

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

**“EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” CONTENIDO EN LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SUS
REPERCUSIONES EN LOS CONVENIOS POR DIVORCIO VOLUNTARIO”**

MAYRA ELIZABETH CAMEY MUÑOZ

GUATEMALA NOVIEMBRE DE 2005

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

**“EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” CONTENIDO EN LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SUS
REPERCUSIONES EN LOS CONVENIOS POR DIVORCIO VOLUNTARIO”**

TESIS

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

por

MAYRA ELIZABETH CAMEY MUÑOZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2005.

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic. Otto Guerra Marroquín
Vocal:	Lic. Ronald Ortíz Orantes
Secretario:	Lic. Alvaro Hugo Salguero

Segunda fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno
Vocal:	Lic. David Sentés Luna
Secretario:	Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez

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).

Sonia Elizabeth Montes Valenzuela de Lujan
Abogada y Notaria

Guatemala, 28 de julio de 2005



Licenciado

Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Decano:

De manera atenta me permito por este medio dar cumplimiento a la resolución de fecha 16 de junio del año en curso, por medio de la cual fui nombrada Asesora del Trabajo de Tesis de la Bachiller MAYRA ELIZABETH CAMEY MUÑOZ, que se refiere a "EL PRINCIPIO DE "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SUS REPERCUSIONES EN LOS CONVENIOS POR DIVORCIO VOLUNTARIO".

Al respecto, puedo indicar que la autora aceptando las instrucciones y sugerencias pertinentes realizó un serio análisis sobre la situación que se da en la actualidad en los procesos por divorcio voluntario y la vulnerabilidad de los derechos de los niños que se encuentran inmersos en este tipo de juicios por la falta de aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, lo cual evidencia el interés con el que la sustentante abordó el presente trabajo de tesis.

La autora pone en evidencia la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado de Guatemala, cuando ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en la que se encuentra contenido el Principio de Interés Superior del Niño, mismo que actúa como una garantía al ejercicio y cumplimiento de los derechos declarados en favor de la niñez guatemalteca. Como final al trabajo en mención, la autora formula las conclusiones a las que arribó congruentes con el desarrollo de la investigación y expone las recomendaciones que estima pertinentes.

Por lo que me permito emitir dictamen favorable, para que previa revisión, pueda ser sometida al examen respectivo.


Col. 5,594

Licda. Sonia Elizabeth Montes Valenzuela
ABOGADA Y NOTARIA

6ª. Avenida 12-36, zona 12 Tel. 2475-3002



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, nueve de agosto del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase al LIC. **ROBERTO MEDINA HERRERA**, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la estudiante **MAYRA ELIZABETH CAMEY MUÑOZ**, Intitulado: "EL PRINCIPIO DE "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SUS REPERCUSIONES EN LOS CONVENIOS POR DIVORCIO VOLUNTARIO" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

MIAE/slh



ROBERTO MEDINA HERRERA
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 31 de agosto de 2005.

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Presente

Señor Decano:

Con todo respeto me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que conforme resolución del Decanato, revisé el trabajo de tesis de la Bachiller **MAYRA ELIZABETH CAMEY MUÑOZ**, intitulado **“EL PRINCIPIO DE “INTERÈS SUPERIOR DEL NIÑO” CONTENIDO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SUS REPERCUSIONES EN LOS CONVENIOS POR DIVORCIO VOLUNTARIO”**

Considero que el trabajo de tesis desarrollado por la Bachiller Camey Muñoz en principio cumple con todos los requisitos y exigencias contenidas en la legislación universitaria, ello como parte de la forma y el contenido del mismo, el tema tratado es de mucha importancia, puesto que en él se manifiesta el análisis jurídico pero también se analiza el aspecto social, tomándose en cuenta una situación que viven diariamente muchos niños que se encuentran inmersos en la problemática del divorcio en los tribunales de familia, siendo necesario como lo indica la sustentante dentro de las conclusiones y recomendaciones a las cuales arribó la revisión y la reforma de las normas pertinentes. Por lo expuesto, considero que el trabajo de tesis, tal y como lo expresé anteriormente cumple con los requisitos respectivos, por lo que el mismo debe someterse a discusión en el examen público de tesis correspondiente.

Sin otro particular, atentamente

ROBERTO MEDINA HERRERA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 3546

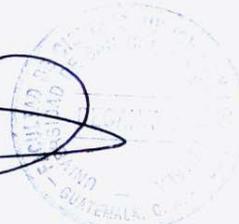
6ª. Av. "A" 18-70, zona 1 Of. 10 Guatemala. TEL. 2251-6397



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, diecinueve de octubre del año dos mil cinco.---

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis de la estudiante MAYRA ELIZABETH CAMEY MUÑOZ Intitulado "EL PRINCIPIO DE "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SUS REPERCUSIONES EN LOS CONVENIOS POR DIVORCIO VOLUNTARIO", Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis. ----

~~MIAE/slh~~


DEDICATORIA

A:

Dios fuente de toda gracia y sabiduría.

Mi madre Sonia Muñoz, ejemplo de lucha, amor y entrega.

Mis hermanos Gustavo, Fernando y Evelyn, por su apoyo incondicional.

Mis sobrinos Juan Fernando y Dania, por su cariño.

Mis cuñados Juan José, Rocxana y Doris, con aprecio.

Las licenciadas: María Antonia Guantá, Sonia Montes y Coralia de Aragón, por el apoyo brindado para el logro de este triunfo.

Mayra Rojas, compañera en muchas jornadas.

Pedro Rosa, por su amistad y cariño.

Mis amigos y compañeros en agradecimiento a su ayuda.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos
de Guatemala.

ÍNDICE

Pág.

Introduccióni

CAPÍTULO I

1. El Proceso voluntario y los asuntos de familia.....1

1.1. El proceso.....1

1.2. El código procesal civil y mercantil2

1.3. Los principios fundamentales del proceso.....3

1.3.1. Principio dispositivo3

1.3.2. Principio de concentración.....4

1.3.3. Principio de celeridad4

1.3.4. Principio de inmediación.....5

1.3.5. Principio de preclusión.....5

1.3.6. Principio de eventualidad.....6

1.3.7. Principio de adquisición procesal.....6

1.3.8. Principio de igualdad7

1.3.9. Principio de economía procesal.....7

1.3.10. Principio de publicidad.....	7
1.3.11. Principio de probidad.....	8
1.3.12. Principio de escritura.....	8
1.3.13. Principio non bis in ídem.....	8
1.4. El proceso de familia.....	9
1.4.1. Características.....	11

CAPÍTULO II

2. Antecedentes generales del matrimonio.....	13
2.1. Historia jurídica y religiosa del matrimonio.....	13
2.2. Naturaleza jurídica.....	18
2.3. Derechos de la mujer casada.....	18
2.4. Definición legal de matrimonio.....	24
2.5. Modificación y disolución del matrimonio.....	25
2.5.1. Efectos de la separación.....	28
2.5.2. Efectos del divorcio.....	28

CAPÍTULO III

3. El Principio de interés superior del niño	29
3.1. Antecedentes.....	29
3.2. Definición.....	31
3.3. Características.....	32
3.4. La convención internacional sobre los derechos del niño.....	33
3.5. Ubicación en la legislación nacional	36
3.6. Medidas necesarias para aplicar la convención	36
3.6.1. Medidas legislativas.....	37
3.6.2. Medidas judiciales	37
3.6.3. Medidas administrativas	37
3.6.4. Medidas presupuestarias.....	38
3.6.5. Medidas de monitoreo	38

CAPÍTULO IV

4. Análisis del auto judicial que aprueba las bases del divorcio voluntario y sus repercusiones en cuanto al principio de interés superior del niño, necesidad de su reforma para una mayor intervención del juez.....	39
4.1. Aspectos considerativos.....	39

4.2. El auto judicial que aprueba las bases de divorcio	41
4.3. Repercusiones en el caso de los menores y el principio de interés superior del niño	44
4.4. Situación actual	45
4.5. La intervención judicial y su importancia	51
4.6. Necesidad de la adecuación judicial legal	52

CAPÍTULO V

5. Presentación de los resultados de campo	55
5.1. Análisis de casos	55
5.2. Entrevistas	56
CONCLUSIONES	71
RECOMENDACIONES	73
BIBLIOGRAFÍA	74

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora con el propósito de analizar la importancia que tiene para el fortalecimiento del núcleo familiar y por ende de la sociedad guatemalteca, la inclusión y aplicación del Principio de Interés Superior del Niño -contenido en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño-, en todos aquellos procesos judiciales y/o administrativos en los que intervengan menores y para el caso en particular, dentro de la normativa que regula los juicios de divorcio voluntario.

El objetivo principal en toda decisión judicial en la que intervienen menores, deberá ser el de proteger a los mismos, quienes constituyen el grupo más vulnerable de todos los sujetos que participan en este tipo de juicios, sin embargo se puede indicar que en la actualidad la ley aplicable a los juicios de divorcio voluntario no contiene el Principio de Interés superior del Niño, principio que constituye una garantía que asegura el ejercicio y disfrute de los derechos declarados en diversos cuerpos legales, tanto a nivel interno como internacionalmente, a favor de los menores. Por lo anterior los jueces de familia se encuentran ante la imposibilidad de intervenir en forma activa debido a que los divorcios por mutuo acuerdo poseen el carácter de voluntarios y aún más la misma normativa legal, le indica al juez cuál será la forma en que debe intervenir y es la de aprobar las bases del convenio de divorcio, sin entrar a verificar si los derechos de los menores han sido vulnerados en alguna forma. Para lograr los objetivos que enmarcan nuestras leyes así como la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que los menores participen como sujetos y no solamente como objetos, se hace necesario para llevar a cabo dicha actividad, dotar a los jueces de familia de todos los instrumentos necesarios para que su participación sea amplia y activa, todo lo anterior podrá lograrse cuando se incluya dentro de la normativa procesal que regula el procedimiento de los juicios de divorcio por mutuo acuerdo, el Principio de Interés Superior del Niño.

Siendo el presente tema de relevante importancia en la actualidad, debido a que en nuestro medio se ha incrementado el número de divorcios y como un modesto aporte, sirva el presente trabajo para la reflexión y actualización de las normas que regulan los juicios de divorcio por mutuo acuerdo en los que se debe garantizar el bienestar, seguridad y desarrollo integral de los menores que se encuentran inmersos en dicha problemática.

Para una mayor comprensión, la presente investigación consta de cinco capítulos: El primero se refiere al Proceso voluntario y los Principios que lo inspiran así como los Asuntos de Familia que se ventilan por medio de este tipo de procesos; el segundo, trata sobre los antecedentes generales, características y fines del matrimonio; el tercero conformado por el análisis del Auto Judicial que aprueba las bases del divorcio voluntario; se culmina con el capítulo quinto en el que se presenta los resultados del trabajo de campo, finalizando con las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1. El proceso voluntario y los asuntos de familia

1.1. El proceso

El proceso se conforma por una serie de pasos, es por ello, que tiende a confundirse con la definición de procedimiento, que significa eso también. El sinónimo de proceso, es juicio, por lo que se entiende de una misma manera.

