al régimen de patrimonio familiar;
- o) Ordenar al presunto agresor, que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida. Cuando ésta tenga sesenta (60) años o más, o sea discapacitada, el presunto agresor no deberá interferir en el uso y disfrute de instrumentos indispensables para que la víctima pueda valerse por si misma o integrarse a la sociedad;
- p) Ordenar al presunto agresor la reparación en dinero efectivo de los daños ocasionados a la persona agredida o a los bienes que le sean indispensables para continuar su vida normal. Se incluyen gastos de traslados, reparaciones a la propiedad, alojamiento y gastos médicos. El monto se hará en efectivo en la forma y procedimiento que la autoridad judicial estime conveniente para garantizar que la misma sea cumplida.

En cuanto a la duración de las anteriores medidas, es importante establecer, que las mismas tienen una duración de seis meses prorrogables, de conformidad con lo que regula el Artículo 8 de la ley el cual literalmente dice: "Artículo 8. Duración. Las medidas de protección no podrán durar menos de un mes ni más de seis, excepto la consignada en el inciso c) del Artículo anterior. Sin embargo, al vencer el plazo y a solicitud de parte, la autoridad competente podrá prorrogarlo.

Así mismo, el Artículo 10 de la ley, establece las obligaciones de la Policía Nacional Civil, siendo tan importante la función de esta institución en resguardar la vida y la integridad de las personas que están siendo objeto de maltrato o de violencia, y que son los encargados específicos de hacer ejecutar tales medidas, siendo sus atribuciones específicas en este ámbito, las siguientes:

- a) Socorrer y prestar protección a las personas agredidas, aún cuando se encuentren dentro de su domicilio al momento de la denuncia, de acuerdo a lo estipulado en los Artículos 208 y 436 del Código Penal;
- b) En caso de flagrancia, detener a la persona agresora y ponerla a la orden de la autoridad judicial;
- c) Levantar informe o parte policial sobre los hechos ocurridos, para lo cual deberán recoger información de familiares, vecinos, u otras personas presentes y consignar sus nombres, calidades y lugar donde puedan localizarse para requerirlos en un posible proceso judicial;
- d) Decomisar las armas y los objetos utilizados para amenazar o agredir y ponerlos a la orden de la autoridad judicial respectiva. El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado conforme lo indica el Artículo 114 del Código Procesal Penal.

El Artículo 11 establece lo relativo a la supletoriedad, y en este sentido, para efectos del presente análisis, resulta importante indicar que debido a este principio de supletoriedad, es que la ley ha sido ampliamente difundida y con amplitud o discrecionalidad en su uso por parte de los jueces.

Respecto al principio de supletoriedad, textualmente indica la ley: “Artículo 11. Supletoriedad de la ley. En todo aquello que no estuviere previsto en esta ley, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil; Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Tribunales de Familia, Ley del Organismo Judicial, sin que lo anterior implique un orden de prelación.”

Atendiendo los deberes del Estado con relación a los problemas de violencia intrafamiliar y en general a la atención que merecen las familias y para evitar este flagelo, se encuentra lo regulado en el Artículo 12 que literalmente dice: “Artículo 12. Deberes del Estado. El Estado deberá crear, a través del Procurador de los Derechos Humanos, una instancia que se encargue de coordinar la impartición de talleres, cursillos, seminarios y conferencias destinados a jueces y juezas, personal auxiliar de los juzgados, Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, fiscales, médicos forenses, oficinas de recepción de denuncias, Policía Nacional Civil, Ministerio de Salud Pública y otras instituciones que conozcan sobre la violencia intrafamiliar, su gravedad y consecuencias”.

6.2 Análisis de la realidad jurídico legal judicial

De acuerdo a lo anotado anteriormente, y con relación al punto central en el presente trabajo, queda establecido que la institución de guarda y custodia, tiene relación directa con la institución de la patria potestad y tutela, pero que en su aplicación difieren sustancialmente una de otra.

