

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



**ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL  
PROCESO DE FAMILIA DE GUARDA Y CUSTODIA**

**CARLOS ENRIQUE VELÁSQUEZ CALDERÓN**

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

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

**ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCESO DE FAMILIA  
DE GUARDA Y CUSTODIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CARLOS ENRIQUE VELÁSQUEZ CALDERÓN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, noviembre de 2007.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejia Orellana  
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja  
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares  
Vocal: Lic. Héctor Manfredo Maldonado  
Secretario: Lic. Helder Ulises Gómez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez  
Vocal: Lic. Rafael Morales Solares  
Secretario: Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval Maldonado

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

Lic. Juan Francisco Duran Palomo  
Bufete Profesional



Guatemala, 08 de agosto de 2007

**Licenciado**  
**Bonerge Mejía Orellana**  
**Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Señor Decano:

De manera atenta me dirijo a usted para manifestarle que en cumplimiento del nombramiento de ese Decanato, de fecha 14 de agosto de dos mil uno, he asistido con carácter de Asesor de Tesis al Bachiller **CARLOS ENRIQUE VELASQUEZ CALDERÓN** en la elaboración del trabajo de tesis titulado:

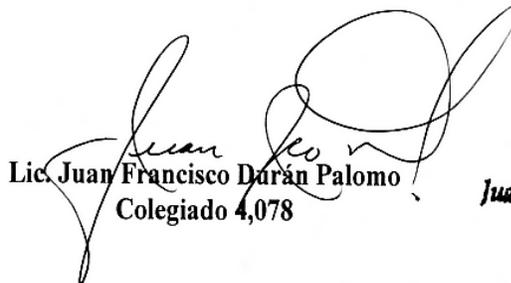
**“ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCESO DE FAMILIA DE GUARDA Y CUSTODIA”**

Al finalizar la elaboración del mismo, atentamente le informo:

- a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi asesoría y durante su elaboración le hice al autor recomendaciones y sugerencias respecto a la bibliografía que debió ser consultada en materia Civil.
- b) Se instruyó al estudiante para profundizar sobre el tema propuesto, lo cual efectivamente realizó.
- c) En la elaboración del trabajo indicado, el autor siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.

En consecuencia, por las razones consideradas y la seriedad con que fue abordado el trabajo de tesis y por las valiosas conclusiones y recomendaciones que aporta el sustentante, estimo que el trabajo en cuestión llena los requisitos que establece el reglamento de la materia, por lo cual opino reúne los méritos suficientes para su aprobación.

Respetuosamente,

  
Lic. Juan Francisco Durán Palomo  
Colegiado 4,078

Juan Francisco Durán Palomo  
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARÍA  
Avenida 12-01, Zona 12  
12010, Guatemala, C.A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintidós de agosto de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RAFAEL FRANCISCO CETINA GUTIÉRREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS ENRIQUE VELÁSQUEZ CALDERÓN, Intitulado: "ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCESO DE FAMILIA DE GUARDA Y CUSTODIA".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

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



cc. Unidad de Tesis  
MTCL/stlh

DESPACHO JURÍDICO  
Cetina Gutierrez



Guatemala, 27 de agosto de 2017

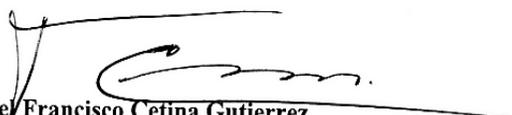
Señor Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad de San Carlos de Guatemala  
Licenciado Bonerge Mejía Orellana  
Su despacho

Señor Decano:

Con base en la providencia de fecha veintidós de agosto de dos mil siete, mediante la cual se me designó como revisor del trabajo de tesis del estudiante: CARLOS ENRIQUE VELÁSQUEZ CALDERÓN, intitulada: “ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCESO DE FAMILIA DE GUARDA Y CUSTODIA”, me permito informar a usted:

- a) Que comparto la opinión vertida por el asesor de tesis, Licenciado Juan Francisco Duran Palomo, indicando además que el trabajo realizado satisface los requisitos correspondientes, estableciendo que en el mismo se utilizó la metodología adecuada para una investigación científica.
- b) En consecuencia de lo precedente, **DICTAMINO**: que la tesis analizada reúne los requisitos tanto de fondo como de forma, establecidos en el Reglamento respectivo, por lo cual puede ser discutida en Examen Público, previo a que el sustentante opte el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme del Señor Decano con las muestras de mi más alta consideración.