Se compone por una serie de procedimientos que hacen posible ejecutar una acción, una pretensión, con intervención judicial. Por eso, se dice que el proceso o procedimiento forma parte de la actividad judicial, fundamentalmente.

Este proceso, que conlleva distintas vías, se encuentra regulado en las leyes y que en el caso del proceso civil y de familia, se rige por las normas del Derecho Civil y del Procesal Civil y Mercantil.

El tratadista Enrique Vescovi, citado 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”.¹

Eduardo Couture, citado también por el licenciado 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”. Agrega que “es la rama del saber jurídico que estudia en forma sistemática la naturaleza del proceso civil, su constitución, desenvolvimiento y eficacia”.²

¹ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 3

² **Ibíd.**, pág. 3.

Se define al proceso como: “Desenvolvimiento; algo que opera en el tiempo. Ir hacia delante. Un desarrollo extremadamente veloz en la vida ordinaria. Pero por proceso los juristas entienden no un desarrollo cualquiera, sino aquella secuela de actos que se desarrollan ordinariamente por los jueces en los tribunales. Proceso, en otras palabras, se emplea por los juristas en vez de juicio; y no de cualquier juicio, sino de aquel juicio el cual se lleva a cabo según determinadas reglas y con particulares solemnidades, para establecer y castigar un delito o bien para decidir una litis. El Proceso es pues, grosso modo, a su vez, un método para juzgar a los hombres”.³

Otra definición indica que es el “Conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del Proceso”.⁴

También encontramos la definición de proceso como: “El conjunto de actos dirigidos a un fin: solucionar la controversia surgida entre personas; por medio de él se satisfacen pretensiones empleando el Derecho y la norma jurídica para implantar la paz y la seguridad en la comunidad”.⁵

1.2. El código procesal civil y mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil vigente, que se encuentra contenido en el Decreto número 107, fue elaborado por una Comisión de juristas en el año de mil novecientos sesenta y dos, en el gobierno de Enrique Peralta Azurdía, derogando el Decreto Legislativo dos mil nueve de Guatemala, que contenía el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, el cual había estado vigente desde mil novecientos

³ Carnelutti, Francesco **Derecho procesal civil y penal**, págs 5, 21

⁴ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**,, pág.19

⁵ Ruiz Castillo, Crista. **Teoría general del proceso**, pág. 7

El actual Código Procesal Civil y Mercantil, después de estudios realizados y varias sesiones de trabajo que tuvo la comisión, inició su vigencia el primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

1.3. Principios fundamentales del proceso

Los principios forman parte de la estructura de una institución, en este caso, del Derecho Procesal propiamente dicho.

El Derecho Procesal Civil se conforma por un conjunto de normas, y de principios que rigen el proceso y el procedimiento, en este caso civil. De conformidad con lo escrito por el licenciado Gordillo, indica que entre los principios que son fundamentales en la conformación y objetividad del proceso, se encuentran los siguientes:⁶,

1.3.1. Principio dispositivo

Este principio determina que las partes son las que impulsan el proceso, las que toman la iniciativa, es decir, las que hacen posible operativizar la administración de justicia. Son las partes 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 solo pueden ser propuestas por las partes, de conformidad con lo que establece el Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil.

⁶ Gordillo Galindo, **Ob. Cit**; pág. 14

- La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte, conforme lo establece el Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que las partes tienen la obligación de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

1.3.2. Principio de concentración

Se concreta este principio en indicar que el proceso debe ser limitativo, es decir, que debe desarrollarse en el menor número de audiencias o etapas procesales, por ello, se dice que consiste en la reunión de la actividad procesal con el objeto de que se concentre por razones de economía procesal y de celeridad el proceso mismo.

1.3.3. Principio de celeridad

Este principio se refiere a la rapidez, a la prontitud, y ello, pretende que el proceso no solo sea rápido sino que conjuntamente concentrado, por eso tiene íntima relación con el principio anteriormente citado.

Un ejemplo de este principio, lo establece el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece los plazos para dictar las resoluciones por parte del juez, las cuales tienen un carácter perentorio.

El Artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial indica: "Plazo para resolver. Las providencias o decretos deben dictarse a más tardar al día siguiente de que se reciban las solicitudes; los autos dentro de tres días; las sentencias dentro de los quince días después de la vista, y esta se verificará dentro de los quince días después de que se termine la tramitación del asunto, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes, en cuyo caso se estará a lo dicho en esas leyes. La infracción a este Artículo se castigara con una multa de veinticinco a cien quetzales, que se impondrá al juez o a cada uno de los miembros de un tribunal colegiado, salvo

que la demora haya sido por causa justificada a juicio del tribunal superior. Esta causa se hará constar en autos, par el efecto de su calificación”.

1.3.4. Principio de inmediación

Este principio proviene de la inmediatez, de la proximidad que debe tener el juez respecto al proceso y a las partes, en relación a todas las fases procesales, especialmente las audiencias, recepción personal de las pruebas, la valoración de la prueba recibida en las audiencias, etc.

Se fundamenta en lo que establece el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil que indica que el juez presidirá todas las diligencias de prueba.

También se encuentra regulado en el Artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial que indica que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba.

Esta norma establece la obligación que tienen los jueces de leer y estudiar las actuaciones por sí mismos y son responsables de los daños que causen por omisión, ignorancia o negligencia.

1.3.5. Principio de preclusión

Este principio establece que una vez pasado por una etapa procesal ya no puede regresarse a la misma, esa etapa queda precluida, concluida, y no puede retrocederse, y como ejemplo, puede citarse lo que para el efecto establece el Artículo 108 del Código Procesal Civil y Mercantil cuando indica que existe imposibilidad de admitir, con posterioridad, documentos que no se acompañen con la demanda, salvo impedimento justificativo.

Quiere decir que el proceso debe ir hacia delante de acuerdo con el orden lógico de las etapas procesales pero nunca retroceder, es decir que los actos procesales que hayan sido llevados a cabo quedan firmes y de ninguna manera debe volverse a ellos.

1.3.6. Principio de eventualidad

El licenciado Aguirre Godoy, citando al tratadista Hugo Alsina indica que “este principio consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa, como medida de previsión ad eventum para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado, también tiene por objeto favorecer la celeridad en los tramites, impidiendo regresiones en el proceso y evitando la multiplicidad de juicios”.⁷

1.3.7. Principio de adquisición procesal

Este principio se refiere al hecho de que la prueba aportada, es para el mismo proceso, y no para la parte que lo proporcione, porque puede ser que pese a que fue propuesta y diligenciada por una parte, pudo ser el fundamento para resolver el proceso y no precisamente favoreciendo a la parte que la propuso.

El Artículo 177 del Código Procesal Civil y Mercantil, al respecto indica: “Los documentos que se adjunten a los escritos o aquellos cuya agregación se solicite a titulo de prueba, podrán presentarse en su original, en copia fotográfica, fotostática o fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar. Los documentos expedidos por notario podrán presentarse en copia simple legalizada, a menos que la ley exija expresamente testimonio. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el documento y sean legibles, se tendrán por fidedignas salvo prueba en contrario. Si el juez o el adversario lo solicitaren, deberá ser exhibido el documento original. El documento que una parte presente como prueba, siempre probara en su contra”.

⁷ **Derecho procesal civil**, Tomo I pág. 269

Este principio también se encuentra contenido en el Artículo 139 del mismo cuerpo legal, especialmente relacionado con pruebas aportadas dentro del diligenciamiento de un proceso. La apreciación de la prueba se hará con respecto de lo que prueba y no con relación al origen de la misma.

1.3.8. Principio de 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.

1.3.9. Principio de economía procesal

Se refiere fundamentalmente a que en virtud de la celeridad, rapidez y concentración, debe existir economía procesal, no solo para las partes, sino también para el proceso mismo y la actividad jurisdiccional.

Puede decirse que busca hacer que se simplifique el que hacer jurisdiccional y que en el menor número de audiencias se solvete la mayor cantidad de actos procesales.

1.3.10. Principio de publicidad

Este principio se refiere al carácter público de las actuaciones judiciales.

Tiene su fundamento, principalmente en lo que establece el Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial que dice: "Publicidad. Los actos y diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública, deben mantenerse en forma reservada. La calificación será hecha por el juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En

todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan y en general enterarse de su contenido”.

1.3.11. Principio de probidad

Tiene relación con la actitud no solo del juez sino de las partes, en cuanto a su conducta y deben observar las calidades que cada una de estas personas tienen frente al proceso, respecto a rectitud, honradez, honorabilidad en su accionar y el respeto que debe existir recíprocamente.

1.3.12. Principio de escritura

Este principio tiene preferencia principalmente en el proceso civil, porque todas las actuaciones no solamente son rogadas sino que fundamental y formalmente escritas, al contrario de como sucede con el juicio oral, que la escritura es parcial, porque debe prevalecer la oralidad.

1.3.13. Principio non bis in ídem

Se refiere a que las partes tienen el derecho de accionar ante los órganos jurisdiccionales y otras instituciones, agotando las fases del proceso mismo, y que tienen el derecho de impugnar las resoluciones judiciales para que un tribunal superior conozca del asunto, pero que en ningún caso, debe haber más de dos instancias.

El Artículo 211 de la Constitución Política de la República, indica: “Instancias en todo proceso. En ningún proceso habrá más de dos instancias y el magistrado o juez que haya ejercido jurisdicción en alguna de ellas, no podrá conocer en la otra ni en casación, en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad. Ningún

tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine”.

El Artículo 59 de la Ley del Organismo Judicial, al respecto indica: “Instancias. En ningún proceso habrá más de dos instancias”.

1.4. El proceso de familia

A juicio de la sustentante, la familia constituye el núcleo, la base de una sociedad, la razón de ser de la conformación de una colectividad, y es por ello, que comprende el conjunto de miembros de personas que se encuentran unidas por razón de parentesco y afinidad, de acuerdo a los grados de ley, y que se auxilian, ayudan mutuamente, para su propio beneficio.

Las relaciones nacidas de la convivencia antes indicada son de suma importancia y debido a ello a lo largo del desarrollo de las sociedades, estas han buscado promulgar leyes que beneficien y protejan a la familia, así como para resolver los conflictos nacidos en el mismo seno familiar.

Es tal la importancia de la familia, es decir los sujetos que la hacen conformarse que tanto a nivel nacional como internacional, se buscan los mecanismos para lograr el desarrollo de sus miembros, así como de la regulación de las relaciones familiares.