La característica esencial de las medidas de seguridad, o bien el espíritu de la norma que quiso dar el legislador al establecer la misma, es el hecho de que un juicio resulta sumamente largo y difícil para las partes, es decir, desgastante y principalmente cuando se refiere a las partes que forman una familia. Es así como en casos de familia y en cuanto a los deberes de protección del Estado, establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, el hecho de haber creado un proceso cautelar, dentro del cual se regulan las medidas de seguridad, es para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de malos tratos o de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres tal como lo establece el Artículo 516 del Código Procesal Civil y Mercantil, en aplicación a las denuncias de violencia intrafamiliar y por el principio de supletoriedad que tiene la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, los jueces de primera instancia

decretarán, de oficio a instancia de parte, según las circunstancias de cada caso, su traslado a un lugar donde libremente puedan manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley. Los jueces menores pueden proceder en casos de urgencia, dando cuenta inmediatamente al juez de primera instancia que corresponda con las diligencias que hubieren practicado.

De acuerdo a lo anterior, y conforme lo establece la Ley en relación al otorgamiento o a la facultad de otorgamiento de las medidas de seguridad que tienen los jueces podemos enumerar específicamente las siguientes:

- a) Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común. Si resiste, se utilizará la fuerza pública.

Con relación a la anterior medida contenida en la Ley Para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, automáticamente se separa al padre o la madre de sus hijos, y si bien es cierto, tanto padre como madre, ostentan la patria potestad de sus hijos, en caso contrario, se tendría que promover un juicio de suspensión o pérdida de la misma, por uno o bien por el otro.

- b) Ordenar el allanamiento de la morada, cuando, por violencia intrafamiliar, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial, o psicológica de cualquiera de sus habitantes.

Cuando se ejecuta la medida anterior, se establece un caso in fraganti, es por ello, que se tendría que separar a los hijos de cualquiera de los padres, o bien del padre o madre que este ocasionando violencia, circunstancia que también, pone en contradicción lo relativo a la guarda y custodia de los menores.

- c) Suspenderle provisionalmente al presunto agresor, la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad.

Esta medida es una de las más importantes de analizar que considera la autora

del presente trabajo, ya que, la medida de seguridad de guarda y custodia otorgada a uno de los padres por haberle suspendido al otro provisionalmente la guarda y custodia de sus hijos menores de edad, por parte de los jueces se ha abusa de esta figura, por que la misma ley establece que la medida de seguridad, puede ser prorrogable, y es así como en los lamentables casos que la autora pudo conocer, dentro de la investigación de campo se da el hecho de que cualquiera de los padres, a quienes se les haya suspendido la guarda y custodia provisional de sus hijos menores de edad, tendría que esperar el vencimiento de la medida de seguridad, para iniciar un juicio de guarda y custodia, cuando desee solicitarla al juez, para reclamar nuevamente la custodia de sus hijos, en caso no hubiere conciliación entre la pareja, sin embargo, la madre o el padre, en cualquiera de los casos, puede pretender que a través de las medidas de seguridad se le suspenda la guarda y custodia de los hijos menores provisionalmente al otro cónyuge, prorrogando dicha medida por el lapso que así lo desee, razon por la cual la autora considera que ha existido un abuso en el otorgamiento delicado de dicha medida, sin embargo, también debe considerarse que la misma se debería decretar, solo en caso de violencia intrafamiliar, en contrandoce a que en el mayor de casos la violencia intrafamiliar ha sido cometida entre los cónyuges no hacía en contra los hijos, pero al darse la medida de seguridad ellos son los mayormente perjudicados en ese conflicto familiar, por que los hijos tendrán que vivir con uno de los padres y no con ambos.

- d) Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas.