  
Lic. Rafael Francisco Cetina Gutierrez  
REVISOR DE TESIS  
Colegiado 4106

*Rafael Francisco Cetina Gutierrez*  
ABOGADO Y NOTARIO  
COL. 4,106

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



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



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

Guatemala, cinco de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ENRIQUE VELÁSQUEZ CALDERÓN, Titulado ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCESO DE FAMILIA DE GUARDA Y CUSTODIA 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/sllh





## Dedicatoria

- A Dios: Por todo su amor y misericordia que me ha dado en la vida.
- A Guatemala: País que me vio nacer y que me alberga en su eterna primavera.
- A mis padres: Daniel Velásquez Santizo (+)  
María Eluvia Calderón Rios de Velásquez (+)  
Gracias por haberme dado la vida y que Dios nuestro señor los tenga en su eterna gloria.
- A mis suegros: Miguel Angel González Aparicio (+)  
María Barrera (+)  
Que Dios los cobije en su trono.
- A mi esposa: Rosa María González Barrera de Velásquez  
TE AMO POR SIEMPRE, y te doy gracias por toda la felicidad, apoyo y fortaleza que me has brindado.
- A mis hijos: Roselyn Mariela y Carlos Josué  
Que Jesús y María los protejan siempre. Los amo y son mi orgullo.
- A mis hermanos: Gracias por su apoyo
- A mis sobrinos y sobrinas: Sigán adelante
- A mis amigos: Que Dios los bendiga y gracias por su apoyo y amistad incondicional
- A Monseñor Erwin García Arandi: Por haberme brindado su amistad y la oportunidad de servir a Dios y a la comunidad.
- Al Archivo General de Protocolos y su personal: Institución que me dio la oportunidad de desarrollarme, y que me permitió compartir con personas tan especiales que me han brindado incondicionalmente su apoyo, amistad, compañerismo y cariño.
- A la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala: Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser la casa de estudios que me enseñó a ser mejor en todos los aspectos de la vida.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción. . . . .	i
 <b>CAPÍTULO I</b>	
1. El proceso civil . . . . .	1
1.1 Concepto de proceso. . . . .	1
1.2 Definición de proceso civil. . . . .	3
1.3 Importancia del inicio del proceso. . . . .	4
1.4 Clases de proceso. . . . .	4
1.4.1 De conocimiento. . . . .	5
1.4.2 Ejecutivos. . . . .	6
1.4.3 Procesos cautelares. . . . .	7
 <b>CAPÍTULO II</b>	
2. La guarda y custodia . . . . .	9
2.1 Evolución histórica de guarda y custodia. . . . .	9
2.2 Definición doctrinaria. . . . .	13
2.2.1 Definición legal. . . . .	14
2.2.2 Definición propuesta. . . . .	14
2.2.3 Concepto de guarda y custodia. . . . .	15
2.3 Contenido de guarda y custodia. . . . .	19
2.4 Regulación legal. . . . .	20
2.4.1 En el Código Civil. . . . .	21
2.4.2 En la Ley de Tribunales de Familia. . . . .	23
2.4.3 En el Código Procesal Civil y Mercantil. . . . .	24
2.4.4 En el Código Penal. . . . .	25



2.4.5	La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. . . . .	26
2.4.6	Convención Sobre los Derechos del Niño. . . . .	27
2.4.7	Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares... . . . .	30
CAPÍTULO III		
3.	La guarda y custodia en el proceso civil guatemalteco. . . . .	33
3.1	Principales instituciones de derecho civil que mencionan los términos guarda y custodia... . . . .	33
3.2.	Análisis de la guarda y custodia como elemento de la patria potestad . . . . .	40
3.3	Propuesta para transformar la guarda y custodia de figura a institución de Derecho Civil.. . . .	41
CAPÍTULO IV		
4.	Necesidad de regular el proceso oral de guarda y custodia . . . . .	43
4.1	Análisis sobre la regulación legal.. . . .	43
4.2.	Propuesta de regulación o de reforma.. . . .	44
4.2.1	Propuesta de regulación.. . . .	45
4.2.2.	Propuesta de reforma.. . . .	45
CONCLUSIONES.. . . .		47
RECOMENDACIONES.. . . .		49
BIBLIOGRAFÍA.. . . .		51