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, de autonomía frente al Derecho Privado, otros parangonándola por aproximación al Derecho Público, y así Pissanelli, citado por De Casso y Romero estima que, aunque perteneciendo el Derecho de Familia al Derecho Privado, goza de más proximidad con el Derecho

Público; Crome a que alude De Casso y Romero en la obra mencionada, le da al Derecho de Familia otra orientación.⁸

La considera como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general Nipperdey citado en la referida obra diferenciando el Derecho de Familia del Derecho Privado, lo estima como un cuerpo extraño en la codificación del Derecho Privado.

Por ser de tal importancia la familia, las normas que regulan las relaciones que nacen de la misma deben estar encaminadas a buscar hacer valer los derechos que tutelan a cada uno de los integrantes de esta singular institución. Por lo que el proceso de familia deberá ser un instrumento de tutela del derecho, sin embargo en muchas ocasiones el derecho es desplazado por el proceso, fallando en su objetivo de resguardar el derecho de aquellos que se encuentran en inferior posición.

En las últimas décadas se ha promulgado Constituciones que proclaman una serie de principios de derecho procesal, tratando de proteger los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora, esto no sólo con respecto a la persona individual sino también como miembro de una familia.

La Constitución Política de la República, contiene una serie de normas encaminadas a garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia, las cuales por supuesto pueden hacerse valer dentro de los procesos que busquen soluciones a los problemas que nacen de la relación matrimonial o familiar.

Existe una serie de leyes que desarrollan lo preceptuado por la Constitución y que regulan jurídicamente diferentes ámbitos relacionados con la familia y la niñez, ejemplo de ello es el Decreto Ley Número 206, el que se refiere a la Ley de Tribunales de Familia, el que establece el sistema procesal adecuado para la protección de los derechos tutelares de la familia.

⁸ De Casso y Romero, **Diccionario de derecho privado**, Tomo I pág. 434

A nivel internacional se hacen los esfuerzos para lograr equilibrar las acciones de los integrantes de la familia, cuando por diversas razones se encuentren involucrados en un proceso en el cual se tengan que resolver conflictos de tipo familiar, se puede citar en este caso la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuando indica que en todo procedimiento judicial o administrativo en los que intervengan menores, estos deberán ser escuchados en forma libre, para que den a conocer su opinión, otorgándosele la calidad de sujetos del proceso de familia.

1.4.1. Características del derecho de familia

El tratadista De Casso y Romero, respecto a las características, menciona las siguientes:

- Que las normas del Derecho de Familia sin ser de orden público, si tienen signos coincidentes de este.
- Que la normativa supletoria específica del Derecho de Familia, también se observa en otras instituciones que penetran al campo del Derecho Privado.
- Que esa ostensible autonomía de sus normas no es suficiente para independizar totalmente al Derecho de Familia de las demás ramas que comprende el Derecho Privado Patrimonial.
- Que singularizándose el Derecho de Familia por la particularidad de normas, si se destaca de las demás ramas del Derecho Privado” .⁹

Anterior al año 1960, en el país no existían normas que tuvieran características específicas en relación a la normativa que regulara las relaciones familiares.

⁹ **Ibíd.**, pág. 434

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:

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

El Derecho de Familia se rige por lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil, el Código Procesal Civil y Mercantil, así como la Ley de Tribunales de Familia y su circular.

CAPÍTULO II

2. Antecedentes generales del matrimonio

2.1. Historia jurídica y religiosa del matrimonio

El matrimonio es, una institución social de este modo los hechos que nacen del impulso sexual orientados a la procreación son regidos por una serie de normas particulares en cada ordenamiento jurídico, las cuales buscan regular tan importante elemento de las relaciones entre los seres humanos.

El acto constitutivo del matrimonio requiere de singulares elementos que suponen la existencia de presupuestos de existencia y validez exigidos por cada ordenamiento jurídico.

“Las leyes no suelen definir qué se entiende por matrimonio. No es necesario que lo hagan, pues, sobreentendido está que en el derecho positivo recoge una realidad aceptada universalmente: la unión intersexual. No obstante la connotación de juridicidad es fundamental porque define en qué condiciones y bajo qué presupuestos es legítimo el trato sexual. Desde esta perspectiva, el matrimonio es la unión de hombre y mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia. Esto es lo que ha llevado a antropólogos a centrar la idea de matrimonio en el denominado principio de legitimidad que, reducido a sus términos puros, permite distinguir el matrimonio de otro tipo de uniones –como las concubinarias- sobre la base de la aceptación jurídicamente válida y socialmente reconocida de los roles familiares de marido y mujer. Tales roles deben definirse en

función de los derechos y obligaciones adscriptos a ellos, y el matrimonio como la aceptación legal o jurídicamente reconocida de esos roles.

En la doctrina se proponen diversas definiciones, muchas de las cuales acusan una mayor o menor tendencia descriptiva del matrimonio, ya como un acto jurídico, ya como relación jurídica o estado. Así la definición de Spota destaca el matrimonio como acto jurídico (complejo), que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima, siguiendo a estas declaraciones la del oficial público hecha en nombre de la ley y por la cual los declara marido y mujer. Como relación jurídica lo definen la mayoría de los autores. Así por ejemplo, Prayones: institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad; Mazinghi: comunidad de vida, establecida entre dos personas por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y asistirse recíprocamente..., todas estas definiciones son fundamentalmente descriptivas, como decimos, y de ahí el riesgo de introducir en ellas elementos –como, por ejemplo el de la indisolubilidad- que no son universales sino propios de cada ordenamiento jurídico”¹⁰

En el examen de lo anterior, se destacan los siguientes aspectos:

- Se trata de una unión que tiene su causa eficiente en el consentimiento libremente manifestado. Se emite en el momento inicial del matrimonio y despliega a lo largo de todos los actos que se relacionan y que nacen de la relación conyugal. La voluntad humana es sólo la causa de que entre un hombre y una mujer concretos nazca el vínculo. El consentimiento, es

¹⁰ Zannoni, Eduardo A., **Derecho civil, derecho de familia**, Tomo I, pág.118

entonces un elemento esencial para contraer matrimonio, pues como lo indica el Artículo 93 del Código Civil: “Las personas capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de cualquiera de los contrayentes...” Se puede observar que la declaración de voluntad debe hacerse mediante la aseveración verbal correspondiente, generando el primero de los vínculos jurídicos, que constituye una realidad única.

- Unión del varón y de la mujer. El vínculo jurídico, al unir a los cónyuges, no lo hace a través de sus cualidades, ni de su amor, ni de su psicología, ni de su temperamento. Une -y con ello produce la más fuerte unión que puede existir entre dos seres humanos- las potencias relacionadas con la distinción sexual; por ello, la heterosexualidad es requisito necesario del matrimonio. Es así como el Artículo 78 del Código Civil indica que “ el matrimonio es una institución por la que un hombre y una mujer se unen legalmente...” Vemos entonces la distinción sexual que se hace al indicar hombre y mujer, esta distinción tiene como objetivo principal darle continuidad a uno de los fines del matrimonio, como lo es la procreación para la preservación de la raza humana.

- Cuando se da la unión entre hombre y mujer forman una unidad en las naturalezas.

No puede confundirse el matrimonio con los ritos o formalidades de la celebración (ceremonia civil o religiosa).

El contenido conyugal tiende a pasar en ambos casos a un segundo plano. Lo fundamental sería que se respetase el rito o formalidad legal, establecida por las respectivas autoridades.

Al mismo tiempo es una realidad jurídica, porque no es cosa exclusivamente de dos. Unida inseparablemente a la dimensión personal del ius nubendi se encuentra la dimensión social y jurídica: contraer matrimonio comporta un cambio en el estado civil y secundariamente en las relaciones patrimoniales y sucesorias.

Si partimos del concepto de estado civil que define De Castro resulta evidente la importancia que para los casados y para la sociedad tiene el estado civil matrimonial. Podemos decir que en relación al matrimonio, existen sólo dos estados civiles: casado (conviviente, separado de hecho o separado judicialmente) o no casado (soltero, viudo o divorciado).

El estado civil de casado produce efectos sobre los esposos, en cuanto afecta a su capacidad y poder de disposición, unas veces ampliándolo y otras limitando la capacidad: el matrimonio produce de derecho la emancipación, restringe la capacidad de decisión, cada cónyuge no puede adoptar sin contar con el consentimiento del otro; cada cónyuge es heredero forzoso del otro con la consiguiente limitación en la potestad de donar o en la facultad de disponer mortis causa la condición de cónyuge agrava la responsabilidad penal en caso de comisión de determinados delitos; tal condición se tiene en cuenta como causa de incompatibilidad para determinados actos: actuación como juez, árbitro, testigo en testamento, actuación como notario, etc.

Al mismo tiempo la condición de casado supone la atribución de derechos sucesorios, derecho de alimentos, al mismo tiempo que importantes restricciones en la facultad de disposición patrimonial o el sometimiento a severas reglas de responsabilidad. Pero también «tiene efectos respecto de terceros, y se convierte en cuestión de orden público».

Es tal la importancia del estado civil de las personas que para dar certeza al mismo, se establece como indispensable la inscripción en el Registro Civil del acto que afecte el estado civil de casado; indica el ordenamiento civil que las certificaciones expedidas por el Registro Civil prueban el estado civil de las personas, por lo que el Registrador Civil tendrá la obligación de inscribir la certificación del acta de la celebración del matrimonio o del aviso respectivo. Las certificaciones emitidas por el Registro Civil están dotadas de efectos erga omnes. Así mismo el régimen económico del matrimonio, en sus aspectos patrimoniales, resulta una cuestión de especial interés público.

Todo matrimonio tiene una dimensión sagrada, y ello con independencia de que haya sido contraído por cristianos o no. En todas las religiones la unión matrimonial de un hombre y una mujer tiene un valor de signo de una realidad trascendente y superior.

En resumen, el matrimonio es una institución que afecta a la persona en sus relaciones más íntimas; tiene un contenido ético y religioso de gran trascendencia, pero junto al interés personal se da un interés social que lo convierte en una institución jurídica de gran importancia.

2.2. Naturaleza jurídica

Se puede calificar el matrimonio como una institución social que constituye un vínculo entre las partes, y genera un status, de donde derivan derechos y deberes, que tienen su fuente, no en el «negocio matrimonial», sino en el propio status de cónyuge.

2.3. Derechos de la mujer casada

El matrimonio, institución social, que se gobierna por normas que aplican diversas funciones a cada uno de sus miembros que le son parte integral, de acuerdo con las expectativas del sistema social, así como de asignarle u otorgarle derechos y obligaciones.

En este sentido es importante hacer un recuento de los derechos que según la legislación guatemalteca, nacen del matrimonio en relación con la mujer.

