

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

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO CIVIL
GUATEMALTECO, POR CONSIDERARSE NECESARIA LA OPINIÒN DEL MENOR
DE EDAD PARA QUE EL JUEZ MOTIVE MEJOR SUS RESOLUCIONES
JUDICIALES

HORTENSIA ETELVINA GRAMAJO CATALÀN

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

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

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO CIVIL
GUATEMALTECO, POR CONSIDERARSE NECESARIA LA OPINIÒN DEL MENOR
DE EDAD PARA QUE EL JUEZ MOTIVE MEJOR SUS RESOLUCIONES
JUDICIALES

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HORTENSIA ETELVINA GRAMAJO CATALÀN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2006.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Yohana Carolina Granados Villatoro
Vocal: Licda. Rosa María Ramírez Soto
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ménfil Osberto Fuentes Pérez
Vocal: Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Secretario: Lic. Helder Ulises Gómez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala)



Guatemala, 20 de Agosto 2006



SEÑOR COORDINADOR DE LA UNIDAD DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



LICENCIADO MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN

Respetuosamente me dirijo a usted, para manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Coordinación, asesoré la Tesis de la bachiller HORTENSIA ETELVINA GRAMAJO CATALÁN, titulada "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO CIVIL, POR CONSIDERAR NECESARIA LA OPINIÓN DEL NIÑO (A) PARA QUE EL JUEZ DICTE SENTENCIA CON MEJOR FUNDAMENTO" y en cumplimiento de las facultades que me fueron otorgadas en la designación del cargo; sugerí a la postulante, un cambio en la denominación de su investigación, el cuál fue aceptado y redactado de la siguiente manera: "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, POR CONSIDERARSE NECESARIA LA OPINIÓN DEL MENOR DE EDAD PARA QUE EL JUEZ MOTIVE MEJOR SUS RESOLUCIONES JUDICIALES".

Dicho trabajo, cobra relevancia, hoy más que nunca, cuando el Constitucionalismo Iberoamericano le da relevancia a la protección social, económica y jurídica a la familia, así también con el fenómeno de la globalización cultural, la sociedad mundial se sensibiliza del rol del matrimonio, de la familia nuclear y plural en donde muchas veces el Derecho de Familia con su naturaleza dual, reestudia la guarda y custodia, los criterios para otorgarla y también, replantea a través de la Psicología postmoderna, tanto en Occidente como en Oriente, a la niñez, por lo que la presente tesis es valiosa y motiva a estudios posteriores que la complementen.

Por lo anteriormente expuesto, de conformidad con la normativa de nuestra bienamada Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, APRUEBO el precitado trabajo de investigación y por lo tanto el dictamen es favorable.

Deferentemente:


LIC. MANUEL ARTURO ESTRADA GRACIAS
Colegiado N° 4447

4ª Calle 14-45, zona 3 Mixco, Colonia Nueva Montserrat
Teléfono: 24327004



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de septiembre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (la) **LICENCIADO (A) OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (la) estudiante **HORTENSIA ETELVINA GRAMAJO CATALÁN**, Intitulado: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, POR CONSIDERARSE NECESARIA LA OPINIÓN DEL MENOR DE EDAD PARA QUE EL JUEZ MOTIVE MEJOR SUS RESOLUCIONES JUDICIALES"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

BUFETE POPULAR CENTRAL

Guatemala, 8 de Septiembre de 2006



Señor:

Coordinador de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado MARCO TULIO CASTILLO LUTIN:

Atentamente me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Coordinación, procedí a la revisión de la Tesis presentado por la bachiller **HORTENSIA ETELVINA GRAMAJO CATALÁN**, titulada **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO (256) DEL CÓDIGO CIVIL, POR CONSIDERAR NECESARIA LA OPINIÓN DEL NIÑO (A) PARA QUE EL JUEZ DICTE SENTENCIA CON MEJOR FUNDAMENTO"**.

En base a las facultades que me fueron conferidas en la designación del cargo; propuse a la postulante, una ampliación en la denominación de su investigación, el cuál fue aceptado y redactado de la siguiente manera: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS (256) DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, POR CONSIDERARSE NECESARIA LA OPINIÓN DEL MENOR DE EDAD PARA QUE EL JUEZ MOTIVE MEJOR SUS RESOLUCIONES JUDICIALES"**.

El trabajo en mención es un valioso aporte para el Derecho de Familia guatemalteco, esperando que los Organismos, Legislativos y Judicial y el Ministerio de Educación atiendan las recomendaciones puntuales, que se les hacen, tesis de valioso contenido para juristas y estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y una excelente motivación para ampliar el tema.

Por lo anteriormente expuesto, de conformidad con la normativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, APRUEBO la presente tesis y por lo tanto el dictamen le considero de manera favorable.

Deferentemente:

LIC. OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ

Colegiado N° 3805

Lic. OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HORTENSIA ETELVINA GRAMAJO CATALÁN, Intitulado "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, POR CONSIDERARSE NECESARIA LA OPINIÓN DEL MENOR DE EDAD PARA QUE EL JUEZ MOTIVE MEJOR SUS RESOLUCIONES JUDICIALES" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/silh



DEDICATORIA

- A DIOS, SER SUPERIOR: Que en su infinita bondad me ha dado los talentos de la sabiduría e inteligencia, para llegar a graduarme.
- A LA SANTÍSIMA VIRGEN MARÍA: Por su abnegado amor, dulce compañía e intercesión ante su hijo amado.
- A MI PADRE: Juan Antonio Gramajo Hernández, me dejó muy fortalecida la idea, que puedo llegar a alcanzar mis metas.
- A MI MADRE: María Enma Catalán Juárez, por sus grandes sacrificios y afanes para que, llegara a ser una profesional en la vida.
- A MI HIJO: Jorge Fernando Fuentes Gramajo, por ser el más grande regalo que Dios me dio.
- A MIS HERMANOS (AS): Julio César y Juan Antonio, flores sobre sus tumbas. Miriam, Cristina, Veletza, Nora, por su fraternal afecto.
- A MI CUÑADO: Carlos ottoniel Arriola De León, descanse en paz.
- A MIS SOBRINOS: Antonio, por su incondicional apoyo; amorosa ternura, Elizabeth, José Luis, Vanessa, Thrisha, Steven, Johan, Carla, Virginia, por su afecto.
- A TODA MI FAMILIA: Por su afecto y comprensión.
- A MIS AMIGAS (OS): Por su cariño y solidaridad.
- AL PUEBLO DE GUATEMALA: Inmensa gratitud y respeto.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS: Infinitas gracias.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES: Gracias por nutrirme con sus enseñanzas.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Marco jurídico	5
1.3. Contenido.....	5
1.4. Características fundamentales.....	6
1.5. Principios fundamentales.....	7
1.5.1. De oficiosidad o imperativo.....	7
1.5.2. De concentración.....	8
1.5.3. De celeridad.....	8
1.5.4. De intermediación.....	9
1.5.5. De preclusión.....	9
1.5.6. De eventualidad.....	9
1.5.7. De adquisición procesal.....	10
1.5.8. De igualdad.....	10
1.5.9. De economía procesal.....	11
1.5.10. De publicidad.....	11
1.5.11. De probidad.....	11
1.5.12. De escritura.....	11

CAPÍTULO II

2. Legislación aplicable al derecho de familia.....	13
2.1 Marco jurídico del derecho de familia.....	13
2.1.1. La Constitución Política de la República de Guatemala.....	13
2.1.2. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	16
2.1.3. Legislación sustantiva.....	16

	Pág.
2.1.4. Legislación procesal.....	19
2.1.5. Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206.....	20
2.1.5.1. Procesos que se tramitan en los tribunales de familia.....	20
2.1.5.2. Conocimiento de la jurisdicción de los tribunales de familia	20
2.1.6. Violencia intrafamiliar.....	22
2.1.7. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	22
2.1.8. Convención sobre los Derechos del Niño.....	22

CAPÍTULO III

3. Las instituciones del derecho de familia en la legislación nacional y en la doctrina.....	23
3.1. Patria potestad.....	23
3.1.1. Pueblos antiguos.....	24
3.1.2. Época medieval.....	24
3.1.3. Tiempos modernos.....	25
3.1.4. Definición.....	26
3.1.5. Naturaleza jurídica.....	26
3.1.6. Elementos personales.....	27
3.1.7. Contenido.....	27
3.1.8. Deberes y facultades de los padres.....	28
3.1.9. Deberes y derechos de los hijos.....	30
3.1.10. Características.....	31
3.2. Guarda y custodia.....	32
3.2.1. Breves consideraciones.....	32
3.3. Custodia.....	33
3.3.1. Definición de custodia.....	34
3.3.2. Elementos personales de la guarda y custodia.....	34
3.3.3. Objeto de la guarda y custodia.....	34
3.3.4. Contenido de la guarda y custodia.....	34
3.3.5. Circunstancias en las que se presenta la guarda y custodia.....	35

3.3.6. La guarda y custodia en el derecho guatemalteco.....	36
3.3.7. Definición de guarda y custodia.....	37
3.3.8. Relación con el ejercicio de la patria potestad.....	38

CAPÍTULO IV

4. El derecho de menores.....	41
4.1. Niño.....	41
4.2. Análisis de la legislación internacional aplicable.....	41
4.2.1. Instrumentos del derecho internacional de los derechos Humanos en derecho de la infancia.....	41
4.2.1.1. El interés superior del niño y del adolescente como principio del derecho de la infancia.....	42
4.2.1.2. Los derechos de los niños, niñas, conforme la convención sobre los derechos del niño.....	43
4.2.1.2.1. Dentro de sus principios se encuentran.....	43
4.2.1.2.2. División de la convención sobre los derechos del niño.....	43
4.2.1.2.3. Contenido de la convención de los derechos del niño.....	44
4.2.1.2.4. Los derechos a favor de los niños.....	46
4.2.1.2.5. Leyes y códigos de los países de centroamérica que regulan los derechos y deberes de la niñez y adolescencia.....	49

CAPÍTULO V

	Pag.
5. Necesidad de reformar parcialmente el Artículo 256 del Código Civil.....	51
5.1. Aspectos considerativos.....	51
5.2. Análisis del Artículo 256 del Código Civil Decreto Ley 106.....	52
5.3. Lo que sucede cuando existe pugna entre el padre y la madre.....	55
5.4. Necesidad de que se establezca la edad mínima para cumplir con preguntársele al niño, niña, con quien de los padres desea quedarse en caso de pugna entre ambos.....	56
CONCLUSIONES.....	59
RECOMENDACIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	63

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora por el interés que despertó en la autora el hecho de que, se ha evidenciado la deficiencia, ambigüedad o frialdad de algunas normas propias del derecho de familia, y la conveniencia y necesidad de hacer relación a los derechos de los niños, que se encuentran establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, suscrita por Guatemala el 26 de enero de 1990, y ratificada según Decreto Número 27-90 del Congreso de la República de Guatemala.

Es un instrumento principal, y el que debe regir para la adecuación y conformación del ordenamiento jurídico interno, en las normas que se relacionan con el derecho de familia que pudieran tener relación para ser aplicables.

La dificultad que presentan los jueces de familia en caso de conflicto entre el padre y la madre con respecto a la custodia de sus hijos, y la edad de éstos, en respuesta a lo que la citada convención establece en cuanto a que al menor debe preguntársele con quién de los padres desea vivir en caso de separación o divorcio. La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, el Código Civil y la Ley para la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, no establecen la edad mínima que debe tener el menor para escuchar su opinión; surgiendo, de los resultados del trabajo bibliográfico, documental y fáctico, la necesidad y conveniencia de reformar la norma relacionada, en el sentido de establecer una edad en el menor para que el juez dicte la resolución judicial con mejor fundamento, pudiendo auxiliarse de peritos o técnicos, tales como trabajadores sociales, médicos forenses, pedagogos, psicólogos o psiquiatras, si fuera el caso. El juez puede entrevistar o escuchar al niño o niña y preguntarle con quién de sus padres desea vivir, sin presionarlo, previa concientización de los padres, y que concretamente se establezca en la ley, para que la resolución judicial, respecto de la guarda y custodia del niño o niña, sea emitida tutelando el interés superior del niño.