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, nace como consecuencia de la crisis que actualmente afrontan las familias guatemaltecas, debido a la desintegración por diversos motivos. Siendo que la patria potestad, como representación legal la ejercen los padres sobre los hijos menores de edad, representación que los obliga a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos empleando medios prudentes de disciplina, siendo responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral y materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

Así mismo la patria potestad, en su concepción legal, le hacen falta algunos elementos esenciales y secundarios que deben ser desarrollados a través de la institución de guarda y custodia, que debe ser ampliada no solamente a los padres del menor de edad; sino a cualquier persona que se encargue del cuidado y guarda de un menor de edad, que por circunstancias diversas colaboran con el desarrollo integral del menor de edad.

El método utilizado para la realización de la presente investigación es el inductivo ya que para emprender, estudiar e investigar el tema estudié en forma particular documentos, casos concretos y leyes específicas relacionadas con el tema, alcanzando así el estudio óptimo del mismo.

Con el presente trabajo de investigación se pretende enfatizar el problema de la desintegración familiar, el de la patria potestad y el de la regulación legal de la guarda y custodia.

Se desarrolla en forma breve, pero con contenidos esenciales, fundamentales y doctrinarios; en un primer capítulo, se desarrollan instituciones del proceso civil, clasificación, como los de conocimiento, ejecutivos y procesos cautelares; así mismo en un segundo



capítulo se refiere a la guarda y custodia, la evolución histórica de la misma, definición legal, contenido, propuestas, ley de tribunales de familia; un tercer capítulo que desarrolla la guarda y custodia en el proceso civil guatemalteco, y un cuarto estipula la necesidad de regular el proceso oral de guarda y custodia, análisis sobre la regulación legal propuesta de regulación del juicio oral de guarda y custodia.

Por el rol que juega cada una de las personas dentro de la sociedad y tomando a la familia como base fundamental de la misma; se considera de suma importancia el estudio de la guarda y custodia.



## CAPÍTULO I

### 1. El proceso civil

#### 1.1 Concepto de proceso

En el lenguaje común se define a proceso como una serie de trámites que se deben realizar para llegar a un determinado fin, y el origen del vocablo “proceso” se deriva del latín “procedere” que significa marchar, avanzar hasta un punto determinado, pero a través de momentos sucesivos. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: “acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo; conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno”.<sup>1</sup>

Jurídicamente esto no tendría mayor trascendencia y es por ello que Carnelutti hace la siguiente ejemplificación: “Para distinguir entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: Procedimiento es la decena, el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien puede comprender más de una”.<sup>2</sup>

Se puede derivar que procesal es una forma de decir proceso, para el autor Jaime Guasp, el Derecho Procesal es el “Derecho referente al proceso; es pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso”<sup>3</sup>.

Guasp define los postulados fundamentales de toda ordenación del proceso al indicar que todo proceso exige una pretensión, toda pretensión lleva consigo un proceso y ningún proceso puede ser mayor o menor o distinto de dicha pretensión, y llega al concepto de proceso el cual define como “Una serie o

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Pág. 1671

<sup>2</sup> Palacio, Lino Enrique. **Manual de Derecho Procesal Civil** Pág. 59.

<sup>3</sup> Jaime Guasp, **Derecho Procesal Civil**. Pág. 31.



sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos para ello”<sup>4</sup>.

Eduardo J. Couture tiene un concepto más simple del proceso judicial, e indica que: “Es una serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad sometido a su decisión”<sup>5</sup>.

Es importante citar nuevamente a los Licenciados Montero y Chacón, quienes con respecto a la historia del proceso señalan: *“Fue en Alemania, y en el inicio del siglo XIX, cuando la doctrina puso de manifiesto que carecía de método científico el ir explicando juicio tras juicio sin elevarse conceptualmente a la idea general de proceso, para desde ella poder entender lo que hacen los órganos jurisdiccionales y las partes. El proceso pasó así a ser un concepto, como lo es el contrato, y sólo cuando se comprende el mismo se está en disposición de entender los procesos en concreto que ofrece la realidad, de la misma forma como sólo se entienden los contratos en particular cuando se parte del concepto general de contrato”*<sup>6</sup>.