A continuación se describen algunos de los derechos que nacen del matrimonio, a favor de la mujer:

- El derecho de la mujer casada de llevar el apellido de su cónyuge.
- La representación conyugal que corresponde a ambos cónyuges y que tiene su basamento en el Principio de igualdad.
- El derecho que tiene la mujer de protección y asistencia que debe proporcionar el marido.

- Existen algunas causales por las que la ley presume el hecho de que la mujer deba sostener el hogar, juntamente con el marido y en caso de que el marido estuviera imposibilitado de hacerlo, ella lo hará cubriendo los gastos, con los ingresos que perciba de un trabajo, empleo, profesión u oficio.
- La libertad que tienen los cónyuges de elegir el régimen económico del matrimonio.
- El derecho de la mujer acerca del manejo de la casa.

En nuestra sociedad el matrimonio a pesar de ser uno solo se celebra en dos fases:

- i. Legal: Considerada como la más necesaria, debido a la obligatoriedad que debe tener el hombre para con su mujer e hijos, asegurándose de esta manera la estabilidad de los hogares, el bienestar y prosperidad de los diversos pueblos a través de las familias;
- ii. La religiosa, tiene como marco principal el altar de una iglesia donde adoran a Dios como parte de un rito religioso y así poder llevar una vida recíproca, perpetúa, corporal, y lo más importante una vida espiritual.

Los fines de la institución del matrimonio entonces son:

- i. El mutuo auxilio de los esposos
- ii. El ánimo de permanencia

- iii. Procreación de la prole, lo cual conlleva en su sentido específico la unidad de la familia.

Como lo establece el Código Civil, el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. Del matrimonio se generan derechos y obligaciones para ambos cónyuges, no solamente para con ellos sino también de ellos para con los hijos.

Es importante indicar que en relación a los deberes y derechos de los cónyuges y en este caso de la mujer, cuando esta se encuentra casada o conviviendo con alguna persona, en el plano internacional, ha cobrado gran interés fundamentalmente cuando se trata de los derechos de la mujer, y que radican en aspectos familiares, la maternidad y los derechos que le asisten en relación a los hijos.

A continuación se presenta una cronología que pretende resumir la situación de la mujer frente al Derecho Internacional, que ha sido recogida de una serie de instrumentos jurídicos y evaluados sintéticamente:

- 1948. Novena Conferencia Internacional Americana.

Celebrada en Bogotá, Colombia, resolución XXX. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

Aquí se encuentran aspectos que se relacionan con la necesidad de implementar políticas especialmente de carácter social y legal, para que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan los derechos y deberes en igualdad de condiciones, valores consagrados en la declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, grado. Además, el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, ya que toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.

- 1948. IX Conferencia Internacional Americana.
Convención Interamericana sobre los Derechos civiles de la mujer en el que brevemente establece que la mujer tiene derecho a la igualdad con el hombre en el orden civil, la mujer de América mucho antes de reclamar sus derechos, ha sabido cumplir todas sus responsabilidades como compañera del hombre, que el Principio de Igualdad de derechos humanos de hombres y mujeres esta contenida en la Carta de las Naciones Unidas.

- 1948. Declaración Universal de Derechos del Hombre.
Aprobada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948, señala lo siguiente: Artículo 1o. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Además, el Artículo 7o indica que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

- 1955. Convenio sobre la protección de la Maternidad No. 103 de la organización Internacional de Trabajo.
El Artículo 1 establece. Este convenio se aplica a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio. A los efectos del presente convenio, la expresión Empresas Industriales comprende las empresas públicas y privadas y cualquiera de sus ramas, e incluye especialmente: a) Las minas; b) Las empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adorne, terminen, preparen para la venta, destruyan productos, o en las cuales las materias sufran una modificación, comprendidas las empresas dedicadas a la construcción de buques o a la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz.

- 1957. Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada.

Esta convención entro en vigencia el 11 de agosto del año 1958 y tuvo como base el Artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas que proclamó que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a que a nadie se privara arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Con relación al matrimonio, establece en el Artículo 1 que los estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer. El Artículo 3 menciona que los estados contratantes convienen en que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad y de interés público, estableciendo las siguientes recomendaciones: En los considerandos establece que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el Principio a la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicha declaración, sin distinción de ninguna clase.

En el mismo, la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia de la sociedad, impide su participación en la vida política, social, económica y cultural de sus países en condiciones de igualdad con el hombre y constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las posibilidades que tiene la mujer de servir a sus países y a la humanidad, teniendo presente la importancia de la contribución de la mujer a la

vida social, política, económica, cultural, así como su función en la familia y especialmente en la educación de los hijos.

- 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Firmada en San José Costa Rica, el veintidós de noviembre de ese año, fundamenta las siguientes recomendaciones: Derecho a la vida, toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Así también el derecho a la protección de la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

- 1972. La Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el año Internacional de la Mujer en el año 1975.

- 1975. En México, organización de la Conferencia Mundial para buscar las medidas que aseguren condiciones de igualdad con el hombre, integración de la mujer al desarrollo y su contribución al fortalecimiento de la paz mundial.

Los resultados de dicha conferencia fueron la preparación de Text, importantes documentos internacionales. El Plan de Acción Social Mundial. Este instrumento introduce el concepto de igualdad entre los sexos, de derechos, oportunidades y responsabilidades.

- 1979. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Este instrumento adquiere para los países miembros, un decisivo alcance para la observancia de los Derechos de la Mujer.

Para citar algunos Artículos de la Convención que resultan importantes en el presente trabajo, se mencionan los siguientes: Artículo I a los efectos de la presente convención, la expresión discriminación contra la mujer, denotará toda

distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabo o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales y civiles o en cualquier otra esfera.

- Estrategias de Nairobi, orientadas hacia el futuro.

Estas presentan medidas y programas de acción necesarios para mejorar la condición de la mujer en el desarrollo económico social, cultural y legal tanto a nivel nacional como internacional, de dicha fecha hacia el año 2000.

- 1994. Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Aprobada en la VII Sección Plenaria de la organización de los Estados Americanos, celebrada en junio de 1994, en la ciudad de Belem Do Para Brasil.

- 1995. IV Conferencia Mundial de la Mujer.

Realizada en Beijing China, en el que se presentan las recomendaciones de la convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer. Indica el Artículo 1 que para los efectos de esta convención, debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

2.4. Definición legal de matrimonio

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

Al analizar lo anterior, se hace énfasis en la importancia que tiene la capacidad como elemento esencial para poder contraer matrimonio, es decir, que tanto el hombre como la mujer, deben contar con la aptitud física, intelectual y moral que son factores indispensables para lograr los fines establecidos en el matrimonio.

La aptitud para contraer matrimonio esta determinada por la edad, porque pueden contraer matrimonio los varones mayores de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre y cuando medie la autorización conjunta del padre o la madre o quien de ellos ejerza la patria potestad o en caso de ausencia de ambos por el tutor o representante legal.

2.5. Modificación y disolución del matrimonio

La separación y el divorcio, constituyen efectos o consecuencias del rompimiento de las relaciones de pareja a causa de conflictos ya sean éstos de tipo económico, social, emocional, etc, en el primero de los casos el vínculo conyugal persiste y en el segundo se disuelve.

El Artículo 153 del Código Civil indica que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. Con lo anterior, se establece que la separación se produce por la separación de cuerpos, sin que con ello, se destruya el vínculo conyugal o matrimonial, porque continúan en el mismo estado civil, circunstancia que no se da cuando se produce el divorcio, porque en ese sentido, si se da un rompimiento del vínculo conyugal o matrimonial.

En la sociedad guatemalteca, muchas veces se produce la separación mas no el divorcio, en muchos casos también, se da la separación de hecho, porque encontrándose separados de cuerpos las parejas, en muchos casos no lo dan a conocer por el órgano jurisdiccional competente, para que se haga constar la

separación legal, que más adelante puede llegar a concretizarse o a constituir una causal de divorcio, como la separación.

La separación y el divorcio, se pueden declarar:

- Por mutuo acuerdo entre los cónyuges.

- Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

La separación o el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

Esta normativa tiene su razón de ser, toda vez que, la ley busca el carácter permanente que debe tener el matrimonio y que al momento de la convivencia entre los cónyuges, estos tienen que adecuarse mutuamente a una nueva vida, y a la procreación y cuidado de otras vidas, por lo que no es permitido que antes de un año de haber contraído matrimonio se permita el divorcio.

Existe una serie de causales de separación o divorcio que regula el Artículo 155 del Código Civil, las cuales son:

1. La infidelidad de uno de los cónyuges;

2. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.

3. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.

4. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
5. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
6. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
7. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
8. La disipación de la hacienda domestica;
9. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;
10. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
11. La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión;
12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;

13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción;
15. Así mismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

2.5.1. Efectos de la separación

- El derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge
- El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido
- Liquidación del patrimonio conyugal
- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable en su caso, así como el derecho de alimentos y lo relativo a la guarda y custodia de los hijos.
- La suspensión o pérdida de la patria potestad cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de partes interesadas.
- Subsistencia del vínculo conyugal.

2.5.2 Efectos del divorcio

- La liquidación del patrimonio conyugal
- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso.

CAPÍTULO III

3. El principio de interés superior del niño

3.1. Antecedentes

Los principios constituyen postulados, bases sobre las cuales se regirá determinada institución o materia, es decir son elementos que servirán para dar a conocer la interpretación, la esencia de cierta materia.

En el caso del Principio de Interés Superior del Niño, este se encuentra textualmente establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del niño, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por Guatemala, el 10 de mayo de 1990, según el Decreto número 27-90 del Congreso de la República, y constituye el instrumento de derechos humanos que más ampliamente ha sido ratificado, ya que a la fecha solamente dos Estados no lo han hecho.

La Convención es un instrumento jurídico de carácter internacional, que vincula a los Estados parte a cumplir con los compromisos que se adquirieron y que se encuentran plasmados en su contenido que será analizado más adelante.

El Principio de Interés Superior del Niño, de alguna manera se ha regulado en ciertas leyes en las que intervienen o se tutelan derechos de menores, el objeto es proteger los derechos declarados en diversas leyes de orden interno sino también internacional y en este caso en particular, los derechos postulados en la Convención, un ejemplo de ello lo encontramos en el Código Civil, y al respecto, se citan las siguientes normas:

- El Artículo 164 del Código Civil. Se refiere a la obligación del juez, de velar por el debido cumplimiento de las obligaciones a las cuales han arribado los cónyuges, indicando el Artículo referido: “Para el efecto expresado en el Artículo anterior, el juez, bajo su responsabilidad, debe calificar la garantía y si ésta, a su juicio, no fuere suficiente, ordenará su ampliación de manera que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges”

- Así también, respecto a quien se confíale cuidado y educación de los hijos, el Artículo 166 del Código Civil dice: “Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.