En el desarrollo de la presente tesis quedó demostrada la siguiente hipótesis: “No existe norma jurídica que regule la edad mínima para que el juez solicite opinión a la niña o niño con quién de los padres quiere convivir en caso de pugna entre ellos.” Se usó el método analítico, para tratar los fenómenos de estudio como la institución de la familia, patria potestad, guarda y custodia, entre otros. Este método permitió analizar separadamente los fenómenos objeto de estudio. El método inductivo, partiendo de lo conocido, en este caso el Artículo doscientos cincuenta y seis (256) para llegar a concluir en la necesidad de su reforma; también se empleó el método deductivo. Se aplicaron las siguientes técnicas: Bibliográficas, documentales, Internet, ficheros de la información recopilada, la observación directa y entrevistas. Por la naturaleza del trabajo, se aplicaron las técnicas jurídicas para la interpretación de la legislación.

Esta tesis ha sido dividida para su exposición y comprensión en cinco capítulos: En el capítulo primero se hace un breve análisis del derecho de familia, antecedentes, concepto, contenido y características. En el capítulo segundo, se hace referencia a la legislación aplicable a derecho de familia de Guatemala. En el capítulo tercero, se describe y analiza lo relativo a la institución de la patria potestad, guarda y custodia y su relación con otras instituciones propias del derecho de familia. En el capítulo cuarto, se abordan los derechos del menor; el capítulo quinto, presenta el análisis de la normativa respecto a la viabilidad de reforma de la norma de mérito, en el sentido de que se incluya la edad del menor en la que el juez de familia debe preguntarle con quién de los padres desea vivir, en congruencia con las normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y la Constitución Política de la República de Guatemala.

Finalmente, se plantean las respectivas conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia

Antes que todo debe recordarse que el término familia, tal como lo afirma W.E., Vine, que dicha palabra se encuentra: “En los rollos del Mar Muerto y está presente en el hebreo de la MISHNAH y el hebreo moderno”¹

El ser humano nunca ha vivido solo, posee el instinto gregario, es un ser social, necesita comunicarse y coexistir con los demás. Inicialmente como ser racional, se unió a otros semejantes, formando un clan o una tribu, permaneciendo en esa organización colectiva por varios siglos, para defenderse de otras especies y satisfacer las necesidades que brinda la convivencia. El hombre realizaba tareas de casería y pesca y la mujer se dedicaba a los cultivos, labores del hogar y cuidados de la prole. No existía relación de pareja, prevalecía la promiscuidad. Posteriormente fueron formando pareja de un hombre y una mujer, en la misma tribu o de diferente; hasta llegar a integrar la familia monogámica. Su finalidad de vivir juntos, procrear y auxiliarse en las actividades de la vida, fueron motivo y consecuencia de la organización social.

La familia constituye el núcleo o base de la sociedad, de allí su importancia y la protección por parte del Estado de Guatemala a través de sus normas constitucionales y del ordenamiento jurídico ordinario y los convenios y tratados internacionales.

1.1. Definición

Antiguamente, se conceptuaba a la familia, como el conjunto de personas que convivían en un hogar; es decir, en una misma vivienda, habitada por padres, hijos, abuelos, tíos, primos, sobrinos, incluyendo hasta a los sirvientes, refiriéndose a lo que se conoce como familia en sentido extenso. Actualmente al definirla, se hace referencia en sentido estricto, conformada por padres e hijos, cuando estos contraen matrimonio, forman una nueva familia.

¹ Vine, W.E. **Diccionario expositivo**. Pág. 149.

Otra definición de familia, se refiere a un vínculo jurídico, basado en el parentesco, puesto que son los vínculos de sangre los determinantes y en el parentesco por adopción, el adoptado adquiere la situación jurídica de hijo, con todos los derechos y obligaciones; al respecto, Federico Puig Peña define a la familia como: “Institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes, para que presidida por los lazos de autoridad sublimada por el amor y el respeto se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”

La familia constituye la base sobre la que se organiza la sociedad y el derecho civil es el que básicamente regula el derecho de familia. Es criterio de algunos juristas o tratadistas que la relación familiar no debiera corresponder exclusivamente a la esfera del derecho, pero entrañando una relación jurídica de esposo a esposa, de padres a hijos y de parientes en general, ligados en razón de grado, esas coyunturas para que sean respetadas por los demás, se hace indispensable que sean sancionadas y controladas por un órgano regulador que es el derecho. El derecho civil regula principalmente a la familia, asigna derechos y obligaciones.

Sobre el tema otros tratadistas aportan su definición, se cita a los siguientes:

Sánchez Román, citado por el doctor Guillermo Cabanellas en el *Diccionario de derecho usual* dice que la familia es la “institución ética, natural, fundada en relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hayan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia, institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida de la especie humana”.

Messineo a que alude Diego Espín Cánovas, en su obra *derecho civil español* concibe a la familia como el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre si por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario”.²

² Espin Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, pág.. 145.

El jurista Manuel F. Chávez Asencio, en su obra *La familia en el derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, expresa: “Es el Conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”³

El derecho de familia “es la parte del Derecho que tiene por objeto la relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye el eje central la familia, el matrimonio y la filiación.”⁴

Es la rama del derecho civil, cuya normativa jurídica regula las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la familia entre sí y en relación a los terceros. El Derecho de familia comprende todo lo relativo a derechos y obligaciones en las relaciones familiares: alimentos, matrimonio, régimen económico matrimonial, filiación, relaciones paternas filiales, e instituciones tutelares. Al respecto escribe Manuel Ossorio, en su *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*: “Derecho de familia. Parte o rama del derecho civil relativa los derechos y deberes y. en general, a la institución fundamental que la familia (v.) constituye en toda sociedad.”

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 Cassio y Romero⁵ estima que, aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de mas proximidad con el derecho público y Crome a que alude Cassio y Romero en la obra mencionada, le da al derecho de familia otra orientación, considerándola como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general Nipperdey 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.

³ Chávez Asencio, Manuel F. *La familia en el derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, pág. 139

⁴ *Diccionario de derecho usual*. Pág. 245

⁵ Cassio y Romero. *Diccionario de derecho privado*. Pág. 434.

Existen otras orientaciones que examinan el derecho de familia, considerándolo como de estructura social y por ende lo sitúan en el derecho social propiamente dicho, para los sostenedores de esta tesis, entre otros Gierke, la familia pertenece a la regulación del derecho de los grupos sociales, como derecho intermedio entre el que disciplina al individuo y al Estado.

Existe otro enfoque doctrinario y teórico proporcionado por juristas y doctos en la materia, entre ellos Cicu, que sostienen la teoría de la diferenciación del derecho de familia, respecto del derecho publico y del derecho privado a juicio de Cicu antes de penetrar en el fondo de la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de familia, es preciso realizar una previa labor de reajustar los conceptos sobre los que se opera al tratar de diferenciar al derecho publico y el derecho privado. Pasa revista a las diversas posiciones doctrinales que, en torno a la distinción de referencia, se han sostenido por los autores y, fijando la atención en dos elementos capitales individuo y Estado, llega a la conclusión de que el primero considerado en el seno del segundo, solo puede ocupar una posición, la de dependencia.

Considero que para comprender la definición del derecho de familia, debe dividirse en derecho objetivo y derecho subjetivo. Derecho de familia objetivo, es el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares y el derecho de familia subjetivo, a las facultades que tienen los miembros de la familia para hacer efectivas las normas jurídicas respectivas conforme a sus intereses.

Desde el punto de vista objetivo se ha dividido el derecho de familia en derecho de familia puro o personal y derecho de familia patrimonial o sea en relación a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización familiar; y el segundo regula los vínculos patrimoniales, derivados de la relación familiar.

Para que exista este conjunto de normas reguladoras de los conflictos que pudiera surgir de las relaciones familiares, es necesaria la intervención del Estado a través del derecho, la creación de la ley y de las instituciones que se encarguen de

aplicarla. Y en relación al origen del derecho de familia, opino que es la rama del derecho civil que regula los derechos y obligaciones que nacen de una relación familiar; sin embargo, en la actualidad, conforme la doctrina moderna o reciente, se sugiere que el derecho de familia, sea una rama independiente.

Nuestra regulación jurídica ubica al derecho de familia dentro del derecho civil y por ende del derecho privado. Desde el punto de vista del derecho objetivo, el legislador ubica el tema en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y otras leyes del ordenamiento jurídico.

1.2. Marco jurídico

Acertadamente, el jurista Landelino Moreno, expresa que “Sobre la base de la familia se encuentra fundado el edificio social de los pueblos”⁶

La familia, en el campo del derecho, es una institución regulada por normas jurídicas que establecen derechos, obligaciones, supuestos, condiciones, aseveraciones imperativas que deben emplearse para la solución de un conflicto originado dentro de los integrantes de la misma, ligadas por razón de parentesco, por consanguinidad y afinidad, dentro de los grados que indica la ley. Estas circunstancias, para el derecho guatemalteco, va más allá de estos límites ya que por ejemplo la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, establece que los conflictos generados y relacionados con la violencia intrafamiliar, se le aplica al conviviente o la conviviente, ex conviviente, hijastros, madrastras, padrastros, cuñados, suegros, entre otros.

1.3. Contenido

El derecho de familia, por la característica especial de su contenido, regula relaciones en base a las siguientes instituciones familiares:

El matrimonio, institución creadora de la relación familiar conyugal determinando el estado de cónyuges y lo que se deriva de esta institución social.

⁶ Moreno, Landelino. **Filosofía del derecho**. Pág. 238

La filiación legítima crea la relación paterno filial y por ende el estado de hijo legítimo, sin embargo, existen conceptualizaciones referidas a los demás hijos, entre ellos los adoptivos. El adoptado adquiere la situación jurídica de hijo, con los derechos y obligaciones.

Las relaciones familiares que se acontecen con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad. Las relaciones cuasi familiares, denominadas así por la doctrina, en cuanto a la tutela.

La unión de hecho, institución moderna cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

Aspectos que se generan del matrimonio o de la unión de hecho relativos al divorcio y separación.

Guarda y custodia de los hijos, así también, la tutela, la adopción, el patrimonio familiar, entre otros.

1.4. Características fundamentales

Dentro de las características fundamentales del derecho de familia se encuentran las siguientes:

El matrimonio es una institución jurídica de carácter eminentemente social, es la célula, primogénita de la familia. La unión matrimonial como institución, hace posible el surgimiento de derechos y obligaciones que generalmente son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Regula aspectos económicos, principalmente de tipo material para la alimentación, educación, vestuario de los hijos, salud, vivienda y otros.

Tiene naturaleza especial, es decir, que para su conocimiento se requiere de cierta especialización de los jueces, por ejemplo, el hecho de que sean casados de preferencia, y de una edad determinada, tomando en consideración las relaciones y conflictos de carácter complejo que surgen entre los integrantes de un mismo grupo familiar.

Se reconoce constitucionalmente el derecho y protección a la familia, y las instituciones jurídicas que nacen de ella. Se encuentra contenido por una serie de instituciones, como el matrimonio, el divorcio, la unión de hecho, los alimentos, la violencia intrafamiliar entre otros.

1.5. Principios fundamentales

1.5.1. De oficiosidad o imperativo

Este principio determina que las actuaciones judiciales son impulsadas en su mayor parte por el juez, quien debe actuar de oficio al vencerse el plazo o el término de las diligencias que corresponden a determinado proceso. En el derecho de familia, se encuentran los procesos de conocimiento, el juicio oral. En el caso de los primeros, opera este principio de manera parcial. 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:

- a) 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.
- b) La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte, conforme lo establece el Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- c) El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que las partes tienen la obligación de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Ahora bien, en los procesos de familia de carácter oral, cambian las circunstancias, porque es impulsado de oficio y aunque las partes son las que deben presentar sus respectivos medios de prueba, también existe la facultad del juez, en un auto para mejor fallar, incorporar alguna diligencia o prueba que sea necesaria para fallar de conformidad con la ley.

1.5.2. 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.

1.5.3. De celeridad

Este principio se refiere a la rapidez, a la prontitud, y ello, pretende que el proceso no sólo 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 castigará 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, para el efecto de su calificación".