De lo anteriormente expuesto, se puede definir el concepto de proceso como una consecución de actos judiciales concatenados que pretenden llegar a un fin; en términos prácticos se suele llamar el derecho adjetivo, ya que es poner en dinamismo las normas sustantivas del Derecho Civil, esto no significa más que impartir justicia por parte del Estado, mediante un conjunto de procedimientos establecidos en la ley respectiva (Decreto Ley 107).

---

<sup>4</sup> Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1977, 3ª. Edición Pág. 31.

<sup>5</sup> Eduardo J. Couture, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Editorial Depalma. Buenos Aires , 1962, 3ª. Edición Pág. 121.

<sup>6</sup> Montero y Chacón, **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Editorial Helvetia, Guatemala, 1999, Págs. 117-118.



## 1.2 Definición de proceso civil

Couture lo define como: “El derecho procesal civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil”<sup>7</sup>.

Para algunos autores existe un concepto más riguroso del Derecho Procesal Civil como: “Conjunto de normas que regulan la resolución jurisdiccional de las controversias jurídicas”<sup>8</sup>. Otros que lo definen como: “El conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del Juez y las partes en la substanciación del Proceso”<sup>9</sup>.

Es preciso establecer además que en un primer momento existía un solo proceso, en el cual se conocía de todas las pretensiones, es decir, aún fueran estas de materia penal, puesto que dicho Derecho no había ganado independencia. Se dice que es preciso señalarlo, puesto que en este sentido se tienen dos elementos a estudiar. Por un lado el hecho de dilucidar si el tribunal tiende a actuar el Derecho Penal o el Derecho Civil (o cualquier otra rama del Derecho Objetivo), de conformidad con el proceso. Lo cual nos lleva al criterio base que distingue entre necesidad y oportunidad, y que cada uno de los procesos tiene sus propias características.

Por otro lado, y como consecuencia de dicha situación, a pesar de que también ha sido creado el Centro Administrativo de Gestión Penal, los servicios que brinda éste, no se podrían unificar con el Centro de Servicios Auxiliares de la

<sup>7</sup> Eduardo J. Couture, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Editorial Depalma. Buenos Aires , 1962, 3ª. Edición Pág 3.

<sup>8</sup> Manuel Morón Palomino. “**Sobre el concepto del derecho procesal**” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 1962, Seg. Época, No. 3, Pág. 124.

<sup>9</sup> Hugo Alsina, **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**, Ediar S. A. Editores. Buenos Aires 1956, 2ª. Edición Tomo I, Pág. 19 .



Administración de Justicia, aparte de la notoria distinción que existe en razón de la materia, por los principios mencionados y básicamente por las características de cada proceso.

De las diversas acepciones de Proceso Civil no se debe olvidar que la razón de ser del proceso es precisamente resolver una litis, o sea un conflicto del orden civil (en este caso) y responder a una reclamación mediante la ejecución de un proceso. “El objeto del proceso es, naturalmente, la reclamación o queja que se trata de satisfacer, es decir, la pretensión procesal”<sup>10</sup>.

### 1.3 Importancia del inicio del proceso

La forma típica de iniciar un proceso civil es mediante una demanda, esto debido a que comúnmente el proceso se inicia por el conocimiento de personas distintas al órgano jurisdiccional y en este orden de ideas se concluye que no es función de dicho órgano conocer de procesos sino únicamente resolverlos. La demanda es por ende una parte vital del comienzo del proceso, para el autor Jaime Guasp la demanda es: “El acto típico y ordinario de iniciación procesal”<sup>11</sup>.

### 1.4 Clases de proceso

Debido a la variedad de pretensiones que accionan los particulares, consecuentemente a los diferentes hechos o asuntos surgidos entre ellos, es decir las diferentes formas que adquiere la “litis”, así también surgen diferentes formas de atender los asuntos. Es decir diferentes clases de procesos.

---

<sup>10</sup> Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil. **Instituto de Estudios Políticos de Madrid**, 1977, 3ª. Edición Pág. 17.