- Existe la obligación legal de los padres respecto de los hijos. El Artículo 167 del Código Civil dice: “Obligación de los padres separados. Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación”.

- El Artículo 168 del mismo cuerpo legal en cuanto a las obligaciones del juez, respecto de los hijos, indica: “En cualquier tiempo el juez podrá dictar, a pedido de uno de los padres o de los parientes consanguíneos, o del Ministerio Público, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.

3.2. Definición

El término principio de interés superior del niño como se ha indicado se encuentra textualmente establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 3. Se refiere al espíritu de la creación de esta norma, a que en todo momento, bajo cualquier circunstancia, a quien le corresponda decidir sobre una cuestión relacionada con un menor, debe tomar en cuenta este principio.

Resulta un poco complejo para quien le corresponda decidir, y que en todo caso, al Estado a través de la función de los jueces, que es lo mejor para un menor, pero se tiene una base. Se puede establecer que un juez tiene la facultad de decidir, sobre el monto de la pensión alimenticia para el menor, sobre con quien de los padres debe quedarse, en caso de disputa, auxiliarse con ello, de investigaciones sociales, psicológicas, psiquiátricas, médicas y de todo tipo, debido a las amplias facultades que la ley le otorga a los jueces de familia.

Este principio se recoge como se indicó anteriormente, de alguna manera en el Código Civil, y recientemente, tomando como base el Artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se encuentra establecido en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que dice textualmente: “Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las

relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia”.

3.3. Características

Dentro de las principales características de este principio y de lo que establecen las leyes respecto a los derechos de los niños, se encuentran las siguientes:

- Resulta evidente la necesidad de legislar adecuadamente respecto a los derechos de los menores, por parte de los adultos, toda vez, que éstos constituyen en un sector muy vulnerable de la sociedad.
- Este principio constituye una garantía que se aplicará en toda decisión que se Adopte con relación a menores, la cual deberá asegurar el disfrute de sus derechos.
- Busca una transformación de la ley para proveer a los órganos del Estado y a la propia sociedad de cuerpos jurídicos orientados adecuadamente en beneficio de la niñez, para que se adapten a lo establecido en la Constitución de la República y los tratados, convenios, pactos internacionales que en materia de derechos humanos han sido aceptados y ratificados por Guatemala.
- Uno de los objetivos es la búsqueda del desarrollo integral y sostenible de la niñez, dentro del marco del respeto de los derechos humanos.
- Que respecto a este principio, existe una intervención directa y responsable de los padres de familia respecto a sus hijos, y es allí, en el seno de la familia, donde se puede ir consumando el respeto de este principio.

- El Estado tiene la obligación de intervenir directamente en la solución de la problemática que se plantea con relación a los derechos de los menores, y de adopción de medidas de todo tipo, respecto a la prevención y sanción.
- En general, porque los adultos de alguna manera tenemos relación de parentesco de distinta índole con menores, se hace necesario la intervención directa de todos los sectores en la medida que corresponda para el desarrollo integral familiar.
- Las normas nacionales ordinarias, regulan aspectos relevantes en cuanto a los Derechos de los menores, sin embargo, debido a los niveles de concientización, Especialmente a nivel internacional, se hace necesario adecuar la legislación a la realidad concreta de este país en el tema de los derechos de los niños.
- Se debe hacer una distinción entre niño y adolescente, porque en la actualidad, no puede conceptualizarse como niño a un adolescente o viceversa.

En ese sentido la definición de ambos conceptos se recogen en el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que dice: “Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”.

3.4. La convención internacional sobre los derechos del niño

Este instrumento tiene naturaleza internacional y como se dijo en un inicio, goza de relevancia para la observancia de los derechos de los menores, y sus normas adquieren poder vinculante entre los Estados parte, como sucede en el caso de Guatemala.

A partir de su adopción, el Estado parte, tiene la obligación de dar cumplimiento de todos y cada uno de los compromisos allí contraídos, y estos se traducen entonces, en obligaciones, que se encuentran definidas en su articulado. Al respecto, el Artículo 4 de la Convención dice: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional”.

En este instrumento, se exige a los Estados Parte, como mínimo, la adopción de las siguientes medidas:

- La búsqueda del desarrollo integral del niño.
- Asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación, lo cual se regula en el Artículo 2.
- Proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico, sexual o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, como lo dice el Artículo 19.
- Garantizar que, en el caso de adopción por personas que residan en otro país, la colocación del niño busque su interés superior y respete plenamente sus derechos, como lo indica el Artículo 21 de la convención.
- Lograr que el niño que solicite el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de sus derechos. (Artículo 22).

- Garantizar al niño el disfrute del más alto nivel posible de salud, para lo cual deberá reducir la mortalidad infantil, asegurar la prestación de asistencia médica y atención sanitaria, combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de salud, asegurar atención sanitaria pre y post natal apropiada a las madres, garantizar que los padres y los niños conozcan los principios básicos de salud y nutrición, las ventajas de la lactancia materna, la higiene, el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes y desarrollar la atención preventiva de la salud. (Artículo 24).
- Lograr la plena realización del derecho de los niños a beneficiarse de la seguridad social. (Artículo 26).
- Fomentar la asistencia regular a las escuelas, reducir las tasas de abandono escolar y velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad y los derechos del niño. (Artículo 28).
- Asegurar el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. (Artículo 32).
- Proteger a los niños del uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas e impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias. (Artículo 33).
- Asegurar que los niños no participen directa en hostilidades o conflictos armados. (Artículo 38).
- Promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño, víctima de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de malos

tratos o penas crueles, inhumano, degradantes o conflictos armados (Artículo 39).

- Promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones aplicables específicamente a los niños acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales. (Artículo 40).
- En el Artículo 44 los Estados Parte, se comprometieron a presentar al Comité de Derechos del Niño, cada cinco años, un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre los progresos que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.

3.5. Ubicación en la legislación nacional

El Artículo 46 de la Constitución Política de la República establece que en el caso de la firma, aceptación y ratificación de convención o tratado que sea materia de derechos humanos, tiene preeminencia sobre el derecho interno. Como sucede en el presente caso, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se encuentra delimitada dentro del contexto de los derechos humanos, y debido a la aprobación y ratificación del mismo, resulta evidente que forma parte de la legislación interna en el país y que sus normas tienen, sobre todo rango constitucional.

3.6. Medidas necesarias para aplicar la convención internacional sobre los derechos del niño.

Lo importante en ese sentido, resulta establecer que de conformidad con el contenido de esta Convención, se hace necesario, por la calidad de la misma, que en cumplimiento de los compromisos adquiridos al momento de ratificar la Convención, el Estado debe buscar y adoptar las medidas necesarias, sean estas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, no sólo para dar a conocer

ampliamente sus principios y disposiciones sino también buscar su efectiva aplicación, siendo algunas de ellas las siguientes:

3.6.1. Medidas legislativas

- i. Reforma, derogación y/o emisión de leyes, tales como leyes de protección integral, de adopción de niños o para regular el trabajo juvenil, entre otros.
- ii. Ratificación de convenios internacionales en materia de derechos humanos de la niñez.
- iii. Revisión de la legislación respecto a su concordancia con la Convención.

3.6.2. Medidas judiciales

- i. Readecuación de las instituciones encargadas de impartir justicia en los casos de violación a los derechos de los niños y las niñas.
- ii. Capacitación a operarios del sistema de justicia para una adecuada aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- iii. Previsión de garantías procesales a jóvenes en conflicto con la ley penal.

3.6.3. Medidas administrativas

- i. Definición y aplicación de políticas integrales para la niñez y la juventud
- ii. Adecuación, fortalecimiento y/o creación de instituciones y programas para el cumplimiento de los derechos de la niñez
- iii. Creación de programas de apoyo a las familias

3.6.4. Medidas presupuestarias

- i. Prioridad de la niñez en la política social y de desarrollo.
- ii. Asignación presupuestaria a nivel nacional y municipal para asegurar el acceso universal a programas de desarrollo y medidas de protección de la niñez.

3.6.5. Medidas de monitoreo

- i. Obligación de presentar informes iniciales y periódicos al Comité de los derechos del niño.
- ii. Seguimiento a las sugerencias y recomendaciones hechas por el Comité.
- iii. Sistema Nacional de monitoreo de la situación de los derechos de la niñez.

CAPÍTULO IV

4. Análisis del auto judicial que aprueba las bases de divorcio voluntario y sus repercusiones en cuanto al principio de interés superior del niño, necesidad de su reforma para una mayor intervención del juez.

4.1. Aspectos considerativos

En el tema de la familia, lo relativo al matrimonio y la disolución del mismo, concierne más significativamente a la situación en que quedan los hijos.

Como lo establece la ley, el matrimonio es una institución social, por la que un hombre y una mujer se unen con el fin de ayudarse mutuamente, procrear hijos y cuidar a éstos hijos, educarlos, alimentarlos, y brindarles toda la protección necesaria. Entonces, se refiere a la obligación que tienen los dos padres, en su conjunto. Ello lógicamente difiere de una sociedad a otra.

En el caso de la sociedad guatemalteca, en el tema del matrimonio tiene que observarse que en muchos casos, un alto porcentaje de las parejas no contraen matrimonio, lo cual puede deberse a situaciones económicas, y en otros casos, por la descomposición social y la poca confianza o creencia en el matrimonio, con las consecuencias que conlleva posteriormente el divorciarse.

En muchos casos, se ha observado, que las parejas no contraen matrimonio, sino que conviven de hecho, no siendo declarada esta convivencia.

La ley aplicable al tema del matrimonio, de la separación y divorcio, es el Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil. Lo que atañe a este estudio, es lo relativo a los efectos que se producen de la separación o el divorcio, en función de la situación de los menores, frente al principio de interés superior del niño.

Lógicamente debe suponerse que en la medida en que transcurre el tiempo, debe ir evolucionando la sociedad, es por ello que debido a la importancia que ha cobrado la Convención Internacional de los Derechos del Niño, éstas normas deben aplicarse al caso concreto de la legislación guatemalteca, prueba de ello, es el hecho de que el Código Civil en lo que respecta a los efectos de la separación y el divorcio, la disputa en la guarda y custodia de los hijos, la decisión judicial, todo ello, debe tener inmerso los principios que inspiran esta Convención.

Por lo anterior, debe regularse en la legislación lo concerniente a los derechos que adquieren los menores por el simple hecho de serlo, y que por ser un sector poblacional tan vulnerable, este debe ser protegido por la colectividad, y que en caso de incumplimiento de esa protección, debe sancionarse como corresponde.

Respecto a la separación o el divorcio, estos pueden ser de tipo ordinario y de tipo voluntario.