1.5.4. 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, la valoración de la prueba recibida en las mismas, etc. Este principio se fundamenta en lo que establece el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil que indica: "...El juez presidirá todas las diligencias de prueba. Se encuentra regulado en el Arto. 68 de la Ley del Organismo Judicial, indica: Los jueces

recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba; indica además 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.

1.5.5. De preclusión

Una vez pasada por una etapa procesal ya no puede regresarse a la misma, esa etapa queda precluida, concluida, y no puede retrocederse. El Artículo 108 del Código Procesal Civil y Mercantil indica que existe imposibilidad de admitir, con posterioridad, documentos que no se acompañen con la demanda, salvo impedimento justificativo.

1.5.6. De eventualidad

El licenciado Mario Aguirre Godoy, citando al tratadista Hugo Alsina indica: “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 trámites, impidiendo regresiones en el proceso y evitando la multiplicidad de juicios”.⁷

1.5.7. De adquisición procesal

La prueba aportada al proceso, es para el mismo, y no para la parte que la proporcionó; porque puede ser propuesta y diligenciada por una parte, ser el fundamento para resolver el proceso y no precisamente favoreciendo a la parte que la propuso. El Art. 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 título 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 testimonio. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el

⁷ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho Procesal civil**. Pág. 203

documento y sean claramente 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 probará en su contra”.

1.5.8. De igualdad

Este principio se relaciona con los principios de contradicción, debido proceso y legítima defensa, 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.

En el derecho de familia, le corresponde al juez, intervenir en protección de la parte más débil de las relaciones familiares, sin embargo, debe respetarse que ambas partes tanto la más débil como la otra parte, tienen los mismos derechos de acudir y de pedir al juez lo que corresponda según sus pretensiones.

1.5.9. De economía procesal

¹ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil** Pág.. 203

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

1.5.10. De publicidad

Este principio se refiere al carácter público de las actuaciones judiciales. El Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial establece: “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”.

1.5.11. De probidad

Actitud del juez y 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 recíproco.

1.5.12. De escritura

Prevalece principalmente en el proceso civil y de familia, porque todas las actuaciones son rogadas y actuadas de oficio, pero con preeminencia de la forma escrita, al contrario de como sucede con el juicio oral, que la escritura es parcial, y debe imperar la oralidad. Y tomando en consideración que en el proceso de familia, una parte de éstos, se rigen por normas formales del derecho civil, como los procesos de conocimiento, en el caso de los ordinarios, sino también otro tipo de juicios, como el de los alimentos, que rige por el juicio oral y difiere la forma de resolver y de solicitar.

CAPÍTULO II

2. Legislación aplicable al derecho de familia

La legislación guatemalteca ha tutelado a la familia constitucionalmente, puede comprobarse en las cuatro Constituciones Políticas de la República de Guatemala, promulgadas en el siglo XX, siendo ellas la de 1945, 1956, 1965 y la vigente a partir del catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, que en derechos sociales, instituye la protección a la familia: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”⁸

La referida sección constitucional, instituye sobre la unión de hecho, matrimonio, igualdad de los hijos, protección a menores maternidad, adopción, obligación de proporcionar alimentos y acciones contra causas de desintegración familiar.

Nuestra regulación jurídica ubica al derecho de familia dentro del derecho civil y por ende del derecho privado. Desde el punto de vista del derecho objetivo, el legislador sitúa el tema en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y otras leyes del ordenamiento jurídico.

2.1. Marco jurídico del derecho de familia

2.1. 1. La Constitución Política de la República de Guatemala

Es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, la familia tiene importancia como centro o núcleo de la sociedad política y jurídicamente organizada. La familia juega un papel muy importante, no sólo en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

⁸ Artículo 47 **Constitución Política de la República de Guatemala**. Pág. 20.

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

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

La Constitución Política de la República, contiene una serie de normas supremas que desglosan en cuerpos legales normas de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmada la preeminencia del Derecho internacional fundamentalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Carta Magna reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, el Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz..”⁹

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución que tienen relación con el derecho de familia y el derecho de los niños, se encuentran: Derecho a la vida: Según el artículo 3 que establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

- Derecho de petición: Artículo 28 “Los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que esta obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.

⁹ Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1986

La madre o el padre de familia, tienen el derecho de pedir al titular del órgano jurisdiccional le sea adjudicada la guarda y custodia de su hija, hijo; dicha autoridad está obligada a tramitar y resolver conforme a derecho.

- Libertad de religión: Artículo 36, establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición. Permite a los padres de familia, la libertad de enseñar, aconsejar o educar a sus hijos en una religión, sin más límite que el orden público y el respeto debido a los fieles de otros credos. La práctica religiosa favorece que el niño, niña adquiera valores que conllevan a la convivencia pacífica en la sociedad.
- Derechos inherentes a la persona humana. Regula que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.
- El Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional fundamentalmente del derecho Internacional de los derechos humanos; los tratados y convenciones que suscribe y ratifica Guatemala tienen primacía sobre el derecho interno. Éste es el fundamento jurídico que permitió a Guatemala, suscribir la Convención Sobre los Derechos del Niño, la que pasó a formar parte del derecho objetivo interno.
 - a. Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, el artículo 47 indica: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”
 - b. Dentro de los derechos sociales se regula: lo relativo a la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, acciones contra causas de desintegración familiar. Todo lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos 48 a 56 de la Constitución.

c. Derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia.

2.1.2. Declaración universal de derechos humanos

Protege a la persona otorgándole a ella y a la familia, el derecho a un mejor nivel de vida que le asegure, la salud, el bienestar y las condiciones esenciales para la existencia.

Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, sí pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social.

2.1.3. Legislación sustantiva

El Código Civil, Decreto Ley 106, emitido por el coronel Enrique Peralta Azurdia, en esa época Jefe de Gobierno, vigente a partir del primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro; incluye las principales normas del derecho de familia.

El proyecto del código en referencia fue elaborado por el licenciado Federico Ojeda Salazar, distinguido exdocente de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Refiriéndome al Código Civil, debo mencionar que contiene en el libro primero, lo relacionado a la familia; inicia en el Título I, con las personas, en el Título II se encuentra lo relativo a la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los siguientes asuntos: El matrimonio, la separación, el divorcio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, alimentos entre parientes, la tutela, el patrimonio familiar y el registro civil. El patrimonio familiar, no obstante ser un derecho real, se agregó a la parte que se relaciona con la familia porque está instituido en beneficio de ella.

1. Matrimonio, etimológicamente significa carga, gravamen o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y minium, carga o cuidado de la madre mas que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio”.¹⁰

Regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos, del Artículo 78 al 172 del Código Civil.

2. Separación conyugal: Esta situación se presenta cuando los casados por abandono del hogar de una de las partes, mutuo consentimiento o resolución judicial, rompen la convivencia matrimonial, esta institución modifica el matrimonio pero no lo disuelve.
3. Divorcio: Es la disolución del vínculo matrimonial, por sentencia de juez competente.
4. Unión de hecho: Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por mas de tres años y que tienen los mismos efectos jurídicos sociales que el matrimonio, cuando procede declarar, el cese de la misma, entre otros. Se regula de los Artículos 178 al 189 del Código Civil.
5. Parentesco: Se entiende como el vínculo que liga a una persona con otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco (consanguíneo) por alianza (afinidad) o voluntad (adopción). Se regula en el Artículo 190 a 198 del Código Civil.
6. Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial: Se encuentra regulado del Artículo 199 al 227 del Código Civil.

¹⁰ Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 213

7. Adopción: Tal como lo indica el artículo 228 del Código Civil, la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”. Se encuentra establecido en el Código Civil del Artículo 228 al 251.
8. Patria potestad: Se entiende como el conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos, se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.
9. Los alimentos: Tal como lo establece el Artículo 278 La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia medica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. Se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.
10. Tutela: Es una institución que forma parte del derecho de familia creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.
11. Patrimonio familiar: Como lo establece el Artículo 352 del Código Civil es la institución jurídico social por la cual se destina uno o mas bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia. Se regula del Artículo 352 al 368 del Código Civil.

Se introdujeron preceptos dentro de la paternidad, filiación y patria potestad, en beneficio de los miembros de la familia.

Las normas que regulan las relaciones de familia en el Código Civil, descansan en los principios siguientes: 1- igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges; 2- defensa y protección a la madre casada o soltera; 3- protección del niño procreado dentro o fuera del matrimonio; 4- fortalecimiento de la vida matrimonial; 5- patrimonio inembargable para su protección (aunque perdió la garantía que se refiere a que cada cónyuge puede disponer de los bienes que estén a su nombre).

2.1.4. Legislación procesal

El Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, emitido por el coronel Enrique Peralta Azurdia, vigente a partir del primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, derogando el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil.

El proyecto del Código vigente fue elaborado por los juristas doctor Mario Aguirre Godoy , licenciado José Morales Dardón y Carlos Enrique Peralta Méndez, por encargo de quien fungía como Presidente Constitucional de la República, general e ingeniero Miguel Idígoras Fuentes: El Código en mención fue decretado, estando en el poder, como Jefe de Estado, de gobierno de facto, el coronel Enrique Peralta Azurdia, quien reconoció la necesidad de emitir un nuevo Código Procesal Civil, aprovechando el proyecto que en esa época existía

El Código Procesal Civil y Mercantil vigente contempla entre sus procedimientos, algunos que son especialmente para asuntos relacionados con el derecho de familia, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el código civil y en relación al ramo del derecho de familia conoce de:

Juicio ordinario: entre ellos puedo mencionar: i. El juicio oral para los casos que señala la Ley de tribunales de familia y el mismo Código asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía –alimentos, patria potestad- ii. El Juicio Ordinario para los asuntos relacionados con la familia, que no tienen señalada tramitación especial e impliquen contención; ejemplo el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio; iii. La Jurisdicción Voluntaria para los casos especificados en el mismo código en los que no hay contención –Separación y Divorcio por mutuo acuerdo- y iv. Los procedimientos especiales especificados en general dentro del código y de aplicación supletoria según lo dispone la Ley de tribunales de familia.

En el derecho de familia se aplican supletoriamente los procedimientos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, por que la Ley de Tribunales de Familia no los regula y en consonancia con el Artículo 20 de esta ley que preceptúa:

“Son aplicables supletoriamente a la organización, funcionamiento y procedimiento de los tribunales de familia, en cuanto no contraríen lo dispuesto en esta ley.”

Juicio ejecutivo en la vía de apremio: En el derecho de familia, se puede citar lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

2.1.5. Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206

La base jurídica de la familia es el matrimonio y la complejidad que ello representa dentro de la sociedad, hace posible que la legislación tenga un carácter privativo, para ello, a quienes corresponde conocer de los asuntos familiares, es a los jueces especiales en jurisdicción privativa de asuntos de familia y se rige, por la Ley de Tribunales de Familia, surgen ambos por la importancia que cobró el Primer Congreso Jurídico guatemalteco celebrado para analizar la problemática que existía al no encontrarse separada la competencia de los jueces para conocer asuntos de familia; ya que se conocían juntamente con los asuntos civiles.

2.1.5.1. Procesos que se tramitan en los tribunales de familia

Juicio ordinario, juicio oral, ejecutivo, ejecutivo en la vía de apremio, ejecutivo común, providencias cautelares, diligencias voluntarias, asuntos de violencia intrafamiliar, entre otros.

2.1.5.2. Conocimiento de la jurisdicción de los tribunales de familia:

Los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionada con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad de matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar. Además de los que se ampliaron con la Circular de la Corte Suprema de Justicia No. 42 / AH que se encuentra también incluida dentro de la ley referida, se agregan los siguientes: Modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio o autorización judicial para contraer matrimonio; insubsistencia del matrimonio; controversias relativas al régimen

económico del matrimonio; diligencias de asistencia judicial gratuita para litigar en asuntos de familia; recepción de pruebas anticipadas, tendientes a preparar un juicio de índole familiar; declaratoria de jactancia cuando tenga relación con un asunto de familia; ejecuciones en vía de apremio o en juicio ejecutivo, según el título, cuando sean de un asunto familiar; voluntarios de asuntos que tengan relación con la familia; disposiciones relativas a la administración de bienes de menores; medidas de garantía en asuntos de familia; tercerías cuando sea interpuestas en un caso de familia; consignaciones de pensiones alimenticias.