<sup>11</sup> Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil. **Instituto de estudios políticos de madrid**, 1977, 3ª. Edición Pág. 299.



El Proceso Civil es el proceso que mayores formas disímiles adquiere y mayores clasificaciones adopta. Contrariamente a lo que pasa en la sede penal, en cuanto a que formas del proceso existen menos y comúnmente son derivaciones de éste.

El Proceso Civil se clasifica en cuatro formas de las cuales se encuentran aún ramificaciones. Estas cuatro formas son: Procesos de Conocimiento; procesos Ejecutivos; procesos Cautelares y proceso Arbitral.

Con el objeto de establecer una mayor claridad entre las formas que adquieren los procesos y los requerimientos de la distribución del trabajo, servicio que presta el Centro que se analiza en el presente trabajo, se procede a continuación a explicar cada una de estas clasificaciones en forma ordenada.

#### 1.4.1 De conocimiento

Los procesos de conocimiento son aquellos que surgen de la controversia entre particulares y que necesariamente las partes deben comprobar los hechos que sostienen.

Al decir del insigne Maestro de Derecho Procesal Civil, el Doctor Mario Aguirre Godoy, en su obra Derecho Procesal Civil, señala que: *“En los procesos de conocimiento se afirma la existencia, la modificación o la extinción de ciertos hechos, cuya alegación fundamenta la posición de tales sujetos procesales mantienen en el desarrollo de la controversia. Pero no es suficiente únicamente alegarlos, sino que es menester probarlos”*.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**, Tomo I Editorial Vile, Pág. 563.



Por su parte los Licenciados Montero y Chacón señalan: *“Hay que insistir en que los procesos de conocimiento, que también se llaman de declaración, son aquellos por medio de los cuales los tribunales juzgan, es decir, declaran el derecho en el caso concreto, y lo hacen cuando ante los mismos se interpone una pretensión declarativa pura, una pretensión de condena o una pretensión constitutiva. Estas pretensiones no dan lugar a tres clases de proceso, sino que cualquiera de ellas se conoce o ventila por el proceso de conocimiento o declaración”*.<sup>13</sup>

Las opciones que surgen a los procesos de conocimiento son los Ejecutivos y los Cautelares, que se explican más adelante. Como especie de los procesos de conocimiento, surge el proceso ordinario, en el que no hay (como su mismo nombre lo indica), limitación a objeto alguno<sup>14</sup>.

#### 1.4.2 Ejecutivos

El proceso de ejecución comprende para nuestra ley, (Código Procesal Civil y Mercantil), a) proceso de dación, cuando lo que pretende el proceso es dar. b) de transformación: si la conducta que se pretende es un hacer distinto a dar.

Los procesos de ejecución son aquellos en los cuales el tribunal o juzgado obliga a la realización de la conducta que se estableció previamente en un documento, que se tiene como justo título o como título ejecutivo propiamente dicho. Por tal motivo se señala, que la función del órgano jurisdiccional, de obligar al sujeto a observar determinada conducta, puede ir en dos sentidos: La de dar algo o la de hacer algo.

<sup>13</sup> Montero y Chacón, **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 253.

<sup>14</sup> Tal como lo regula el artículo 96 del CPCYM.



En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil se ocupa de dichos procesos en su Libro Tercero.

### 1.4.3 Procesos Cautelares

La idea del juicio cautelar es garantizar un derecho, tutelar un derecho, proteger un derecho con el objeto de hacer prevalecer el derecho del litigante que en efecto le asiste un derecho.

Esto lo señala de mejor forma Manuel de la Plaza, citado por el tratadista guatemalteco, Doctor Mario Aguirre Godoy: *“...ocurre que por ser el proceso un acto complejo que ni siempre puede iniciarse en momento propio ni nunca se desarrolla, por perfecto que el sistema sea, sino a través de un lapso más o menos largo de tiempo se impone frecuentemente la necesidad de asegurar, inicialmente una posición con notoria ventaja para el litigante, o de evitar, previniendo sus consecuencias, los daños positivos que por no haberlas previsto pudieran causarse, mediante la adopción de una serie de variadas medidas... Por ello, al lado del proceso jurisdiccional de cognición y del de ejecución, se atribuye al proceso la misión de cumplir un fin más (el de prevención o aseguramiento de los derechos) y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar...”*<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil Tomo I. Pág. 260-261.