En el segundo caso, por la naturaleza voluntaria, es criterio de quien escribe, que podrían ser disminuidos los derechos y sujeto a ninguna protección la situación del menor o los menores que se encuentran en medio de la problemática o crisis que atraviesan los padres respecto al tema de la separación o del divorcio.

En la actualidad, no le resta más al juez, como lo dice la ley, -la que será motivo de análisis a continuación-, que aceptar el convenio suscrito entre los padres de éste, y en lo que respecta al punto de la guarda y custodia de los hijos, podría encontrarse ligado a intereses de cualquiera de los cónyuges o padres, situación que no podrían ser objeto de alguna inconformidad por violentar principios constitucionales, en el caso del juez, respecto de ese convenio, porque podría encontrarse ajustado a derecho, sin embargo, a juicio de quien escribe, no ha observado el juez, en el procedimiento voluntario de separación o divorcio, que el menor se haya expresado manifestado con quien de los padres desea quedarse bajo esas circunstancias, pues se debe tomar en cuenta la opinión de los menores de acuerdo a su grado de madurez.

4.2. El auto judicial que aprueba las bases de divorcio

Como ya se indicó, en la sección cuarta respecto a las Disposiciones relativas al matrimonio, se encuentra regulado en el párrafo segundo, lo relativo a divorcio y separación, por mutuo consentimiento.

Respecto al auto que aprueba las bases del divorcio, el Artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente”.

En base a lo anterior, a juicio de la autora, se encuentra incompleto si se toma en consideración la función del juez en este tipo de procesos. El juez deberá aprobar el convenio mediante un auto, y ello, supone que un auto debe ir razonado, es decir, el juez tiene la obligación de hacer un análisis de cada uno de los puntos a los cuales han convenido los cónyuges en el proceso de la separación o divorcio, y concatenándolo con lo que dicen las leyes, y en función, fundamentalmente del interés superior de la familia y en todo caso, por la naturaleza del mismo, de los menores.

Respecto al punto del convenio, sobre el cual, a juicio de quien escribe, existe problema pero que no es el objeto de este estudio, se encuentran:

- Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer, si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.

Previo a aprobar las bases del convenio de separación o de divorcio se encuentra el caso de que el juez cita a las partes para una junta conciliatoria, con el objeto de que haga las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal.

En caso de que acojan lo que el juez ha propuesto, en ese momento se declarará el sobreseimiento definitivo, sin embargo, en caso contrario, los cónyuges tienen la obligación de presentar un proyecto de convenio, pero, aquí es en donde se considera que existe problema respecto a que dentro de la demanda los cónyuges ya adjuntan o insertan el convenio o las bases del divorcio, entonces, ya sabidos de lo que sucede por parte de los abogados, en la audiencia de junta conciliatoria, se convierte en un requisito, y con ello, solicitan en esa misma audiencia, que se apruebe dicho convenio, limitando la función conciliadora y lo que respecta al espíritu de lo que establece el Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, al juez, no le resta más que aprobar dicho convenio.

Respecto al convenio, estos son acuerdos por medio de los cuales los cónyuges, dirimen diversas situaciones relacionadas con la tenencia de los hijos; forma, monto de los alimentos, quien de ellos los proporcionará; la relación que mantendrán con los hijos nacidos dentro del matrimonio, entre otros; tienen como finalidad impedir que cuestiones tan importantes queden al margen, pues se corre el riesgo de dar origen a complejas y prolongadas controversias, posteriormente a la disolución del vínculo matrimonial.

Diversas legislaciones sostienen que es recomendable que estos acuerdos se presenten como cuestiones previas, es decir en requisitos necesarios para la admisibilidad de la demanda de divorcio de común acuerdo, para evitar con ello problemas posteriores.

Se debe tomar en cuenta que las bases de divorcio o acuerdos que sólo interesan a los esposos, por ejemplo alimentos para uno de ellos, la liquidación de bienes conyugales, el juez no podrá intervenir ni sustituir la declaración de voluntad de los cónyuges, pero cuando esos acuerdos afecten directamente a los hijos de ambos, es en donde los jueces deben tener en cuenta el interés superior de los menores, para evitarles consecuencias mayores.

Al hacer el estudio detenido de lo que establece el Artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil, cuando indica: “El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente”.

Como se observa en la norma anterior, la actuación del juez, con respecto a aprobar las bases de divorcio o de separación es demasiado limitada, pues podría decirse que dicha aprobación resulta haciéndose en forma mecánica, debido a que la misma ley restringe la participación de los jueces. Únicamente debe observar que se encuentre arreglado a la ley, ello quiere decir, que se cumpla con lo que establece el Artículo 163 del Código Civil, y que se preste la garantía en los alimentos como corresponde, lo cual de hecho lo hacen, cumpliendo las formalidades, pero de una manera automática.

En cuanto a este tema, resulta el problema que observa la sustentante y que riñe con lo que indica no solo la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sino también el Código Civil y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, porque no se ha tomado en cuenta cual es el *interés superior del niño*, pues como se indica en la sección tercera, entre las características del principio aludido, este funciona como una garantía de los derechos declarados a favor de los menores, pues otorga a los niños la calidad de sujetos dentro de los procesos en los que por diversas razones se encuentre involucrados.

Podemos determinar que dentro de los artículos aplicables al divorcio voluntario solamente se toma en cuenta a los menores en la calidad de objetos, pues no se pregunta al niño por medio de un tercero imparcial que resulta siendo el juez, con quien de los padres desea quedarse, si el padre o la madre, cumplen los requisitos materiales, morales, formales para ello, etc., por lo que se establece que en el juicio voluntario de separación o divorcio, se incumple con este principio, especialmente por parte del juez, de conformidad con lo que regula el Artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4.3. Repercusiones en el caso de los menores y el principio de interés superior del niño.

Como se ha mencionado anteriormente, los menores constituyen el sector de la población más vulnerable debido a su falta de madurez física y mental, necesitando protección y de una serie de cuidados especiales, es obligación entonces de los adultos protegerlos para lograr el pleno desarrollo de su personalidad, para ello debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de comprensión y respeto.

A nivel estatal también debe buscarse la aplicación de diferentes medidas para lograr el desarrollo integral de la niñez, y por ende de toda la sociedad.

Sin embargo en el ámbito del Derecho de Menores, se ha observado que en su normativa, no ha habido una Política de Estado congruente con la realidad del país con respecto a este tema, si se analiza la historia del Derecho de Menores para el caso de Guatemala.

A lo largo de mucho tiempo, no se había contado con una normativa que se adecuara a la realidad actual, sin embargo, con la derogación del decreto 78-79 del Congreso de la República que contenía el Código de Menores, se empieza a vislumbrar nuevas expectativas para los menores en nuestro medio.

El código en mención se basaba en una doctrina de la situación irregular, es decir, que se tomaba al menor como un objeto, y no como un sujeto de derechos y obligaciones, es más, se consideraban con un mejor trato legal los adultos que se encontraban ligados a un proceso penal que los menores.

En la actualidad, se propugna por una doctrina de la protección integral, que conlleva precisamente eso, un desarrollo integral que abarque todos los derechos de los menores.

Recientemente, con la ratificación y aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en 1990, se ha experimentado en la justicia de menores en Guatemala un cambio que ha tenido sus frutos, si se considera la creación del decreto 27-2003 del Congreso de la República que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en donde se establecen juzgados especiales para la atención de menores, todo lo relativo a la protección que merecen los menores en riesgo, en conflicto con la ley penal, etc.

Dicha ley tiene como objeto ser un instrumento jurídico de integración familiar y el cual dentro de su normativa contiene el Principio de Interés Superior del Niño, el cual es una garantía a favor de los menores y se encamina más allá buscar acciones encaminadas a favorecer la unidad e integración de la familia y el respeto de las relaciones entre padres e hijos dentro del ordenamiento legal.

4.4. Situación actual

De conformidad con la sección cuarta respecto a disposiciones relativas al matrimonio, se encuentra el párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Mercantil, que se refiere al divorcio y separación por mutuo consentimiento.

Recordemos que el divorcio produce la disolución del vínculo matrimonial, y en este caso los cónyuges han decidido el presentarse al órgano jurisdiccional competente para darle fin a la relación existente.

El Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Con la solicitud deberán presentarse los documentos siguientes:

- 1º. Certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido.
- 2º. Las capitulaciones matrimoniales, si se hubiesen celebrado.
- 3º. Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio”.

En esta fase, no se está exigiendo a los solicitantes, que presenten un convenio o bases de convenio sobre el cual versará su separación o divorcio, porque el espíritu de esta ley, es enterar al juez, de cómo se encuentra la familia, lo relativo al número y edades de los hijos, lo que respecta al régimen económico del matrimonio y los bienes.

El Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil dice: “Al darle curso a la solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cuál será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre y los hijos varones, mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinarán, igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder”.

En este proceso, aunque se refiera a un trámite voluntario, se establece lo que respecta a las medidas cautelares. A juicio de quien escribe, no tendrían razón de ser, porque decisiones unilaterales del juez en un proceso en que las partes se presentan en forma voluntaria, resulta entonces, contradictorio, cuando se refiera a

asuntos que solamente competen a los cónyuges, pero cuando las decisiones afecten directamente a los hijos es procedente la actuación del juzgador, siempre y cuando le de participación al menor para determinar si este está consciente o sabe de la situación que está viviendo.

Conviene también hacer la reflexión de lo que se indica textualmente en la norma, con relación a las medidas cautelares que puede tomar el juez, y del sexo y edad de los hijos para decidir con quien de los cónyuges quedarán los hijos, lo cual es totalmente contradictorio frente a lo que establece el principio de interés superior del niño, no solo por el hecho de que existe una discriminación entre hombre y mujer, por edad, sino también, que el juez, bajo ningún punto de vista, tendría la potestad de decidir sobre los hijos, sino que debe tomar en cuenta lo que éstos decidan, por lo que tal normativa también amerita su reforma.

Respecto a la junta conciliatoria, el Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días. Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado. Previa ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal. Si aquéllos se avinieren, el juez declarará el sobreseimiento definitivo. Únicamente el cónyuge que esté fuera de la República podrá constituir apoderado para este acto. En ningún caso pueden los cónyuges designar apoderado a una misma persona, para tramitar estas diligencias”.

En el análisis de la anterior norma, conviene hacer la reflexión de que también ameritaría su reforma, tomando en consideración que para celebrar una junta conciliatoria, en la que el juez tiene que avenir a las partes a una posible reconciliación, lógicamente se ve truncada, cuando uno de ellos, o incluso los dos, se hacen acompañar en presencia del juez por mandatario o apoderado.