Es la ley específica que regula todo lo relativo al derecho de familia y como ya ha quedado indicado con anterioridad, surge con el propósito de tratar de manera especial y privativa las controversias que se suscitan derivadas de las relaciones familiares. Tal como lo indica el Artículo tres de la ley, se encuentran constituidos los tribunales de familia, de la siguiente forma: Los Juzgados de Familia que conocen de los asuntos de primera instancia; y por las Salas de Apelaciones de familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.

Como un tercer órgano jurisdiccional que conoce de asuntos de familia, lo representan los Juzgados de Paz, en los municipios donde no haya tribunal de familia ni Juez de Primera Instancia de lo Civil, los jueces de paz conocerán en primera instancia de los asuntos de familia de menor o ínfima cuantía, salvo que los interesados acudan directamente a aquéllos. De lo anterior, se resume indicando que los jueces de paz, únicamente se encuentran facultados para conocer de los juicios de alimentos y ejecuciones en materia de alimentos, pues en cuanto a esto último, se constituye la posibilidad de atender asuntos de mayor o menor o ínfima cuantía.

2.1.6. Violencia Intrafamiliar

Dentro de la actividad judicial, se encuentra recibir denuncias o tramitar las que se hubieren recibido en otras instituciones señaladas por la ley, dentro de ellas, la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público, la Procuraduría de los Derechos Humanos.

La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, faculta al juez para tomar medidas cautelares o preventivas, como fijar provisionalmente una pensión alimenticia, que si bien es cierto, en muchos casos no se utiliza por los jueces, aduciendo que tiene su procedimiento específico en la ley, lo cual podría estar errado, si se toma en consideración la naturaleza de la medida precautoria o preventiva, pero que en todo caso, tiene una duración de seis meses, aunque sea prorrogable. Se dictan medidas de protección especialmente a favor de la persona que se encuentra sufriendo de violencia intrafamiliar, puede auxiliarse a través de la Policía Nacional Civil para hacer efectiva la misma.

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

Esta ley sustantiva y adjetiva vela por la aplicación y defensa de los derechos humanos de la niñez y adolescentes, la cual derogó el Código de Menores y surge en respuesta de la suscripción y ratificación que Guatemala hizo de la Convención Sobre Derechos del Niño en mil novecientos noventa.

2.1.8. Convención sobre Derechos del Niño

Esta convención de carácter internacional, ha sido ratificada por casi la totalidad de los países civilizados. Promueve el conocimiento y respeto de los derechos humanos de la niñez. En mi opinión el que más sobresale es **el interés primordial del niño.**

CAPÍTULO III

3. Las instituciones del derecho de familia en la legislación nacional y en la doctrina

Antes de que se aborden las instituciones del derecho de familia las cuales son objeto de estudio en la doctrina, es importante recordar que las mismas están relacionadas contextualmente en el devenir histórico y que las mismas son producto del tiempo y del espacio y entre dichas instituciones tenemos: El matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la filiación, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela y el patrimonio familiar.

3.1. Patria potestad

- Antecedentes

Esta institución conocida en el derecho romano ha experimentado una evolución favorable en el interno de la familia, pasando desde la concepción de un padre de familia que poseía un poder pleno, despótico y absoluto, dueño y señor de la vida de los miembros de su familia, quien disponía desde los bienes hasta de vender y dar muerte a sus hijos.

Con el devenir del tiempo esta institución ha adquirido otras características congruentes al respeto de los derechos humanos, donde el hijo deja de considerarse una cosa para convertirse en el ser amorosamente cuidado y educado tanto por el padre como por la madre; llegando el Estado ha reconocer y fortalecer esta institución a favor de la familia. Desaparece el pater familias, investido de absoluta tiranía, dueño y señor de su casa para llegar a nuestros días el padre de familia que comparte responsabilidad con la madre para criar y educar a sus hijos, para el bienestar de la familia. El Estado faculta a los padres la autoridad sobre las personas y bienes de sus hijos para protección y beneficio de estos.

3.1.1. Pueblos antiguos

Los pueblos primitivos del oriente medio, Roma y Grecia, la patria potestad se le considera como un poder absoluto del padre sobre los hijos, adquiriendo facultades arbitrarias hasta inhumanas, regulada en el derecho romano, para el que la familia significó fuente de derechos civiles y políticos; dándole autoridad absoluta al pater familias, llegando a hacer el dueño y señor de sus hijos y sus bienes. La palabra “pater” que se le designa en griego, latín y sánscrito, da la idea de poder que el padre ejercía en la familia. La patria potestad duraba tanto como la vida del padre.

El derecho antiguo otorgaba a los padres sobre los hijos, entre otras, las siguientes facultades:

- a- El derecho de reconocer o rechazar al hijo al nacer.
- b- El derecho de castigarlos hasta con la pena de muerte.
- c- El de venderlos, el cual queda restringido posteriormente.
- d- El de abandonarlos, una ley restringió esta facultad pero no hubo sanción positiva

hasta los tiempos de Valentiniano.

Estas facultades que ejercía el padre sobre los hijos alcanzaba a la madre.

3.1.2. Época medieval

El significado absoluto y despótico de la patria potestad es disminuido, ya no es la institución que debe mantener la unidad familiar para fines políticos sino reglamenta los derechos y deberes en beneficio de los hijos, ya no se beneficia exclusivamente al pater familias, tiene por principio la igualdad de derechos entre hombre y mujer; la patria potestad adquiere un carácter más humano, donde la función del padre es proteger a la prole. La influencia del derecho germánico terminó la sustitución del poder vitalicio que antes tenía la patria potestad por un criterio meramente temporal de la misma. Aquí ya tiene participación la mujer en el ejercicio de la patria potestad.

3.1.3. Tiempos modernos

En la antigüedad las ideas religiosas influyeron en la constitución del poder del padre. Representaba la continuación de sus antepasados, el guardador de las fórmulas sagradas. Tenía poder absoluto e ilimitado, se le atribuía el concepto de sacerdote y juez de familia, regulando y decidiendo todo lo que tiene relación con los hijos y con la cónyuge. Con el cristianismo se introdujeron en el derecho romano sentimientos de piedad y fue transformándose el poder absoluto del padre con restricciones. El cristianismo introduce una nueva concepción de la familia, ya no se centra en el poder del padre sino en el matrimonio como sacramento.

Actualmente la patria potestad, ha superado la concepción romana en la que se concibió como el derecho que el padre poseía contrario al sublime sentimiento que implica la paternidad.

En el derecho romano, la mujer estaba excluida del ejercicio de la patria potestad; actualmente en la mayoría de los países civilizados, la madre comparte la responsabilidad que representa el ejercicio de la patria potestad con el marido.

Varios tratadistas argumentan que ha sufrido cambios, porque no hay potestad, no hay poder, sino función; no como complejo de facultades, sino suma de deberes; no hay señorío, como decían las antiguas leyes, sino una misión sagrada a cumplir para bien de los hijos. La desaparición de la potestad correctiva, queda reducida a su más mínima expresión y sólo en los límites que reclama la educación.

Modernamente algunos autores señalan la inadecuación del vocablo compuesto **patria potestad**, porque **potestad** implica la idea de poder, y actualmente representa protección, entendiéndose como la obligación del padre de velar por las necesidades del hijo, así como asistencia y representarlos y cuidar de su patrimonio.

3.1.4. Definición

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

“Es un complejo de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos”¹¹

”Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período.”¹²

“La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.”¹³

En mi opinión la patria potestad es la institución jurídica, que implica un conjunto de derechos y obligaciones como resultado de la filiación que existe entre padres e hijos menores de edad o mayores de edad declarados en estado de interdicción, la ejercen los padres a través de la protección, dirección, asistencia de los hijos sometidos a ella, así como la representación legal de los mismos y la administración de sus bienes.

3.1.5 Naturaleza jurídica

La patria potestad, ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el derecho romano primitivo, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.

¹¹ Valverde y Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 493.

¹² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 554.

¹³ Artículo 254. **Código civil**. pág. 56

3.1.6. Elementos personales

Para definir los elementos personales de esta institución, considero necesario referirme al Artículo 252 del Código Civil, que estipula lo siguiente: En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.” Esta norma señala los dos elementos personales de la institución estudiada siendo ellos los siguientes:

- Padres;
- Hijos menores de edad, sean o no de matrimonio y los hijos mayores de edad declarados en estado de interdicción.

3.1.7. Contenido

En nuestra legislación, el contenido de la patria potestad lo encontramos en los Artículos 253 y 254, que establecen la protección de los menores. En el primer artículo en mención se hace referencia a las obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos así como la responsabilidad en que pueden incurrir al no cumplir con ellas; en el segundo, se hace mención a la representación legal, y a la administración de los bienes. Los dos artículos encierran el contenido de la patria potestad: Obligaciones de los padres, (éstas se refieren a la obligación que tienen los padres de cuidar, alimentar, educar y proteger a los hijos que están sujetos a la patria potestad), representación legal del hijo menor de edad y del hijo mayor de edad declarado en estado de interdicción y la administración de sus bienes.

Asimismo, encontramos en nuestra legislación procesal, específicamente en el Código Procesal Civil y mercantil, en los artículos que citaré a continuación: Arto. 425, tercer párrafo, que establece el modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio (**Dispensa Judicial**), otorga el derecho a los padres para emitir opinión en torno a la autorización del matrimonio de los hijos menores de edad. De la misma forma este cuerpo legal da respuesta al problema: A quien confiar los hijos menores de

edad, cuando se está tramitando proceso de divorcio o de separación; al respecto el Art. 427 regula: "...el juez 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 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."

Podemos observar que esta norma otorga el derecho a los padres de poder relacionarse con sus hijos, cuando por acuerdo de los padres o resolución judicial no vivieren juntos, por ejemplo en los casos de divorcio, separación, madres solteras, entre otros. Este derecho de relación familiar, se ventila en proceso oral, a efecto de reivindicar a los padres en el derecho natural.

3.1.8. Deberes y facultades de los padres:

A los padres en ejercicio de la patria potestad corresponden los siguientes deberes y derechos:

- Velar por los hijos
- Alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral
- Tenerlos en su compañía

- Corregirlos moderada y razonablemente. El derecho de los padres de corregir a sus hijos menores de edad, debe ser ejercido con moderación debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores.
- Ayudarles en la elección de la profesión, proporcionándoles la orientación indispensable para que ellos lo hagan.
- Representarlos legalmente en todos los actos de la vida civil

Los menores de edad carecen de capacidad para actuar en la vida jurídica, por lo que deberán ser representados por sus padres; por consiguiente, pueden estos estar en juicio por ellos como actores o demandados.

- Aprovechar sus servicios propios de la edad y condición.

Trabajo de los hijos menores. Los padres no pueden exigir al hijo menor que desarrolle una actividad laboral en su beneficio, pero sí la colaboración propia de su edad, sin por ello tener que remunerarlo

- Administrar los bienes de los hijos.

Los padres en ejercicio de la patria potestad tienen el deber de administrar los bienes de los hijos; así lo regula el Art. 254 del Código Civil, en su parte conducente: "... administrar sus bienes..." Esta administración no queda al libre arbitrio de los padres sino sujeta a la ley civil, cuando establece: 1- Prohibición de enajenar bienes de menores, sin previa autorización judicial; (Artículos. 264, 266, 267 Código Civil) 2- Prohibición de celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años. Por considerar de importancia esta norma del mismo cuerpo legal, la transcribiré, Artículo 265: "Tampoco podrán los padres celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos frutos y ganados, por menor valor del que se cotee en la plaza el día de la venta; ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona."

Para cumplir estos deberes y facultades, los padres podrán en el ejercicio de la patria potestad recabar el auxilio de la autoridad.