Esta es otra de las medidas de seguridad importantes para su análisis, en virtud, que tiene relación con la anterior, y que debido a ello, a juicio de la autora ha existido abuso en su aplicación, desvirtuando la naturaleza jurídica de un juicio oral de guarda y custodia, en donde pueden existir medios de prueba aportados por cada una de las partes, informes psicológicos, de Trabajo Social, pedagógicos y de otra índole necesarios para establecer con quien de los padres estarían mejor los menores en caso de que hubiere contienda y no a través de la utilización de las medidas de

seguridad, que si bien es cierto, adquieren el carácter temporal, en la realidad no es así, porque pueden ser prorrogables las veces que así lo desea el solicitante, simplemente, indicando el o la denunciante que persiste la violencia intrafamiliar, dejando en desigualdad de condiciones a la parte en contra de quien se decreta.

- e) Fijar una obligación alimentaria provisional, de conformidad con lo que establece el Código Civil.

En el caso de la fijación provisional de una pensión alimenticia, se pudo observar que la mayoría de los jueces no la decretan como medida de seguridad, ya que indican algunos que para los alimentos, existe un proceso específico. En este caso, la autora no comparte el criterio de algunos jueces, dado a que como medida de seguridad la fijación de los alimentos, es atinada, si se considera el tiempo de duración de un proceso, y tomando en cuenta que los alimentos forman parte de un derecho a la vida, y que con el hecho de impedir como sucede en la mayoría de los casos, el acceso del padre al hogar y a los hijos, siendo éste el que proporciona en muchos casos, el sustento, debe a partir del momento de esa separación, fijarse la pensión alimenticia provisional, por que dure la medida de seguridad, tiempo por medio del cual, la denunciante tiene la obligación de presentar su juicio oral de fijación de pensión alimenticia correspondiente, con ello, efectivamente se esta dando cumplimiento a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, y en lo que a alimentos respecta.

Se considera importante también, el hecho de modificar la ley, para que aquellos casos los hijos de discusión de la guarda y custodia, cuando los hijos no han sido víctimas directas por parte presunto agresor, el plazo sea únicamente de seis meses y no sea prorrogable, para que dentro de este lapso tengan la oportunidad, tanto el padre como la madre de iniciar el proceso respectivo, de conformidad con la ley, esto en atención al derecho que tienen las dos partes, tanto el padre como madre, de solicitar al juez la custodia de sus hijos menores de edad.

6.3 Presentación de los resultados del trabajo de campo

El trabajo de campo, consistió en la entrevista a dos jueces de familia, y personal judicial y abogados litigantes del ramo de familia, en el periodo de enero 2004 a enero 2005, a continuación se presentan los resultados.

CUADRO No. 1

PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE EL PROBLEMA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR SE HA AGUDIZADO ÚLTIMAMENTE?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

El 100% de las personas entrevistadas estuvieron de acuerdo en que en los últimos días se agudizó el problema de la violencia intrafamiliar, especialmente en casos en que las víctimas son mujeres o menores de edad, tal y como lo han demostrado las estadísticas que se llevan a cabo en cada uno de los centros de trabajo de los entrevistados. Dijeron que ello se debe a que constantemente se presentan denuncias en ese sentido las cuales son personales ante el juzgado o a través de las demás instituciones encargadas de recibirlas de conformidad con la ley de la materia.

CUADRO No. 2

PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR ES APLICABLE Y POSITIVA PARA EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

El 100% de las personas entrevistadas consideran que la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, es totalmente aplicable en nuestros días pues tiende a proteger especialmente a aquellos grupos vulnerables a este tipo de violencia, tal es el caso de las mujeres y los menores de edad, indicaron que dicha aplicación es totalmente positiva ya que en los diferentes juzgados la aplican en forma inmediata decretando las diferentes medidas de seguridad que allí se regulan, de esa forma se incidirá positivamente en el objetivo último de la referida Ley, que es la erradicación de la violencia intrafamiliar.