## CAPÍTULO II

### 2. La Guarda y Custodia

#### 2.1. Evolución histórica de Guarda y custodia

En el Código de Napoleón, en el Capítulo VI, Título III, Libro Primero, señala:

*“De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido.*

*Artículo 141. Si el padre hubiere desaparecido dejando hijos menores legítimos, la madre quedará al cuidado de los mismos ejerciendo todos los derechos que correspondieran al marido en lo relativo a la educación de aquellos y administración de sus bienes”.*<sup>16</sup>

Se debe hacer énfasis, en que si bien se mencionan varios elementos relativos a la patria potestad, como: la representación del menor que correspondía al padre; la educación y la administración de los bienes, se indica especialmente el “*cuidado*”, con lo cual, claramente queda evidenciada la preocupación de dicho cuerpo de leyes por garantizar a la niñez lo que en Guatemala se nombra como guarda y custodia.

*“Napoleón es el directamente responsable de unos cuantos de los defectos del código Civil, como la desigualdad de los sexos, y los excesivos poderes del padre de familia”.*<sup>17</sup>

El Artículo transcrito evidencia una de las debilidades del código de Napoleón, tales como: la discriminación por sexo, puesto que la madre tenía que

---

<sup>16</sup> Código de Napoleón, Concordado, edición comentada por Don Francisco Laurent, Editor Juan Buxo, La Habana, Cuba, 1921, Pág. 41.

<sup>17</sup> Fournier Acuña, Fernando. **Historia del derecho**, Ediciones Juricentro S.A., Colección Escuela Libre del Derecho, San José, Costa Rica, 1978, Pág. 134.



esperar a que el padre se ausentara para poder tener derecho a ejercitar los roles que se mencionan en el artículo, situación que en Guatemala se corrige hasta las recientes reformas introducidas al Código Civil guatemalteco<sup>18</sup>, Decreto Ley 106, por medio de las cuales se otorgan iguales derechos y obligaciones al padre y a la madre.

“Artículo 142 del Código de Napoleón. Seis meses después de la desaparición del padre, o si la madre hubiere fallecido al tiempo de esta desaparición, o si muriere antes que se declare la ausencia del padre, se confiará el cuidado de los hijos por el consejo de familia a los ascendientes más próximos, o en su defecto a un tutor provisional. Artículo 143 del Código de Napoleón. Lo mismo sucederá en el caso en que el esposo ausente haya dejado hijos de matrimonio contraído anteriormente”.<sup>19</sup>

Lo que queda claro en estos Artículos transcritos es el hecho de que, ya en el Código de Napoleón se regulaba lo relativo a la guarda y custodia en terceras personas.

En cuanto al divorcio, también el Código de Napoleón establecía normas que regulaban a quién debían confiarse los hijos comprendidos dentro de la niñez y la adolescencia.

*“Artículo 302 del Código de Napoleón. Los hijos se confiarán al cónyuge que haya obtenido el divorcio, a no ser que el Tribunal, a instancia de la familia o del fiscal, ordene para el mayor bienestar de aquellos que se encargue de los mismos el otro esposo, o una tercera persona”.<sup>20</sup>*

En este Artículo, se da mayor énfasis al Estado, para que a requerimiento de la familia o del funcionario denominado fiscal, se ordene, en atención al *mayor*

<sup>18</sup> Artículo 1 del Decreto Número 80-98 del Congreso de la República.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Código de Napoleón, Op. Cit. Pág. 78 – 79.



*bienestar de los hijos*, que estos queden al cuidado de determinado esposo o inclusive de una tercera persona, lo cual constituye una fortaleza de dicho Código. Ya para la época, constituye un gran avance en el *interés superior del niño*.