3.1.9. Deberes y derechos de los hijos:

Los hijos, como personas, son sujetos de deberes y derechos. Las **facultades y deberes de los hijos**, se pueden resumir así:

- Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre. Al respecto el Código Civil, vigente, en Guatemala, establece en el Artículo 260: “Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto;...” Esta norma es clara y enfática que el hijo (a) debe obediencia a sus padres, y no como vemos en la actualidad que muchos niños y adolescentes a quienes les he preguntado por qué vive o viven en la calle la respuesta ha sido: porque mi mamá me regañó. Porque mi papá me pegó. Porque mis papás no me dejaban salir a jugar a la calle. Respuestas que en mi opinión no justifican que un niño (a) exponga su vida en la calle, teniendo como techo el cielo y como cama un cartón en una acera, agregado a ello el peligro que representa el mal ejemplo de las personas mayores que cohabitan en la calle, además expuestos a las drogas, al crimen común y organizado.
- La pérdida de valores morales está agrediendo seriamente a la familia en la sociedad guatemalteca. Esta misma norma protege la autoridad familiar cuando prescribe en la parte conducente: “...debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores”.
- Respetar a sus padres; nuestro Código Civil lo regula en el Artículo 263, que al respecto indica: “Los hijos aún cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres...”

- Contribuir según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella.
- Dar el debido auxilio a sus padres. Cuando los hijos son mayores de edad y aunque tengan su propia descendencia, es moral y jurídicamente correcto auxiliar a sus progenitores; económica, moral y emocionalmente. Así lo manda el ordenamiento civil, refiriéndose a los hijos, en el Artículo 263: "...están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida."
- Tienen derecho a relacionarse con sus padres, parientes y allegados

La legislación guatemalteca en congruencia con la Convención Sobre los Derechos del Niño, creó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la que prescribe la **convivencia familiar** en la sección V Derecho a la Familia y a la Adopción, en los Artículos 18 y 19, que por su importancia transcribo a continuación: "Derecho a la familia Artículo 18. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, **asegurándole la convivencia familiar** y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia".¹⁴

"Estabilidad de la familia Artículo 19. El estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para **asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar** y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral."¹⁵

En ese mismo sentido cito el Artículo 20 de la misma ley que estipula: "El Estado deberá apoyar programas que tiendan a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y adolescente, a fin de obtener información que facilite el reencuentro familiar."

¹⁴ Artículo 18. **Ley de protección integral de la niñez y adolescencia**. Decreto 27-2003. Congreso de la República de Guatemala. Pág. 13.

3.1.10. Características

La patria potestad no puede renunciarse.

Los derechos que la integran están fuera del comercio.

Los derechos que confiere a su titular son personalísimos. Excepcionalmente se transmite en el caso de la adopción.

El cargo es intransmisible por voluntad de los particulares. Sólo por la adopción puede ser transferida, cuando la aprueba el juez de familia, como protección y en beneficio del o la adoptada.

Es imprescriptible, los derechos y deberes derivados de la misma no prescriben, es decir, no se extinguen por el transcurso del tiempo, teniendo plena vigencia durante la minoría de edad del hijo y durante todo el tiempo de la incapacidad, de los mayores de edad.

3.2. Guarda y custodia

3.2.1. Breves consideraciones

Después de consultar varios tratadistas, no he podido encontrar un concepto o una definición de guarda y custodia, como institución de derecho de familia; al referirse a ella lo hacen describiendo los deberes que los padres tienen, los mismos que enumeraré al definir y desarrollar la institución patria potestad, de la que ya hablé ampliamente al inicio de este capítulo.

En el libro *Compendio de derecho civil*, del tratadista Federico Puig Peña, sobre la guarda de los hijos, expone lo siguiente:

- a. Protección a los hijos: Es un deber primordial del padre proteger la persona de sus hijos ante cualquier peligro que afecte su salud, física, espiritual y emocional
- b. Vigilar sus actos: Los padres son responsables de los actos de sus hijos, por lo que están obligados a responder por las consecuencias de los mismos ante terceros.

¹⁵ Idem. Págs. 13, 14

c. Dirección en cuanto a su conducta: La guarda implica guiar al hijo en el correcto actuar.

d. Ordenación en cuanto a su trabajo: El padre debe ordenar el trabajo del hijo, quien tiene la obligación de prestar servicios y ayuda en los quehaceres de la casa, en la medida adecuada a sus posibilidades y edad.

Otra definición de guarda: “Se constituye por las obligaciones que tiene el padre, y en su defecto la madre, respecto a sus hijos no emancipados siendo estas el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna.”¹⁶

En nuestro Código Civil, está regulado lo que se debe entender por alimentos, por considerar importante cito el Arto. 278: “La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.” Todos los padres están obligados a cumplir con el deber de alimentar a sus hijos. Considero necesario citar las características de los alimentos, entre las que se encuentran las siguientes: 1. Indispensabilidad (Art. 278), 2. La proporcionalidad (Artículos. 279, 280 y 284), 3. La complementariedad (Art. 283), 4. La irrenunciabilidad, 5. Intransmisibilidad, 6. Inembargabilidad, 7. No compensabilidad.

Lacónicamente Manuel Ossorio expone refiriéndose a Guarda: “Defensa, conservación, cuidado o custodia.”¹⁷

En mi opinión, guarda, es el conjunto de deberes que tienen los padres para con sus hijos, siendo ellos: alimentación, protección y defensa de sus personas, dirección para su recto actuar, educación e instrucción para que pueda tener una feliz convivencia.

3. 3. Custodia

Al respecto Manuel Ossorio, expresa: Cuidado. Guarda. Vigilancia. Protección. Depósito. Diligencia.

¹⁶ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil**. Págs. 432 a 436.

Por el matrimonio, tanto el hombre como la mujer adquieren igualdad de derechos y obligaciones, según lo preceptúa el Artículo 79 del Código Civil, por consiguiente a ambos corresponde el deber y facultad de convivir con sus hijos.

3.3.1. Definición de custodia:

“Cuidado. Guarda. Vigilancia. Protección. Amparo. La preservación del peligro, la evitación de amenazas, la imposibilidad de ser totalmente sorprendido por ataques conscientes y hasta por fortuitos daños caracterizan la custodia de personas y cosas en la amplitud material y la de los valores, moral y tradiciones en lo abstracto y espiritual.”¹⁸

3.3.2. Elementos personales de la guarda y custodia

Al referirnos a la guarda y custodia lo relacionamos con menores de edad o mayores de edad declarados en estado de interdicción, ellos son los sujetos pasivos de dicha institución.

Los padres son los sujetos activos, sobre quienes recae el deber de ejercer la guarda y custodia.

3.3.3. Objeto de la guarda y custodia

El objeto de la guarda y custodia, consiste en el cuidado, protección física y moral que los padres de familia deben a sus hijos sometidos a esta institución, asimismo vigilar sus actos, su conducta, su desarrollo y adecuación social, dirigir y controlar los servicios que deben prestar en la casa y en el trabajo que desempeñe y la finalidad de su retribución. En resumen puedo decir, que los padres deben contribuir con sus hijos para que puedan adaptarse a la vida en sociedad.

¹⁷ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 239

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Págs. 454, 455.

3.3.4. Contenido de la guarda y custodia

Es similar a la patria potestad; se encuentra regulada en nuestra legislación civil en el Artículo 253, que indica cuáles son las obligaciones de ambos padres para con sus hijos sometidos a esta institución; y el Artículo 254, del mismo cuerpo legal, que preceptúa la representación del menor de edad o mayor incapacitado y la administración de sus bienes.

El Código Civil al referirse a la institución civil de Guarda y Custodia, no la desarrolla en forma independiente sino dentro de la Patria Potestad; exceptuando el Artículo 166 del mismo código, que menciona la custodia y cuidado de los menores, sin referirse a la guarda.

3.3.5. Circunstancias en las que se presenta la guarda y custodia

La guarda y custodia se ejerce por ambos padres cuando son casados, unidos de hecho o por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, así lo estatuye el Artículo 252 del Código Civil: La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre, y también sobre los mayores de edad declarados en estado de interdicción.

Al ejercerse la patria potestad por consiguiente se ejerce la guarda y custodia, como uno de los deberes y derechos de los padres de cuidar y vigilar a sus hijos.

Respecto a la madre soltera, conforme regula el Artículo 261 del mismo cuerpo legal. Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen al poder del padre o sean internados en un establecimiento de educación.

En las diferentes clases de tutela, el tutor ejerce sobre el pupilo el deber y derecho de cuidarlo y vigilarlo, interviniendo el protutor para garantizar su ejercicio.

En la separación o divorcio surge el problema a quien de los padres le quedarán los hijos.

3.3.6. La guarda y custodia, en el derecho guatemalteco

La institución de la guarda y custodia se encuentra contenida dentro de otras instituciones o más bien tienen relación con otras como el ejercicio de la patria potestad o bien la representación que ejercen en el caso de los menores, los padres o bien un tercero que puede ser un tutor.

La guarda y custodia, como su nombre lo indica, es el estatus en que se encuentra un menor o incapaz que está al cuidado por parte de otra persona que tiene mejores condiciones físicas, psicológicas para hacerse cargo respecto a los alimentos, vestuario, educación, entre otras responsabilidades que conlleva el ejercicio de esta institución. Regularmente es el padre o madre quienes ejercen la guarda y custodia de los hijos, ya sea indistintamente uno u otro, y el problema que se plantea en el desarrollo de este trabajo consiste en que cuando se discuten el padre o la madre respecto de la guarda y custodia, indistintamente si se encuentran o no casados, las repercusiones son absorbidas por los hijos, quienes lógicamente quieren al padre y a la madre, pero éstos no pueden estar juntos, y por lo tanto, los menores tienen que estar con uno u otro, y este debe hacerse cargo de los cuidados necesarios de los menores.

De conformidad con las normas que se encuentran contenidas en el Código Civil, que data de los años sesenta, estas no son congruentes con la realidad, principalmente en la actualidad, con la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que establece como principio supremo el interés superior del niño y como ambigua y de manera generalizada se establece este principio que abarca una serie de circunstancias que protegen y que brindan asistencia a los menores, es difícil poder definir ese principio en función material de la atención de los niños, circunstancia que se ve más gravemente afectada cuando se discute en un juzgado de familia lo que respecta a la guarda y custodia entre el padre y la madre, y no se le pregunta al menor mucho menos se sabe a que edad debe o es procedente preguntarle, respecto a con quien de los padres desea quedarse a vivir, lo cual a juicio de quien escribe, riñe con el

principio de interés superior del niño contenido en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

3.3.7. Definición de guarda y custodia

La institución de la guarda y custodia surge como consecuencia de una separación entre convivientes o esposos. Así también esta se relaciona con el hecho de la forma de proceder para el cuidado que tiene un representante de un menor, cuando no es el padre o la madre.

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

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

La separación matrimonial, según el *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales* de Manuel Ossorio define: “Situación en que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla...” A juicio de la autora aquí surge la problemática. Durante el matrimonio puede cada cónyuge solicitar al juez la separación, es decir, que pronuncie el derecho de cada uno a vivir con independencia y alejado del otro, regulando la situación familiar que resulte de esa vida autónoma. Los tribunales civiles dictarán sentencia de separación cuando un cónyuge haya dado causa para ella, es decir, si es culpable de abandono injustificado del hogar, infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria, violación grave o reiterada de los deberes de los cónyuges en cuanto tales o para con los hijos; pero también es causa de separación la perturbación mental (que no arguye culpabilidad) siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. Por último, la

separación de acuerdo con las actuales orientaciones puede ser convenida también por mutuo acuerdo entre los cónyuges.