CUADRO No.3

PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, SON EFECTIVAS PARA CONTRARRESTAR EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA DOMESTICA?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

El 75% de las personas entrevistadas considera que las medidas de seguridad reguladas en la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, son totalmente efectivas para contrarrestar el problema de la violencia doméstica, ya que al ser aplicadas en forma inmediata por los jueces evita que a las víctimas se les infrinja mayores castigos, sin embargo el 25% de las personas entrevistadas no estuvieron de acuerdo con ese criterio ya que, según indicaron, la violencia intrafamiliar no es un problema legal sino más bien es un problema moral y de cultura, que se va a corregir solo educando de una mejor manera a nuestros hijos para que desde el hogar se comience con una actitud humana y cordial entre la familia que se verá reflejado en una vida de pareja.

CUADRO No. 4

PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE LOS JUECES APLICAN EN SU TOTALIDAD LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ALLÍ REGULADAS?

Respuesta	Cantidad
No	00
Si	20
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

La totalidad de personas entrevistadas está de acuerdo en que los jueces de familia aplican en su totalidad las medidas de seguridad reguladas en la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, indicaron que cada una de ellas se encuentra vigente y lleva un fin específico, por lo que, deben ser aplicadas sin ninguna distinción a cada caso concreto según corresponda.

CUADRO No. 5

PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE LA GUARDA Y CUSTODIA TIENE RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD?

Respuesta	Cantidad
No, son dos instituciones distintas	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

La totalidad de personas entrevistadas consideraran que la guarda y custodia no tiene ninguna relación con la patria potestad, el 75% consideraron que ambas son instituciones distintas ya que se refieren a diferentes materias aunque muchas veces se ejerce en forma conjunta, pero cada una de ellas tiene su lugar, el resto de los entrevistados indicó que son instituciones jurídicas distintas, sin formular mayor aclaración.

CUADRO No. 6

PREGUNTA:

¿CREE QUE EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS, DEBE EXISTIR PREFERENCIA ENTRE UN PADRE Y UNA MADRE?

Respuesta	Cantidad
Si	00
No, pero en los casos de violencia intrafamiliar Debe ser considerado por el juez	15
Si, por razones de que con quien estará mejor el niño	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

La totalidad de personas entrevistadas estuvo de acuerdo en que no debe existir preferencia o distinción entre padre y madre cuando se está discutiendo la guarda y custodia de un hijo menor de edad, sin embargo, el 75% de ellos indicó que cuando se trata de casos de violencia intrafamiliar el juez a cargo del caso debe de evaluar esta situación ya que cuando está violencia es ejercida por alguno de los padres hacia el hijo, a él no se le puede otorgar dicha guarda y custodia; el 25% de los entrevistados manifieste que cuando no media esta violencia y hay discusión al respecto, el juez a cargo debe evaluar con cual de los padres el niño estará mejor, velando siempre por su interés superior.

CUADRO No. 7

PREGUNTA:

¿TIENE CONOCIMIENTO QUE LOS JUECES A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD OTORGAN LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD A UN PADRE O EL OTRO?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

El 100% de las personas entrevistadas indicó que de alguna u otra forma ha tenido conocimiento de que en materia de medidas de seguridad reguladas en la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, los jueces han decretado la guarda y custodia de menores de edad sólo a favor de uno de los padres, ya que normalmente en estos casos uno de ellos es el responsable de la violencia que se está infligiendo, alejándolo del núcleo familiar y por ende la guarda de los hijos a favor del cónyuge no responsable.

CUADRO No. 8

PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE LA GUARDA Y CUSTODIA NO DEBE SER OTORGADA A TRAVÉS DE MEDIDA DE SEGURIDAD, SINO A TRAVÉS DE UN PROCESO ORAL?