*“Artículo 303 del Código de Napoleón. Cualquiera que sea la persona a quien se hayan confiado los hijos, el padre y la madre tendrán siempre derecho a cuidar de su alimentación y educación, y deberán contribuir a los gastos que con este motivo se ocasionen en proporción a sus medios”.*<sup>21</sup>

Lo que resulta interesante en este Artículo, es que le nombren como un derecho sobre los alimentos y que hoy concebimos como una obligación, como un *derecho de contribuir*, a pesar de que luego el mismo artículo señale el deber de colaborar con los gastos en proporción a los medios del que proporciona los alimentos. En realidad el Artículo deja mucho que desear con relación a la coercitividad propia del derecho de alimentos. Sin embargo, lo importante para esta investigación lo constituye el hecho de que se haga una individualización entre el concepto de alimentos y el de custodia como queda evidenciado con las palabras *“Cualquiera que sea la persona a quien se hayan confiado los hijos”*.

Siendo el derecho argentino, un derecho latino y además de los que se puede denominar de avanzada, debido a su evolución constante y científica, es importante citar aquellos elementos con los cuales se establece respecto a la guarda y custodia del menor, y que en su Artículo 11 la Ley 10.903, dispone:

*“Cuando el juez lo considera conveniente, la resolución podrá limitarse a la privación de la tenencia del menor, y en tal caso, este podrá ser entregado al Consejo Nacional del Menor en la jurisdicción nacional o a la autoridad que corresponda en la jurisdicción provincial, o adoptar alguno de los otros recaudos en vigor”.*

---

<sup>21</sup> Código de Napoleón. Op. Cit. Pág. 79.



Refiriéndose al contenido de la ley citada, la Enciclopedia Omega señala: *“En este caso el padre conserva todos los otros atributos nacidos de la patria potestad, ya que no se produce ni la pérdida ni la suspensión de la misma. Así continúa administrando y usufructuando los bienes del menor, perdiendo sólo la guarda del mismo y los derechos conexos, tales como el de corrección y educación, ya que estas facultades no podrán ser ejercidas encontrándose el menor lejos de la casa paterna por razones de orden material.*

*Las obligaciones se mantienen y el padre continuará representando al menor, conforme con las normas que rigen la patria potestad”.*<sup>22</sup>

Es necesario hacer énfasis, en que tanto la norma citada, como el análisis que realiza la enciclopedia hacen mención con total independencia de la guarda o tenencia del menor de edad, con respecto a los demás atributos que devienen de la patria potestad.

A los atributos que la enciclopedia menciona como tales, en el ámbito nacional se les conoce como elementos, y en cuanto a la guarda y custodia estos son tres: tenencia, vigilancia y cuidado a los cuales nos referiremos posteriormente. Tomando en cuenta que el significado legal de atributo, consiste en las propiedades de un tema.

Efectivamente, un antecedente de la guarda y custodia en el sentido de la importancia que la legislación Argentina concede a la misma, en contraste con lo poco desarrollada que se encuentra en el Código Civil guatemalteco, puesto que en nuestra ley no se habla de la suspensión de la guarda y custodia o “privación de la tenencia” como le nombra la enciclopedia mencionada.

---

<sup>22</sup> Enciclopedia Omega. Obra Citada Pág. 822.



Otro aspecto que es preciso destacar, consiste en la importancia que le asignan los legisladores argentinos en su legislación a los elementos de “corrección y educación” del menor de edad como elemento más bien de la guarda y custodia, que de la patria potestad, puesto que de la lectura se desprende el hecho de que la patria potestad si bien comprende elementos tales como la administración o usufructo de los bienes del menor, los otros, es decir, la educación, corrección y representación del menor incluso, son aspectos más de guarda y custodia.

## 2.2 Definición doctrinaria

Doctrinariamente algunas definiciones importantes a saber son las siguientes:

Primero se cita a Manuel Ossorio quien señala que Guarda es:

*"Defensa, conservación, cuidado y custodia" Y más adelante señala que es la "cúratela o curandería"*<sup>23</sup>.

Encontrando que el tratadista en mención establece como sinónimo los términos guarda y custodia. Y en el caso de la palabra Custodia la apunta como sinónimo de: “Guarda o vigilancia”<sup>24</sup>.

Podemos inferir por lo tanto, según ésta concepción que la persona encargada de un menor, incapaz, de su cuidado y vigilancia, en efecto será la que ejercite la guarda y custodia.

De los tratadistas estudiados únicamente Marcel Planiol establece una definición que se puede aplicar al contenido de la guarda y custodia, que se propone en ésta investigación, en donde expresa que:

---

<sup>23</sup> “Cargo y funciones del curador”, según Manuel Ossorio, Ob. Citada Pág. 339.