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

3.3.8. Relación con el ejercicio de la patria potestad

El *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* de Manuel Ossorio, señala: “paternidad, indica calidad de padre, procreación por varón, relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando esta concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente”.¹⁹

La patria potestad indica el mismo diccionario al tener relación con el concepto de paternidad, que: “Es el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden, gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la

¹⁹ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 345

mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual periodo”.²⁰

“Generalmente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos esta atribuida al padre y solo por muerte de este, o por haber incurrido en la perdida de la patria potestad, pasa a la madre. Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad, corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre. Tiene su origen natural y legal a la vez, la patria potestad: a) Por nacimiento de legitimo matrimonio, b) Por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de uno o mas hijos; c) Por reconocimiento de la filiación natural; d) Por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción; e) Y como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado...”.²¹

Puig Peña, con respecto a la patria potestad escribe: “En todo grupo humano mas o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir un cometido que se sale de las más puras situaciones del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que de armonía y unidad a la variedad que él supone. En el grupo matrimonial, la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar”. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Para el exponente este principio rector esta representado por la patria potestad”.²²

“Etimológicamente la palabra patria potestad, viene del latín patrias, a lo relativo al padre y potestad, dominio, autoridad.”²³

Planiol, citado por Clemente Soto Álvarez, define la patria potestad como “Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.²⁴

²⁰ Ossorio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 354

²¹ Ossorio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 494

²² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 244

²³ Puig Peña, Federico. Ob. Cit. Pág. 244

²⁴ Soto Álvarez, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil**. Pág. 34

Para Puig Peña, las características de esta institución son:

- a) Constituye un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que esta asignada a los padres con exclusividad., en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado.

- b) Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero; sólo la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular de la familia; en lo referente a la educación e instrucción, puede el padre encomendarla a un tercero, como por ejemplo entregar al hijo a un preceptor o a un internado, o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le de enseñanza de una profesión u oficio.

- c) Además es intransferible, no puede el padre transmitir a un tercero, en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos; puede entrar en juego el Instituto de la adopción.

- d) Representa una obligación positiva de tracto continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad. No es factible, en efecto, asumir la patria potestad y mantenerse en una situación negativa, el Estado exige una actividad reiterada de beneficio y sanción en los términos que exigen el cumplimiento por acción y también por omisión”.

Resumiendo la guarda del menor. Los padres en ejercicio de dicha institución quedan facultados para exigir de las autoridades públicas, toda la asistencia que le sea necesaria para hacer volver al hogar a los hijos que lo hubiesen dejado. Tienen la facultad de acusar criminalmente no sólo a los corruptores o seductores de sus hijos sino también a las personas que los retuvieron.

CAPÍTULO IV

4. El derecho de menores

4.1. Niño

Niño es toda persona para el caso de la legislación guatemalteca que no ha cumplido la mayoría de edad, es decir, dieciocho años. Si bien es cierto, en la actualidad, con la creación del Decreto 27-2003 del Congreso de la República que se refiere a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se especifica que niño es toda persona que no supera los trece años, y que se comprende como adolescente a los mayores de trece años pero menores de dieciocho años, para efectos formales y puramente legales, niño es todo menor; y menor es toda persona que no ha cumplido la mayoría de edad, y eso se debe no solamente al aspecto físico del menor, sino también al aspecto psicológico o mental.

Ahora bien, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, declara: *Todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

4.2. Análisis de la legislación internacional aplicable

4.2.1. Instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos en derecho de la infancia

El derecho de la infancia, fortalecido de los instrumentos internacionales de derechos humanos se inicia con la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de dicho organismo el 20 de noviembre de 1959, Sin embargo, debe reconocerse que la declaración universal de derechos humanos, aprobada por la ONU en 1948, prescribe que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (Art. 25 inciso 2). En el mismo sentido se había pronunciado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración de Derechos del Niño de 1959 tiene como antecedente la declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño. Ésta se aprobó por la Sociedad de las Naciones, como resultado de las preocupantes consecuencias que la Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa, significaron para la infancia. Dicha declaración es un antecedente al principio de interés superior del niño, en su contenido contempla expresiones como: Para los niños lo mejor; los niños primero.

En 1978 Polonia presentó un proyecto de convención de derechos del niño. La convención que se elaboró con base en dicho proyecto fue aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989.

4.2.1.1. El interés superior del niño y del adolescente como principio del derecho de la infancia

El principio del interés superior del niño fue establecido de manera expresa dentro del derecho internacional de los derechos humanos por la Declaración de Derechos del Niño de 1959, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo principio 2 estableció: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el *interés superior del niño*.”

En el entorno familiar, rodeado del amor, comprensión y disciplina de los padres el niño tiene mayor posibilidad de que su educación sea integral. En el lamentable caso que los padres se separen o divorcien, el estado debe velar porque se cumpla ese principio.

Por su parte el principio 7 párrafo 2) establece:

“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”

Dicha disposición encontraba como antecedente referencias que se habían hecho en la Declaración de Ginebra, aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924, que aunque no mencionaba el principio del interés superior del niño, establecía el imperativo de que debía darse a los niños lo mejor y utilizaba frases como *niños primero*.

4.2.1.2. Los derechos de los niños conforme la convención internacional sobre los derechos del niño

La convención presenta asimismo dos elementos conceptuales con importantes implicaciones en cuanto al fondo.

a) El interés superior del niño (Artículo 3) se convierte en criterio obligatorio para todas las medidas relativas a los niños, siempre en estrecha vinculación con los derechos pertinentes mencionados en otras partes de la Convención.

b) El principio en el cual los padres (u otra persona responsable del niño) debería orientar al niño para que ejerza sus derechos de acuerdo con la evolución de sus capacidades (Artículo 5).

4.2.1.2.1 Dentro de sus principios, se encuentran:

a) El principio a la no discriminación, contenido en el Artículo 2.

b) El principio sobre el mejor interés de los niños, preceptuado en el Artículo 3.

c) El principio o el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo integral de los menores, que se encuentra regulado en el Artículo 6.

d) El principio del respeto de la opinión del niño, que se estipula en el Artículo 12 de la convención.

4.2.1.2.2. División de la convención sobre los derechos del niño

La convención se divide en dos partes; en la primera, se establecen los derechos y garantías de los niños. En la segunda parte, la intervención de los Estados y la función del comité de los derechos del niño que tendrá funciones especiales para dar cumplimiento a lo normado en la convención.

4.2.1.2.3. Contenido de la convención

El Artículo 1 establece que debe entenderse como **niño a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.** El Estado de Guatemala, reconoce al niño y niña como sujeto de derecho, derecho a un nombre y nacionalidad, a conocer a sus padres y en la medida de lo posible a ser cuidados por ellos. También subraya el derecho de la niñez a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, la institución familiar, reconoce el derecho del niño y niña a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y espiritual. Por lo anterior, debe ser de observancia general, tanto para instituciones gubernamentales y no gubernamentales, que se dedican a la atención y protección o cuidado de los menores y a respetar el principio de *que debe prevalecer el interés superior del niño o niña.*

El Artículo 2 de la convención, regula lo relativo a la aplicación de dicha convención por los Estados Partes, y que cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

El Artículo tres estatuye lo relativo a la obligación de cuidado para su bienestar tanto de instituciones privadas como públicas. El Artículo 4, regula lo relativo a las medidas administrativas que deben adoptar los Estados partes para asegurar el cumplimiento y efectividad de los derechos que la convención garantizan.

El Artículo 5, la responsabilidad que tienen los padres respecto a los hijos. El Artículo 6 regula el derecho intrínseco a la vida, el 7, el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

En el Artículo 8, el derecho a la identidad, el Artículo 9 el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, que se hace necesario velar por el interés superior del niño. El Artículo 11 regula lo relativo a luchar contra los tratos ilícitos de niños en el extranjero. El Artículo 12 el derecho a expresar su opinión, a ser escuchado en procedimiento judicial o administrativo.

Los Artículos 13,14, 15, 16 a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, a la libertad de asociación y celebración de reuniones pacíficas, a las no injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia.

Los Artículos 18, 19, 20 y 21, lo relativo a garantizar al niño el conocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas apropiadas para proteger contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, trato negligencia, malos tratos o explotación, el abuso sexual, etc. En el caso de los niños privados de su medio familiar, y lo relativo a la adopción.

Los Artículos 22, 23 y 24, lo relativo al caso de los niños refugiados, a los cuidados de niños especiales, el derecho a la salud de los niños. En los Artículos 25, 26, 27 y 28 lo relativo a la intervención de las autoridades competentes para los fines de cumplimiento de los derechos de los menores, en el caso de la seguridad social y los menores, en el caso a la educación. Los Artículos 29, 30, 31 y 32, regulan aspectos relativos a la educación, a las condiciones étnicas, religiosas o lingüísticas de los menores, el derecho al descanso y esparcimiento, juego, actividades recreativas de los menores, y a la prohibición de explotación económica..

Los Artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38 lo relativo a las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para proteger a los menores contra el uso ilícito de estupefacientes, respecto a la explotación y los abusos sexuales, el secuestro, torturas y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, y el respeto por las normas del derecho internacional humanitario en el caso de los conflictos armados.

El Artículo 39, la necesidad de protección en la recuperación física y psicológica y la reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, respecto a las normas procesales penales en el caso de los menores de edad.

En la segunda parte de la Convención, se regula en los Artículos 42, 43, 44 y 45 la función del Comité de Derechos del Niño.

4.2.1.2.4. Los derechos a favor de los niños.

A la no discriminación. Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación.

A) Interés superior del niño. Todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

B) Aplicación de derechos: Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.

C) Dirección y orientación paternas: Es obligación del Estado respetar la responsabilidad y los derechos de los padres y de los familiares de impartir al niño la orientación apropiada a la evolución de sus capacidades.

D) Supervivencia y desarrollo. Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo.

E) Nombre y nacionalidad: Todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y a obtener una nacionalidad.

F) Preservación de la Identidad: Es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si éste hubiere sido privado de parte o todos los elementos de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).

G) Separación de los Padres. Es un derecho del niño vivir con sus padres, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos padres, si esta separado de uno de ellos o de los dos.

H) Libertad de opinión y expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación. Todo niño tiene derecho a expresarse, opinar, asociarse, y ejercer con libertad su pensamiento de conciencia y de religión, bajo la dirección de sus padres.

I) Derecho a la protección contra los malos tratos, adopción, salud y servicios médicos, seguridad social, educación, al trabajo apropiado a su edad, al esparcimiento, juego y actividades culturales, en contra de la explotación sexual, uso y tráfico de estupefacientes, conflictos armados.

Continuando con el análisis de la Convención sobre los derechos de los niños, señalo lo siguiente:

El Art. 3.1 de la convención dispone:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”.

Existen en la convención una serie de normas adicionales que mencionan el interés superior del niño, relacionadas ellas con el derecho de familia. Así el 9.1 dispone:

“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño ...”

El inciso 3) del Art. 9 establece:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Art. 18.1 párrafo 2) indica:

“Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

El Art. 20.1 dispone:

“Los niños, temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”

Del desarrollo que se hizo del principio del interés superior del niño a través de sus fuentes en el derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación ordinaria, hay que concluir que el principio del interés superior del niño es anterior a la convención de derechos del niño y al nuevo paradigma del derecho de la infancia que supuso la misma.

En efecto como principio fue acogido en forma expresa en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, treinta años antes de la aprobación de la convención de derechos del niño.

Como principio, el interés superior del niño tuvo su origen en el derecho común, especialmente para regular los problemas de conflictos entre los intereses de otros sujetos y los del niño, principalmente en materia de derecho de familia, ello para el ejercicio de la patria potestad por los padres y las decisiones sobre la custodia de los niños.

Cuando se realizan concreciones del principio del interés superior del niño, tanto en las convenciones internacionales de derechos humanos, dentro de las que se incluye la convención de derechos del niño, resalta la referencia a problemas a resolver relacionados con la guarda y custodia de los hijos o en lo relativo a la adopción de

niños. En definitiva se trata en esa materia de solucionar conflictos de intereses, de modo que se establece que entre el conflicto entre los intereses del niño y los de otras personas, deben prevalecer los primeros. Precisamente la misma denominación, en cuanto se utiliza la palabra *superior*, hace mención a una comparación, ya que significa “*lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa*”²⁵.

Dentro del derecho de la familia la formulación del principio del interés superior del niño implicó un avance significativo, en cuanto ya los hijos no son una mera extensión del poder de los padres, especialmente del padre, llegando a tener intereses propios que deben ser tutelados, prevaleciendo incluso sobre los derechos de los padres. El gran cambio que se da a partir de la convención de derechos del niño en esta materia es la atribución del carácter de sujeto de derecho al niño, cuya opinión debe ser oída para determinar que es lo más conveniente para sus intereses, debiendo tener un peso fundamental dependiendo de su edad y su madurez, según el Art. 12 inciso 1) de la convención de derechos del niño.