Respuesta	Cantidad
Si, pero puede ser otorgada provisionalmente	
Mientras el juez resuelve en definitiva	05
No, porque existen casos extremos como sucede	
Con las medidas de seguridad y protección	05
Debe existir un proceso con características de igualdad	05
No contesto	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

En cuanto al presente cuestionamiento, hubo diversidad de criterios al momento de responder, de esa cuenta se estableció que el 25% de los entrevistados considera que para la aplicación de medidas de seguridad debe de seguirse un proceso de conocimiento, especialmente por la vía oral, el cual es rápido y puede aplicarse luego de una fase de cognición del juez; el 25% de los entrevistados indicó que las medidas de seguridad deben seguirse otorgando de la forma en que está regulado ya que constantemente se dan casos extremos en los cuales se requiere una actuación judicial inmediata, lo cual se logra con el proceso actual; el 25% indicó que en estos casos como en todos, debe existir un proceso que tenga las características de igualdad y lealtad procesal, con el fin de permitir a las partes el ejercicio pleno de su derecho de defensa previo a la limitación de un derecho o garantía individual. El restante 25% de los entrevistados no respondió al cuestionamiento.

CUADRO No. 9

PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE EXISTE FRECUENCIA EN EL JUEZ EN EL OTORGAMIENTO COMO MEDIDA DE SEGURIDAD LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD?

Respuesta	Cantidad
Si	05
Regular	05
No	05
No contesto	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

En este cuestionamiento, como en el anterior, hubo criterio dividido al momento de responder, de esa cuenta el 25% de lo entrevistados indicó que los jueces frecuentemente otorgan la guarda y custodia de menores de edad como una medida de seguridad, solicitada como consecuencia de la violencia intrafamiliar infligida por un miembro de la familia, generalmente el padre; un 25% consideró que sólo eventualmente se aplica este tipo de medida ya que la mas común es la prohibición del culpable a ingresar a la casa de habitación de las víctimas; un 25% indicó que los jueces no aplican esta medida ya que no es solicitada por los interesados, y el restante 25% de los entrevistados no respondió al cuestionamiento, sin explicar razones.

CUADRO No. 10

PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE DEBE REFORMARSE LA LEY EN CUANTO A QUE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL, NO SEA PRORROGABLE, CON EL FIN DE QUE SE INICIE EL PROCESO CORRESPONDIENTE?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2004.

Interpretación:

La totalidad de las personas entrevistadas está de acuerdo en que debe de reformarse la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar con el fin de que la medida de seguridad de guarda y custodia no sea prorrogable y cumpla con su verdadero objetivo preventivo y no definitivo, obligando a los interesados a acudir a la vía ordinaria correspondiente para que se otorgue la guarda y custodia en forma definitiva a quien corresponda, y se deje de estar haciendo mal uso de ella obteniendo derechos que normalmente deben decretarse mediante un proceso normal de conocimiento.

6.4 Necesidad de reforma de la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

De acuerdo a los resultados del trabajo desarrollado a través de este estudio, la autora, ha podido determinar que efectivamente, existe un perjuicio para los hijos, así como para el padre o madre que se encuentre en la situación de que se le haya suspendido en el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos, por un plazo determinado, plazo es prorrogable, y que con el ánimo de perjudicarse uno a otro, solicitan la prórroga de dicha medida, impidiendo, en todo caso, (porque puede existir una oposición a la medida de seguridad), el ejercicio de un derecho, en cuanto a un proceso oral de guarda y custodia.

Por lo anterior, la autora considera que para determinar un principio de igualdad en el ejercicio de los derechos como padres hacía los hijos, debe considerarse por los legisladores la reforma de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, en cuanto a la duración de las medidas, estableciendo una adición, con respecto al otorgamiento de la medida de seguridad de guarda y custodia, o suspensión provisional en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, esta debe tener un plazo de seis meses improrrogables, para provocar la iniciación de un proceso oral de guarda y custodia a favor de los padres y en beneficio de los hijos.