Así también, lo que respecta a la práctica actual en este tipo de juicios, en que ambos cónyuges se ponen de acuerdo con un abogado de los dos, pero como la ley ordena que no puede ser el mismo para ambos, éste abogado busca a un amigo para que le firme representando la asesoría de uno de los cónyuges, lo cual es evidente que no contribuye en nada con el espíritu de esta norma y mucho menos con la naturaleza de éste proceso, toda vez que la misma es voluntaria, por lo tanto, fácilmente puede ser comprensible de que exista un solo abogado para ambos.

Con respecto al convenio o acuerdos a los que los cónyuges arriban para dirimir sobre asuntos relacionados con los hijos, alimentos, forma en que se relacionaran con los hijos comunes, el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Si no hubiere conciliación, en la misma junta o con posterioridad, se presentará al juez un proyecto de convenio en que consten, en su caso, los puntos siguientes:

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

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

De conformidad con la norma anterior, se indica que los solicitantes pueden en la misma junta conciliatoria o con posterioridad establecer las bases de su divorcio o de su separación.

Existe la práctica de que a partir de la demanda, insertan las bases o el proyecto de convenio, y en la junta conciliatoria, piden que se apruebe cuando no hay avenimiento de las partes, lo cual desmerita la naturaleza de la conciliación que debe practicar el juez, siendo una norma imperativa, al indicar que los solicitantes deberán comparecer personalmente.

Por otro lado, respecto a los puntos del proyecto de convenio, claramente se indica que los padres deben decidir con quien de ellos o de terceros, quedarán confiados los hijos.

Ante esto, conviene hacerse la pregunta, será congruente con la realidad y con los principios de interés superior del niño y de la familia, que se le pregunte al menor con quien de los padres desean estar los menores, dejándolo establecido en el convenio, o bien que esa actividad sea propia del juez en el momento de la junta conciliatoria, en la que deberían de comparecer los hijos.

Así también, establecer en congruencia con lo anterior, lo relativo a la forma en que serán alimentados y educados, porque la norma se encuentra con error de interpretación, toda vez, que es incongruente con otras normas, en donde la responsabilidad de alimentar y educar a los hijos es de los dos padres, entonces, no tendría razón de indicar por cuenta de quien deberán ser alimentados los hijos, al menos que ambos deseen dejar a los hijos, en congruencia con la decisión de éstos también, con un tercero, en ese caso, el aporte para este rubro tendría que ser de ambos padres.

Respecto a la pensión que pudiera favorecerle a la mujer, si no tuviere rentas propias y lo que respecta a la garantía, es un tema que tiene secuencia con los incisos anteriores analizados.

El Artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil establece lo relativo a la aprobación del convenio y dice: “El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes, disponiendo, en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente.

El tema objeto de este trabajo, se concentra en esta norma, que a juicio de la investigadora, es violatoria al principio de interés superior del niño, si se toma en cuenta, que existiendo vicios y prácticas dentro del procedimiento de este tipo de juicios, en este caso, trasciende negativamente en perjuicio de los menores, porque es en ese momento, en que el juez aprueba el convenio, y por lo tanto, se puede decir, que seguidamente se dictaría la sentencia correspondiente, la cual pasaría a ser cosa juzgada.

En el tema de los menores, si estaban de acuerdo o no de estar con su padre o con su madre, o si en el transcurso deciden lo contrario, tendría que iniciarse otro proceso, que pudo muy bien evitarse, y no ocasionar a los menores algún trastorno psicológico o económico derivado de esa decisión que no fue analizada por un juez.

Respecto a la sentencia, el Artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “Cumplidos los requisitos anteriores, e inscritas las garantías hipotecarias, en su caso, el juez dictará la sentencia dentro de ocho días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio y será apelable. Después de seis meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir que se convierta en divorcio, fundado en la ejecutoria recaída en el proceso de separación. Esta petición se resolverá como punto de derecho, previa audiencia por dos días a la otra parte. En caso de oposición, se tramitará en juicio ordinario.

El Artículo 432 del mismo cuerpo legal indica: “Reconciliación. En cualquier estado del proceso de separación o de divorcio y aún después de la sentencia de separación, pueden los cónyuges reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia. Sólo por causas posteriores a la reconciliación, podrá entablarse nuevo proceso. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal ante el juez, por memorial con autenticación de firmas o por escritura pública”.

El Artículo 433 indica: “Inscripción en los registros. La sentencia de separación, la reconciliación posterior a ella y la sentencia de divorcio, serán inscritas de oficio en el Registro Civil y en el de la Propiedad, para lo cual el juez remitirá, dentro de tercero día, certificación en papel español, de la resolución respectiva”.

Por último, el Artículo 434 del Código Procesal Civil y Mercantil regula la norma general para este tipo de juicios que dice: “Son aplicables al proceso de separación o divorcio por causa determinada, que se tramitará en vía ordinaria, todas las disposiciones contenidas en los Artículos 427, 431, 432 y 433.

4.5. La intervención judicial y su importancia

Como ha quedado establecido, se hace necesario que el juez intervenga en los procesos voluntarios de divorcio, tal como lo concibe el espíritu de las normas que ya han sido analizadas.

Es por ello, que debe comprenderse en la realidad de éstos tiempos, las repercusiones que tiene los procesos voluntarios de divorcio, lo que sucede en la práctica judicial, y los efectos en función de los hijos, porque a juicio de quien escribe, pareciera que en las decisiones respecto a los procesos voluntarios de divorcio, solo se toma en cuenta lo que digan los cónyuges y no los menores, quienes también, se encuentran involucrados en el problema de la separación o del divorcio.

En ninguna norma de las ya analizadas, se pudo observar que el juez tenga la oportunidad de entrevistarse con los menores, para determinar si las bases o el proyecto del convenio de divorcio, se encuentra ajustado a la ley, como lo dice la norma, es decir, que dentro de las facultades discrecionales que la ley le otorga al juez, este debiera verificar los datos expuestos por las partes en este proyecto, respecto a todas las situaciones que deben considerarse, como sucede también en el caso de que si la pensión alimenticia se encuentra acorde a las realidades de las partes, si la situación de los menores respecto a la pensión alimenticia, cumpliría las funciones para ello, si la relación familiar que es tan importante, esta claramente establecida, etc.

En virtud de lo expuesto anteriormente, se considera que la intervención del juez en este tipo de procesos es fundamental, ya que con ella, no solo estaría contribuyendo a establecer claramente las bases sobre las cuales se regirá la familia en vista de la separación o el divorcio, que sea congruente con la las normas relativas a la protección de la mujer y los hijos, y también, en congruencia con la realidad del cónyuge varón respecto al factor económico, y lo más fundamental, es el hecho de que los menores, ya han sido preguntados si se encuentran de acuerdo con la decisión de sus padres, respecto a su guarda y custodia y lo que respecta al monto de la pensión alimenticia, así también, estableciendo los derechos de ambos padres de la relación familiar con sus hijos, con ello, se estaría minimizando las repercusiones que tiene de toda índole en el caso de los menores.

4.6. Necesidad de la adecuación judicial legal

La norma que regula lo relativo a que en base a la presentación de la demanda voluntaria, a las condiciones en que los cónyuges han establecido las bases de su separación o de divorcio, el juez, no le resta más, de esa manera literal, de dictar el auto aprobando dichas bases, si las mismas se encuentran ajustadas a la ley.

Sin embargo, esta frase resulta ambigua respecto a las repercusiones que ello conlleva en el caso de los menores y el contacto con el juez, la verificación que el juzgador debería de hacer en estos casos, sería:

Primero: Determinar de que la decisión tomada por los padres, fue consultada y discutida con sus hijos, y que no resulta ser una decisión sólo de los cónyuges, pues si es así, tal situación no solo afecta a los hijos sino que perjudica la familia, y que traería consigo consecuencias futuras, es decir, la inconformidad de los hijos respecto a con el padre con quien se han quedado, lo relativo a la pensión alimenticia, que no es suficiente, cuando el obligado esta en capacidad de proporcionar una cantidad mayor, etc.

Lamentablemente la situación actual, le indica al juez aprobar las bases del divorcio cuando estas se apeguen a la ley, sin entrar a determinar lo establecido en el párrafo anterior, lo que hace necesaria la revisión de la regulación del divorcio voluntario pues riñe con los derechos que la Constitución de la República declara a favor de los menores integrantes de una familia que se encuentra dentro de este tipo de juicios.

Queda establecido también, que no se cumple con lo que establece el principio de interés superior del niño que se ha analizado en el transcurso de este trabajo, por lo que se hace necesario que en congruencia con la Convención sobre los Derechos del Niño, y los compromisos que ha adquirido el Estado de Guatemala, la norma se adecue y sea reformada.

CAPÍTULO V

5. Presentación de los resultados del trabajo de campo

5.1. Entrevistas

La información que ha continuación se presenta fue obtenida de los juzgados primero y segundo de familia de la ciudad capital tomándose como muestra, en lo que se refiere a divorcios indistintamente voluntarios u ordinarios y de entrevistas realizadas tanto a jueces como a abogados litigantes.

Cuadro No. 1

Pregunta: ¿Según su experiencia, considera usted que se ha suscitado un alto porcentaje de separaciones?

Respuesta	Cantidad
Si	12
No	08
Total	20

Análisis: Esta información se obtuvo de la experiencia de los entrevistados en cuanto a su intervención en este tipo de casos. El 60% opinó que participaron en un mayor número de procesos relacionados con el tema. Se deduce entonces que se ha suscitado un incremento considerable de separaciones las cuales en muchos casos finalizaron en divorcio.

Cuadro No. 2

Pregunta: ¿Es frecuente observar solicitudes de divorcio?

Respuesta	Cantidad
Si	12
No	08
Total	20

Análisis: En este caso también puede establecerse que de la experiencia de los entrevistados, el 60% indica ha habido un considerable incremento de separaciones y por lo regular no se llega a la reconciliación de la pareja sino en la mayoría de los casos se culmina con el divorcio. Esto provoca que se suponga que cada día aumente el número de familias desintegradas.

Cuadro No. 3

Pregunta: ¿Cree usted que es positivo para la Sociedad que se susciten separaciones y divorcios?

Respuesta	Cantidad
Si	05
No	15
Total:	20

Análisis: El 75% de los entrevistados manifestó que la sociedad sufre un deterioro cuando las relaciones familiares se fragmentan a causa de la separación y con mayor razón con motivo del divorcio. Los demás indicaron que existiendo problemas familiares era más sano optar por la separación, pero con el incremento de las separaciones y divorcios, la sociedad se fragmenta, lo cual desde ningún punto de vista es positivo para los hijos.

Cuadro No.4

Pregunta: ¿Considera que es más frecuente observar divorcios ordinarios que divorcios voluntarios?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	05
Total:	20

Análisis: Según la opinión del 75% de los entrevistados es más frecuente que se planteen demandas de divorcios ordinarios, debido a que en estos casos uno de los cónyuges lo solicita y tramita, cuando exista una de las causales exigidas por la ley, sin que medie la aprobación por parte del otro cónyuge.