Sin embargo, en general se reconoce que el principio de interés superior del niño rige con respecto al derecho de la infancia en general, llevando a la especial atención que debe brindar el Estado para el pleno desarrollo de los menores de edad, debiéndose desarrollar estrategias de desarrollo humano, que conduzcan a otorgarle una prioridad sobre los bienes y servicios esenciales a la niñez y a la adolescencia, construyendo un entorno protector, de situaciones como el abuso, la violencia, la discriminación y toda forma de explotación.

4.2.1.2.5. Leyes y códigos de los países de centroamérica que regulan los derechos y deberes de la niñez y adolescencia

La legislación sobre la infancia en centroamérica no se puede entender si no es teniendo en cuenta lo desarrollado en la convención de derechos del niño. Es importante anotar que ella enfatiza la aplicación a los niños y adolescentes de los diversos derechos humanos que se han reconocido a todos los seres humanos,

²⁵ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 320.

aunque con un afán protector muchos de ellos se les habían negado a los menores de edad.

El derecho a un nivel de vida suficiente para el desarrollo físico, moral y social de los niños y adolescentes en centroamérica.

Debe tenerse en cuenta que los diversos países centroamericanos ratificaron la Convención de Derechos del Niño. Se une a ello que diversos países, como Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica aprobaron un Código o ley de la niñez y la adolescencia, como forma de desarrollo por la legislación ordinaria de lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño. Así Honduras aprobó su Código de la Niñez y la Adolescencia por decreto 76-96 del 31 de mayo de 1996; Nicaragua por ley No. 287 del 24 de marzo de 1998; Costa Rica por ley 7739 del 6 de enero de 1998; Guatemala aprobó su ley de protección integral de la niñez y la adolescencia por decreto 27-2003 del 4 de junio de 2003.

Panamá ha venido discutiendo desde hace varios años la aprobación de un Código de la Niñez y la Adolescencia. El Salvador aprobó la Ley del Instituto Salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia del 11 de marzo de 1993, no regula los derechos y deberes de los niños, las niñas y los adolescentes, sino simplemente la organización, funcionamiento y obligaciones del Instituto Salvadoreño para la protección integral de la niñez y la adolescencia. Además Costa Rica y El Salvador aprobaron por aparte leyes de justicia penal juvenil, ello a diferencia de Guatemala, Nicaragua y Honduras, que integraron la normativo penal juvenil dentro de la ley o Código de la infancia.

Se establecen, en dichos códigos o leyes, la garantía de los derechos individuales y de los derechos económicos, sociales y culturales. Resalta la garantía a un nivel de vida digno y a la salud, el derecho a las relaciones de familia y a la adopción, la protección de los niños en abandono, el derecho a la educación, la cultura, el deporte y la recreación, la protección de la niñez y la adolescencia con discapacidad, la protección frente al tráfico ilegal, entre otros.

CAPÍTULO V

5. Necesidad de reformar parcialmente el Artículo 256 del Código Civil

5.1. Aspectos considerativos

Toda norma jurídica es producto de un tiempo y un espacio determinado y responde a circunstancias históricas, sociales, culturales y también coyunturales.

En el Código Civil se regulan normas relacionadas con los menores, y especialmente en cuanto al matrimonio o al ejercicio de la paternidad, como sucede con la patria potestad y la guarda y custodia.

La mujer soltera, tiene el derecho preferente sobre el menor en cuanto al ejercicio de la guarda y custodia, porque ésta puede decidir sobre ella o bien dejarla en manos de otra persona, que puede o no puede ser el padre del menor. En el caso del matrimonio, la unión de hecho declarada, o la unión de hecho no declarada (pero que el menor haya sido reconocido por el padre) ambos padres tienen el derecho respecto a la guarda y custodia de sus hijos, pero como sucede en la realidad, existe disputa o discrepancia entre los padres respecto a la guarda y custodia de los hijos, porque lógicamente, se entiende que ambos padres pueden ejercer la patria potestad de los menores, pero no es lo mismo decir el ejercicio de la guarda y custodia, porque se refiere exclusivamente a con quien de los padres vivirá el menor y que el padre o la madre, se encarguen de su cuidado, protección y lo que conlleva dicha responsabilidad.

Es por ello que en el presente trabajo se pretende analizar la normativa contenida en el Código Civil que regula lo relativo al ejercicio de la guarda y custodia de los menores, y fundamentalmente lo que sucede en los tribunales de familia, y la actitud del juez respecto del menor, la opinión de éstos con respecto a la edad de los menores y la que es la apropiada para preguntarle al menor y saber su opinión de conformidad con lo que estipula la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El ejercicio de la custodia de los hijos menores en las separaciones matrimoniales y divorcios es confiada a las madres en un alto porcentaje de los casos, y no encuentra por otra parte diferencias significativas entre los procedimientos resueltos de forma contenciosa o de común acuerdo.

Las posibilidades de que la guarda y custodia sea encomendada al padre se relacionan no sólo con características, aptitudes o habilidades positivas propias del padre sino que también dependerá de factores específicos de los hijos, algunos de ellos no relacionados con características de la interrelación paterno filial como lo es la edad del menor; así mismo dependerá también de factores específicos de la madre no implicados necesariamente en el funcionamiento del subsistema paterno filial.

Encontramos también que cuanto más jóvenes sean los hijos el padre tenderá a maternalizar más sus funciones y relaciones paternas con los menores, mientras que, en la medida que los hijos crecen las funciones maternas tienden a perder peso en la relación entre el padre y los menores.

En todo caso, en las legislaciones como la de Guatemala, se ha verificado que respecto a la edad en que puede preguntársele a un menor con quien de los padres desea vivir, frente a la guarda y custodia, es iniciativa del juez o jueza al respecto y casi siempre se resuelve prudentemente, pero el hecho es que como podría entonces interpretarse el principio de interés superior del niño y el derecho del niño a emitir o expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten, como resulta de ello.

5.2. Análisis del Artículo 256 del Código Civil, Decreto Ley 106

Pugna entre el padre y la madre. “Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del niño”.

En cuanto a esta norma, conviene hacer el siguiente análisis:

a) Se encuentra situada dentro de las normas que se refieren al ejercicio de la patria potestad. Al respecto, esta se ejerce sobre los hijos menores de edad, tanto por el padre como por la madre, en el matrimonio y en la unión de hecho, y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso, es decir, cuando no se encuentren casados ni unidos de hecho.

b) Al hablar de ejercicio de la patria potestad no es lo mismo que el ejercicio de la guarda y custodia, porque conforme el criterio de quien escribe, la patria potestad es el género y la guarda y custodia es la especie; se refiere entonces, la segunda, a la posibilidad o capacidad que tiene tanto el padre o la madre, de encargarse del cuidado, protección de manera directa, de sus hijos menores de edad mientras no viva con el otro padre o madre.

c) El juez debe intervenir cuando exista pugna entre el padre y la madre con respecto al ejercicio de la patria potestad. Esta pugna comúnmente resulta del hecho en que el padre y la madre que se encuentren separados o divorciados quieran individualmente vivir con sus hijos, en esa situación entonces, es de considerar las normas y los derechos fundamentales que le asisten a los menores, respecto a pedir su opinión, porque es un hecho que le interesa o que le atañe. Al respecto el Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, establece en el inciso número 1: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño...”

En base a lo anterior, la problemática que se plantea es el hecho de que pese a que los jueces pueden cumplir con pedir opinión, existe la problemática en ellos de que las leyes no establecen a que edad es prudencialmente adecuado pedirle la opinión a los niños, niñas, porque no es lo mismo pedir la opinión a un menor de dos años que a un menor de diez, y hasta que punto resulta apropiado, conveniente, adecuado, que se auxilie previo a decidir en base de los informes, estudios y dictámenes de los psicólogos y trabajadores sociales.

En resumen puedo decir:

a) cuando el padre y la madre se encuentran en discusión en relación a su separación o se encuentran separados, ya, no hay acuerdo entre ambos respecto a como se dedicarán a la crianza y cuidado de sus hijos, entonces, se somete a conocimiento del juez de familia.

b) Que al conocer el juez de familia sobre el asunto, lógicamente que ambos padres desean la guarda o custodia, de los hijos, y aquí es en donde el juez tiene la problemática de decidir sobre a quien de ellos confiar a los hijos.

c) El Artículo 256 del Código Civil guatemalteco se aproxima a tutelar, lo que la Convención sobre Derechos del Niño designa como el **interés superior del niño**; pero no ayuda al juez, cuando éste tiene que resolver a quien de los padres confiar el hijo, hija. El legislador no concretó, en la norma en mención, una edad en el menor para que pueda ser consultado por el juez con quien de sus padres desea vivir, cuando estos han decidido separarse o divorciarse, lo que anudado a los informes y dictámenes de expertos, daría al Juez fundamento para resolver. Sin embargo, los jueces no tienen un criterio unificado respecto a que si el interés superior del niño o el interés primordial o predominante del menor, sea considerado también, en el hecho de que se le pregunte al menor con quien de los padres quiere vivir, y lo que es aún más difícil para los jueces, que puedan determinar ellos mismos, a que edad pueden preguntarle al menor con quien de sus padres desea vivir, porque lógicamente, un niño, niña menor de dieciocho años por ejemplo, desearía estar con ambos padres, y de hecho, eso sería velar por el interés primordial del menor; sin embargo, existen circunstancias que no lo aconsejan así, y eso ha sido voluntad de los padres, por lo que de acuerdo a los resultados del trabajo bibliográfico desarrollado, se puede inferir que debe establecerse la edad en que el juez debe o tiene obligación de preguntar, porque en la actualidad, eso queda a criterio del juez si pregunta o no pregunta, porque existen menores de dos años, por ejemplo, a quienes evidentemente no podría preguntárseles tal circunstancia, pero si puede hacerse por ejemplo, con un niño de seis años para

arriba, circunstancias que la ley no lo indica y que por lo tanto, esa discrecionalidad, puede lesionar derechos de los menores consagrados como ha quedado establecido, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y que a juicio de quien escribe, debe establecerse en el Código Civil.

Se manifiesta que el legislador tuvo el ánimo de legislar a favor del niño, niña.

Muy loable actitud si se observa que dicho ordenamiento jurídico fue emitido veintinueve años antes que la Convención Sobre los Derechos del Niño y ya asume la tutelaridad de la **supremacía del interés del niño (a)**. Es indudable que al legislador le inspiró velar por el bienestar del niño, invirtiendo en este ser indefenso todos los esfuerzos para cosechar los frutos mañana, cuando sea el hombre o mujer en quienes descansa el presente y futuro de nuestro país, interactuando como protagonistas en quienes estará la responsabilidad de velar por el bienestar de su familia y la sociedad guatemalteca.

5.3. Lo que sucede cuando existe pugna entre el padre y la madre

Lo que sucede en la realidad con la pugna entre el padre y la madre respecto al ejercicio de la patria potestad o guarda y custodia de los menores, resulta el hecho de que influyen factores psicológicos, materiales, o muy personales entre los padres, cuando ambos son responsables, porque sería otra situación, si el interés de un padre de quedarse con la guarda y custodia de los hijos, estribara únicamente en no ser obligado a proporcionar los alimentos, por ejemplo, que bien pueden ser superiores a lo que aportaba cuando convivían con el grupo familiar. O bien, el interés de la madre en quedarse sin los hijos, consistiera en que de esa manera podría estar en libertad de realizar o iniciar otras relaciones, sin ningún tipo de impedimento.

El interés de los padres, aunque puede ser diverso o variado, está en manos del juez, el decidir, y aquí si se hace necesario que él mismo tenga a la vista informes socioeconómicos y psicológicos que se les practiquen a los padres y a los hijos para que de una manera objetiva pueda decidir lo mejor para el menor indistintamente si se refiere al padre o a la madre, aunque bien ha sido común que los jueces otorguen la

guarda y custodia a las madres de los menores, eso se debe entre otras cosas, a las condiciones naturales de la mujer en relación del varón.