CONCLUSIONES

1. Que el derecho de familia, constituye un conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones, doctrinas que tienen por objeto la resolución judicial de los conflictos surgidos entre miembros de un grupo familiar y ex miembros, a través de la aplicación de la ley e intervención del juez.
2. Que el problema de la violencia intrafamiliar, es un problema social, y que atañe al derecho de familia, es por ello, que respondiendo a exigencias internacionales en materia de derechos y protección a la mujer, surge la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.
3. Que en nuestro ordenamiento Jurídico Guatemalteco las medidas de seguridad, se encuentran reguladas taxativamente en el Código Procesal Civil y Mercantil, como en la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar y con carácter supletorio, en el Código Penal; y por sus características, éstas medidas son temporales y adoptadas por el juez de manera inmediata.
4. Que en la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, se encuentra regulada la medida de seguridad de suspensión del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores en el caso del padre o madre en calidad de presunto agresor o presunta agresora, la cual tiene conforme la ley una duración de seis meses, que pueden ser prorrogables a petición de parte, si persiste la violencia.
5. Que en la práctica forense judicial es común que los jueces apliquen frecuentemente las medidas de seguridad, contemplados en las leyes citadas y en especial la suspensión del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores, así como también en el otorgamiento de la guarda y custodia provisional de los hijos menores a uno de los padres, y que en

muchos casos ha existido abuso en la petición de prórroga, para evitar un proceso oral de guarda y custodia que pueda iniciar, en aras del principio de igualdad, cualquiera de los padres.

6. Es necesario modificar la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, en el sentido de que en el caso de otorgamiento judicial de medida de seguridad de guarda y custodia provisional, por la importancia que tiene la relación entre los hijos, no deba prorrogarse, y en todo caso, iniciarse el juicio correspondiente.

RECOMENDACIONES

1. El derecho de familia, debido a que tiene relación directa con los problemas que se suscitan en la sociedad y específicamente en el caso de las familias y sus integrantes, se encuentra en constante cambio, es por ello, que se hace necesario que los legisladores y demás involucrados en éstos temas, se encuentren actualizados en cuanto a la legislación internacional en protección de la familia, para adecuar las normas nacionales y de esa manera contribuir a una mejor justicia en este campo.
2. Los jueces de paz y de familia, tienen la obligación de profundizar en el estudio de temas como los de la violencia doméstica, y brindar protección a la parte más débil, sin desestimar a la otra parte, en cuanto a sus derechos inherentes, especialmente los que se refieren a los menores, haciendo una aplicación integral de las normas relacionadas con el derecho de familia.
3. Se hace necesario estudiar la factibilidad por parte de los legisladores de modificar la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, en cuanto al otorgamiento como medida de seguridad, la guarda y custodia de los hijos menores en el caso de uno de los padres, para que esta no sea prorrogable y no exista abusos en el caso del padre o madre a quien se le otorgó la guarda y custodia de sus hijos frente a los conflictos de violencia intrafamiliar y maltrato, con ello, producir la necesidad en cualquiera de los mismos, de un proceso oral de guarda y custodia, en donde puede entrar a operar el sistema de justicia a través de hacer valer los principios fundamentales del debido proceso, legalidad, igualdad, intermediación, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario; **Derecho procesal civil. Tomo I y II**, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1981.
- ALVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.
- BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**, Guatemala: Ed. Imprenta Zeta, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1970.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastás, S.R.L. 1981.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral**, 9a. Ed. Madrid, España: Ed. Reus, S.A. 1976.
- DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**, Madrid, España: Ed. Valencia Juan Mariana y Sanz, 1868.
- DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**, 3a. Ed. Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1983.
- Microsoft Corporation. **Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2005**, <http://es.encarta.msn.com> (3 de enero de 2005).
- MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica**, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1970.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**, 5t. Familia y Sucesiones; Pamplona España: Ed. Arazandi, 1974.
- ROJINA VILLEGAS, Rafaél. **Compendio de derecho civil**, 1Vols 1a. Ed. México: Ed. Porrúa, 1978.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil**, Mexico: Ed. Mimusa, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español**, 4t. Madrid, España: Ed. Talleres Tipográficos, 1975.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, 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.

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

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

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Congreso de la República, Decreto número 97-96.