Cuadro No. 5

Pregunta: ¿Cree usted que el hecho de la existencia de más divorcios ordinarios o separaciones de hecho, repercute en la integración familiar?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Análisis: En su totalidad los entrevistados aseguran que la separación y el divorcio. Repercute en forma negativa en la familia, pues después de vivir en unidad, cada uno de los cónyuges tendrá que solventar diversas situaciones en forma separada, sin embargo consideran que los hijos nacidos dentro de la relación conyugal tendrán que sobrellevar la mayor carga en esta situación tan particular pues tienen a sus padres pero deberán vivir con uno sólo.

Cuadro No. 6

Pregunta: ¿Considera que en el tema de la Separación y Divorcio, los hijos son los mayormente perjudicados?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Análisis: El 100% de las respuestas coinciden en aseverar que los hijos de padres separados o en proceso de divorcio son los más perjudicados pues en muchas ocasiones los cónyuges utilizan a los menores para tomar ventaja o venganza.

Cuadro No. 7

Pregunta: ¿Cree usted que el juez debe intervenir cuando suceden separaciones o divorcios no voluntarios?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Análisis: De las respuestas que se plasman en el cuadro anterior, se deduce que todos los entrevistados están de acuerdo en indicar que la intervención del juez es necesaria para cuando cualquiera de los cónyuges solicita la separación o el divorcio y principalmente en el caso de los divorcios voluntarios en que la misma ley prevé una posible reconciliación, siempre en el caso que se pueda integrar o reintegrar la familia, como una obligación del Estado en protección de la familia.

Cuadro No. 8

Pregunta ¿Después de la lectura de las normas procesales, considera que el Código Procesal Civil y Mercantil, en el tema del proceso voluntario de divorcio, es congruente con la realidad con respecto a menores?

Respuesta	Cantidad
Si	05
No	15
Total	20

Análisis: El 75% de los entrevistados considera que el Código Procesal Civil y Mercantil, no se adapta con la realidad con respecto a menores, pues en primer lugar los cónyuges para lograr el divorcio en forma rápida en muchos casos se ponen de acuerdo sin tomar en cuenta las necesidades de sus hijos; segundo, el juez no interviene en forma activa debido a que la ley únicamente indica que deberá constatar que las bases del divorcio se adecue a lo establecido en las normas procesales vigentes.

Cuadro No. 9

Pregunta: ¿Cree usted que las bases de divorcio o separación son revisadas por el Juez, en cuanto a observar que se apegue a la ley?

Respuesta	Cantidad
Si	10
No	10
Total:	20

Análisis: El 50% respondió que efectivamente el juez califica las bases del divorcio para constatar que éstos se encuentren apegados a la ley. El otro porcentaje manifestó sus dudas respecto a la participación de los jueces de familia en la revisión correspondiente, porque es lógico que los jueces de familia puedan estimar hasta qué punto en las bases del divorcio ha habido tal acuerdo, y hasta dónde por desconocer la situación socioeconómica y psicológica de las partes es de beneficio para ellos y principalmente para la familia.

Cuadro No. 10

Pregunta: ¿Considera que el interés superior del niño, como principio en el tema de la separación o divorcio, implica preguntarle al menor respecto con quien desea quedarse y lo relativo a si esta de acuerdo con la pensión alimenticia?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total	20

Análisis: Para el 100% de los entrevistados es importante conocer la opinión de los menores, pues es menester recordar que la separación o el divorcio implica la desintegración de la familia, los menores tendrán que vivir con sólo uno de los padres, es así que de acuerdo al resultado de la investigación de campo es de suma importancia preguntarle a los hijos si están de acuerdo con la decisión tomada por los padres y con quién de ellos desean vivir.

Cuadro No. 11

Pregunta: ¿Considera que este principio se observa en la normativa del proceso voluntario de divorcio?

Respuesta	Cantidad
Si	02
No	18
Total:	20

Análisis: El 90% de los entrevistados opina que el principio de interés superior del niño no se aplica en los divorcios voluntarios, debido a que la función del juez de familia, asignada por la ley es exclusivamente para verificar que las bases del divorcio se apeguen a la normativa legal, sin darle otro tipo de intervención, quedando plasmado únicamente la voluntad de los cónyuges, siendo los menores en este caso, objetos del convenio y no sujetos del mismo.

Cuadro No. 12

Pregunta: ¿Cree usted que el principio de interés superior del niño debe estar inmerso en la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, respecto a la intervención del juez, para su eficaz aplicación?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Análisis: En el caso de esta pregunta, el 100% de las respuestas coinciden en cuanto a la necesidad de realizar una revisión para la posterior reforma de las normas que regulan el divorcio voluntario, pues de esa manera se le dará mayor participación al juez, en aras de velar por el bienestar de los menores.

Pregunta: ¿Considera que el auto de aprobación de las bases de divorcio, es congruente con la realidad, respecto a los intereses de menores?

Respuesta	Cantidad
No	14
Si	06
Total:	20

Análisis: Se puede constatar a través del 70% de las respuestas dadas que actualmente el auto de aprobación de las bases por divorcio voluntario no es congruente con la realidad con respecto a los intereses de los menores, pues la ley no obliga al juez a que vaya más allá, limita su participación, no se toma en cuenta las necesidades de los menores.

Cuadro No. 14

Pregunta: ¿Considera que dicha normativa debe adecuarse a través de su reforma?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Análisis: Según la respuesta del 100% de los entrevistados, es de suma importancia dar cumplimiento a la Convención ratificada por el Estado de Guatemala, revisando la normativa legal aplicable al divorcio voluntario y realizar la reforma incluyendo en ella el principio de interés superior del niño.

Cuadro No. 15

Pregunta: ¿Cree usted que en la actualidad, existe una intervención directa del juez en los procesos voluntarios de divorcio?

Respuesta	Cantidad
No	15
Si	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, julio 2005.

Análisis: El 75% de los entrevistados opina que los jueces de familia no intervienen directamente en los juicios por divorcio voluntario, pues la propia ley otorga a los cónyuges la capacidad de decidir voluntariamente las bases del divorcio.

CONCLUSIONES

1. La familia constituye el núcleo básico de la sociedad, por lo tanto, es de suma importancia su integración para el Estado.
2. El Derecho de familia nace por la necesidad que existan mecanismos legales para regular y resolver los conflictos que surgen entre los miembros de un grupo familiar.
3. El Derecho de familia se conforma por un conjunto de normas jurídicas, principio, leyes, categorías, y doctrinas que regulan una rama del derecho con características muy particulares pues pertenece al Derecho Privado con signos coincidentes del Derecho Público.
4. El matrimonio es una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia. En base al matrimonio surgen modificaciones al estado civil de la persona.
5. El divorcio o la separación pueden ser tramitados por las partes, en dos vías, una voluntaria y una ordinaria. En la vía no contenciosa existe la falta de aplicación del principio de interés superior del niño.
6. En el divorcio voluntario, no existe una intervención directa del juez, como sucede en el caso del ordinario, razón por la que amerita su estudio y adecuación a la realidad concreta.
7. El Principio de interés superior del niño se encuentra establecido en el Artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a pesar que la misma fue ratificada por el Estado de Guatemala aún no se incluye ni es aplicada en los convenios por divorcio voluntario.

8. El auto de aprobación de las bases de divorcio es la decisión del juez en la que se determina que las condiciones establecidas por los cónyuges respecto al divorcio por mutuo acuerdo se adaptan a la norma legal previamente establecida, en cuanto a la guarda y custodia, alimentos, bienes, etc., pero en el caso de los menores, al juez no le consta que efectivamente los hijos estén de acuerdo con la decisión de sus padres, por lo que esa normativa no se ajusta al principio del interés superior del niño, debido a que no se le da participación a los menores para conocer su propia opinión respecto a los acuerdos de los cónyuges.

RECOMENDACIONES

- 1.- El Estado de Guatemala, dé cumplimiento efectivo a las obligaciones contraídas al momento de aceptar, aprobar y ratificar la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, pues como Estado Parte se comprometió a adoptar las medidas administrativas, legislativas y legales para dar cumplimiento a los derechos en favor de los menores, los cuales fueron reconocidos en la Convención.

- 2.- En base a la investigación desarrollada y a los resultados del trabajo de campo, se puede constatar que en el proceso voluntario de divorcio, se vulneran los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a favor de los menores que se encuentran inmersos dentro de este tipo de juicios, pues no se aplica el principio superior del niño. Esto debido a que no existe una intervención directa del juez, pues su función se limita a aprobar las bases del divorcio, en las que por tener el carácter de voluntario no existe la obligatoriedad del juzgador de tomar acciones discrecionales, como el hecho de verificar si los menores nacidos dentro del matrimonio están de acuerdo con el convenio suscrito entre sus padres. Razones por las que se considera de sumo interés que se proceda a la revisión de las normas que regulan el proceso voluntario de divorcio.

- 3.- Conforme a las circunstancias reales constatadas no sólo se debe realizar la revisión antes indicada, sino también su reforma, la cual inicialmente, se recomendaba específicamente en el Artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil, sin embargo, debe considerarse que la misma sea encaminada a todo el proceso voluntario de divorcio, en congruencia a la realidad nacional y con el Derecho Internacional, el cual en estos momentos ya es parte de la legislación interna con relación al derecho de menores.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I y II. Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Ed. Universitaria, 1981.

ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Soc. Anon. Editores, 1956.

ÁLVAREZ MORALES, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Guatemala, Escuela de Trabajo Social Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.

BARRIOS CASTILLO, Óscar. **El juez de familia**. Guatemala: Imprenta Zeta, 1970.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Buenos Aires, Argentina Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. Madrid, Ed. Reus, 1976.

DE CASSO Y ROMERO, Ignacio. **Diccionario de derecho privado**. Barcelona: Ed. Labor, S.A,1954.

GORDILLO GALINDO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala: Impresos Praxis, (s.f)

MIZRAHÍ, Mauricio Luis. **Derecho de Familia**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** España: Ed. Arazandi, 1974.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil.** México: Ed. Porrúa, S.A. 1978.

RUIZ CASTILLO, Crista. **Teoría general del proceso.** Guatemala: Ed. Mayte, 1994.

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

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español.** Madrid: Ed. Talleres Tipográficos, 1975.

VARGAS ORTÍZ, Ana María. **Breve comentario sobre el decreto ley 106.** Guatemala: (s.e) (s.f.)

ZANONNI, Eduardo A. **Derecho civil.** Buenos Aires: Ed. Astrea, 1993.

Legislación

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

Convención internacional sobre los derechos del niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

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

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

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

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

Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la
República de Guatemala, Decreto número 97-96, 1996.

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