Después de hacer un estudio de los artículos que se relacionan con la patria potestad y con el derecho de familia, estoy en capacidad para determinar que no está regulada la edad en que el niño puede dar opinión en asuntos sobre su interés como es lo referente a quien le designará el juez la guarda y custodia de su persona. Considero que debe quedar plasmada en la norma la edad en la que puede el juez pedirle opinión al niño atinente a quien de los padres elige el niño para vivir; situación congruente con lo que establece la Convención sobre Derechos del Niño, aunado esto a las investigaciones del juez a través de los informes de trabajadores sociales y psicólogos, podrá resolver con mejor fundamento y en beneficio del niño, niña. Por lo que sugiero que los legisladores deben reformar el Artículo 256. Para ello deberán pedir a sus asesores un estudio psicológico, para establecer científicamente la edad en la que el niño, niña tiene la madurez emocional para dar opinión sobre asuntos que atañen a su persona. De esa manera se estará cumpliendo con los derechos del niño establecidos en la convención antes mencionada que prescribe el interés superior del niño, niña.

5.4. Necesidad de que se establezca la edad mínima para preguntársele al menor con quien de los padres desea quedarse en caso de pugna entre ambos

Se hace necesario que se establezca en la ley a que edad puede preguntársele a un menor en caso de pugna entre padre y madre, respecto a su guarda y custodia, y ello debe basarse en estudios técnicos y psicológicos del cual deben auxiliarse los legisladores, quienes son los creadores de la ley.

La separación o divorcio no puede ser motivada únicamente por las causales enumeradas en el Artículo 155 del Código Civil, sino como consecuencia de violencia intrafamiliar, que alcanza directa o indirectamente a los hijos, hijas.

5.5. Bases para una propuesta de reforma

En base a los resultados de la investigación realizada, se estableció, la necesidad de que se reforme el Artículo 256 del Código Civil, ya que el mismo no puede complementarse, siendo necesario, con las normas que se establecen en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, especialmente en cuanto al derecho que tiene este de que se le pregunte su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten. Este derecho se concatena con otros derechos como el que ostenta el principio de interés superior del niño, a la dirección y orientación paterna al desarrollo, a la preservación de la identidad, a la reunificación familiar, a la libertad de expresión, de pensamiento, conciencia, religión, a la protección de su vida privada.

También conlleva la protección que merecen contra los malos tratos, a la responsabilidad de los padres respecto de él, a la protección de su medio familiar, a la educación, al esparcimiento, juego y actividades culturales, al trabajo de acuerdo a su edad, entre otros.

Dentro de las bases fundamentales que ostenta la necesidad de reforma, se pueden señalar las siguientes:

- a) Los jueces de familia, aunque llenen los requisitos específicos que regula la ley de la materia, es decir, la Ley de Tribunales de Familia, aun se encuentran con limitaciones, en cuanto a que no cuentan con una herramienta legal, para determinar exactamente (respaldado con informes de peritos, expertos, profesionales, entre otros), la edad que se admite para que obligadamente se le pregunte al niño, niña en caso de pugna entre la madre y el padre respecto a su guarda y custodia, y por lo tanto, al no indicarlo la ley civil familiar, en varios casos no se hace, en otros si, pero existe ambigüedad al respecto.
- b) La normativa del derecho de familia, regulada en el Código Civil y en la Ley de Tribunales de Familia, fundamentalmente, debe ser congruente con la convención sobre los derechos del niño, niña, lo cual no sucede así, derivado de lo que establece el Artículo 256 del Código Civil, porque en éste no se establece que debe preguntársele al menor su opinión, porque es un asunto que le interesa.

c) La norma podría quedar de la siguiente manera: Artículo 256. “ Pugna entre el padre y la madre. Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia, la autoridad judicial respectiva, debe resolver tomando en cuenta el derecho del menor de dieciocho años y mayor de seis, a expresar su opinión, la cual será tomada en cuenta por el juez competente, resguardando el bienestar del niño, niña”.

CONCLUSIONES

1. El derecho de familia esta conformado por una serie de normas, principios e instituciones que tienen relación con ella y los conflictos que surgen entre los miembros e integrantes de la misma, en donde opera la obligación del Estado, de protegerla a través de la intervención de los respectivos órganos jurisdiccionales.
2. La familia sigue siendo la base de la sociedad, por lo que necesita ser fortalecida en su estructura y funcionamiento, contribuyendo a evitar su deterioro social, fomentando la unidad familiar, para poder brindar al niño, niña, la posibilidad de un desarrollo integral, lo que repercutirá para que nuestra sociedad alcance el desarrollo de país civilizado.
3. Las instituciones del derecho de familia están fundamentadas por lo que establece la Constitución Política de la República, el Código Civil y recientemente, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.
4. La institución de guarda y custodia es aquella que se refiere a la facultad que tiene, tanto el padre, la madre o encargado de proteger y cuidar a una niña, niño y que por ello tiene relación con la institución de la patria potestad y tutela.
5. La institución de la guarda y custodia se ejerce por excelencia por parte de cualquiera de los padres, en caso de que éstos se encuentren separados; y puede ser obligada o voluntaria. En caso de pugna entre éstos, el juez correspondiente debe resolver lo que corresponda, siempre tomando en cuenta el bienestar del niño.

6. Dentro de las normas internacionales que regulan los derechos de los niños se encuentra fundamentalmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual contiene una serie de derechos y garantías a favor de los menores, que constituyen obligaciones de los Estados partes, de acatar a través de la promulgación de leyes o reformas a las leyes existentes, para garantizar su cumplimiento.

RECOMENDACIONES

1. Al Congreso de la República, que actualice el Código Civil, Decreto Ley 106, con el objeto de garantizar que los convenios y tratados que Guatemala ha ratificado, sean ley vigente positiva en nuestra legislación.
2. A los jueces de familia, que durante los procesos del ramo, que conozcan y apliquen con propiedad los derechos humanos del niño, niña, para que en sus resoluciones judiciales prevalezca el interés superior del niño, niña.
3. Al Congreso de la República, que reforme el Artículo 256 del Código Civil para que esta norma sea congruente con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con la realidad; así también, que se le proporcione al juez las herramientas legales necesarias para disponer, de conformidad con el bienestar del niño, niña, en caso de que exista pugna entre el padre y la madre respecto a la guarda y custodia; dicho artículo con su reforma parcial, quedaría así:

Artículo 256. Pugna entre el padre y la madre. Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia, la autoridad judicial respectiva debe resolver tomando en cuenta el derecho del menor de dieciocho años y mayor de cinco, a expresar su opinión, la cual será tomada en cuenta por el juez competente, resguardando el bienestar del hijo, hija.
4. Al Ministerio de Educación, que se encargue de fomentar el conocimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño, a todos los estudiantes de los niveles preprimario y primario, tanto del sector público como privado.
5. El niño debe conocer sus derechos humanos para exigir su cumplimiento y aprender a ejecutar sus obligaciones.

6. La ley no le otorga herramientas necesarias a los jueces para que en caso de pugna respecto a la guarda y custodia puedan resolver de mejor forma, ya que no regula la edad en que el juez puede preguntarle al menor al respecto, en congruencia con la convención; únicamente establece que puede auxiliarse de informes de trabajadores sociales y psicólogos; por lo que **se hace necesario adecuar la ley a la realidad concreta y a lo que establece la convención, en cuanto al Artículo 256 del Código Civil.**

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomos I y II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Editorial Universitaria. (s.e.), Guatemala, 1981.
- ALDANA MENDOZA, Carlos. **La niñez y nuestro futuro político**. (s.e.); Pronice, Guatemala, 1997.
- AVANCSO. **Informe nacional de desarrollo humano, mujeres y salud**. (s.e.), Guatemala, 2002
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala, (s.e.). 1998.
- BONASSO, Alejandro. **Hacia un sistema de protección integral para la infancia y la adolescencia**. Informe. (s.e.), (s.f.).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Editorial Heliasta. (s.e.), Argentina, 1980.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral. Derecho de familia, relaciones conyugales**. 9ª. ed.; Madrid, Reus, 1976.
- Código de la niñez y la adolescencia** decreto 76-96 31 mayo de 1996 Honduras:
http://www.bvs.hn/bva/fulltext/Leyes_honduras.PDF. 10-11-2005
- COHEDUCA. **Derechos humanos de la mujer**. Boletín Internacional No. 108. (s.e.); Guatemala, 1985.
- Convención Sobre Derechos del Niño**. ONU 1989:
http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm. 10-11-2005.
- II CUMBRE NACIONAL. **Sobre los derechos de la niñez y la juventud**, Guatemala, (s.e.); octubre 13 de 1999.
- III CUMBRE NACIONAL. **Por los derechos de la niñez y la juventud, un compromiso ineludible del Estado y la sociedad**. (s.e.); Guatemala, diciembre 2000.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. **La familia en el derecho de familia y relaciones jurídicas familiares**. 2ª edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S. A. 1990.
- DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Edición. (s.f.); Argentina.

Declaración de los Derechos Humanos:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0013.pdf>. 10-11-2005.

Declaración de Ginebra 26 de septiembre de 1924:

<http://www.southlink.com.ar/vap/derechosnino.htm>. 10-11-2005.

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil.** (s.e.); Valencia, 1968.

DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones.** 3ª. edición, Madrid, España, 1983.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, T. IV., 4ª. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

Evolución de los derechos del niño:

<http://www.comtf.es/pediatria/Bol-2000-2/Derechos%20del%20Ni%F1o.pdf>. 10-11-2005

GARCÍA LAGUARDIA. Jorge Mario. **Políticas y Constitución en Guatemala.** Editorial Serviprensa Centroamericana, (s.e.); Guatemala, 1979.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. **Pequeño larousse ilustrado.** García-Pelayo y Gross, Ramón. Ediciones Larousse, (s.e.); Madrid España 1993.

GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil.** Valladolid, Colegio Santiago, España, (s.e.), 1924.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** 2ª. reimpresión de la 3ª Edición, Tomo I. (s.f.).

HERNÁNDEZ A, Jorge Fidel, **Introducción a la economía sobre Guatemala,** (s.e.); 1996.

Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia:

[http://www.iin.oea.org/Acuerdos/Acuerdos%202003/convenio Instituto Salv para %20el Desarrollo Int.htm](http://www.iin.oea.org/Acuerdos/Acuerdos%202003/convenio%20Instituto%20Salv%20para%20el%20Desarrollo%20Int.htm). 10-11-2005.

Legislación juvenil en Costa Rica. Ley 7739, 6 de enero 1998:

http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/c_rica/ii/index.htm. 10-11-2005.

MERANI, Alberto L. **Diccionario de psicología.** Editorial Grijalbo. (s.e.); México D. F. 1979.

MORENO, Landelino. **Filosofía del derecho.** 1ª edición; Tipografía Nacional, Guatemala, 1944.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso de planeación de la investigación científica.** Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Unidad de Tesis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.e.); Guatemala, 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales,** Editorial Heliasta, (s.e.); Argentina 1979.

Proyecto de Polonia sobre Derechos del Niño:

<http://www.uciop.org.mx/Niroonda.html>

http://www.iin.oea.org/Los_Derechos_%20del_%20Nino.pdf. 10-11-2005

PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil:** la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela. **(s.e.);** Bosch Editorial, 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español: Tomo V. Familia y Sucesiones.** Editorial Arazandi, (s.e.); Pamplona, España, 1974.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** Espasa-calpe, (s.e.); Madrid, España, 1992.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico práctico. del contrato del matrimonio de la compraventa.** Madrid, España Moderna, (s.e.), (s.f.).

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia.** Volumen I, Editorial Porrúa, S.A. México, I. D.F. 1978.

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** (s.e.); Editorial Mimusa, México, 1975.

UNICEF-SEGEPLAN. **Realidad socioeconómica de Guatemala.** Editorial Piedra Santa. (s.e.); Guatemala, 1994.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español. Derecho de familia, parte especial,** Tomo IV. Talleres Tipográficos, (s.e.); Madrid, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana Maria. **Breve comentario sobre el Decreto Ley 106.** (s.e.), (s.f.).

VINE, W. E. **Diccionario expositivo.** Editorial Caribe, sexta impresión, Colombia, 2003.

.Legislación:

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

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, 1992.

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

Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. 1990.

Convención Internacional sobre Derechos Humanos.

Instructivo para los Tribunales de Familia.

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

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

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

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