<sup>24</sup> “cuidado, celo y diligencia que se pone o ha de ponerse en las cosas o asuntos de la propia incumbencia” Pág. 190.



*“La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres...El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública”<sup>25</sup>.*

### 2.2.1 Definición legal

Podemos señalar con certeza que, el Código civil carece de una definición para la figura de "guarda y custodia", Al iniciar un proceso judicial se usa denominaciones tales como: “juicio oral de guarda y custodia”; “cuidado y custodia”; “tenencia y cuidado” y otros. No obstante, el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, al asignar el órgano jurisdiccional que conocerá, le denomina: “oral de guarda y custodia”.

### 2.2.2. Propuesta de definición

Con el objeto de dar una definición más unificada de la guarda y custodia, y no individualizada de cada una de las funciones a las que aluden las palabras que constituyen su denominación, se propone la siguiente definición, para lo cual, es preciso indicar que la misma es elaborada por el autor del presente trabajo:

*“La guarda y custodia comprende los derechos y obligaciones relativos a los padres en cuanto a la tenencia, vigilancia, educación y asistencia, que se ejercen temporalmente por ambos, cuando el matrimonio está integrado y en caso de separación o divorcio por uno de ellos, o por un tercero que puede ser un pariente o una institución especializada en casos calificados;*

---

<sup>25</sup> Georges Ripert, Marcel Planiol. Ob Citada Pág. 259.



*siendo su fin último velar por el interés del niño, niña, adolescente, o incapaz, lo cual representa para estos últimos, un derecho”.*

La enciclopedia omega se refiere a la figura del guardador como, instituto. En forma más amplia se puede afirmar que: *“Por Guarda y Custodia se entiende la relación por la cual, una persona, denominada guarda-custodio, quien puede ser: (a) El padre y la madre conjuntamente en caso de una familia integrada; (b) El padre o la madre, en caso de separación o disolución del vínculo conyugal; (c) La madre o padre solteros; (d) El padre viudo o la madre viuda, y, (e) Un tercero, que puede ser un pariente o una institución. Quienes ejercerán temporalmente por designación, convenio o por ley, sobre otra llamada guarda-custodiado, quien puede ser un niño, niña, adolescente o incapaz; la tenencia y vigilancia<sup>26</sup>, de forma que éste último debe permanecer junto al primero, quien cuidará de su seguridad, formación, salud física y mental y demás hábitos, para que pueda desarrollarse de forma adecuada, tomando en consideración el principio del interés superior del niño<sup>27</sup> como prioridad”.*

El guarda-custodio podrá ser uno de los padres o un tercero, en cuyo caso puede ser un familiar u otra persona de la confianza de los padres o bien una institución.

### 2.2.3. Concepto de guarda y custodia

Por guarda y custodia entendemos, la actividad por la cual un padre, una madre o un tercero ejerce el cuidado de un menor, de un incapaz, y verifica en forma directa que el cuidado sea efectivo.

<sup>26</sup> “cuidado, celo y diligencia que se pone o ha de ponerse en las cosas o asuntos de la propia incumbencia” Pág. 190.

<sup>27</sup> “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia”. Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.



El origen conceptual de las palabras guarda y custodia, parece más bien referirse a bienes o cosas y no a personas. Los diccionarios, tanto el de la Lengua Española, como los jurídicos se refieren en forma similar a estas palabras. Bástenos citar las siguientes definiciones de guarda: *“Persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa. Observancia y cumplimiento de la ley o estatuto”*.<sup>28</sup>

En cuanto a la custodia señala: *“Pieza de oro, plata y otro metal, en que se expone el Santísimo Sacramento a la pública veneración. Templete o trono, generalmente de plata y de grandes dimensiones, en que se coloca la custodia u ostensorio para ser conducido procesionalmente en andas o sobre ruedas. En Chile, consigna de una estación o aeropuerto donde los viajeros depositan temporalmente equipajes y paquetes”*.<sup>29</sup>

Algunos criterios contradictorios se pueden dar a los términos de guarda y custodia, como que se refieren impropriamente a las personas, porque parece más bien que se designan cosas con ellos como lo hemos citado antes y como lo afirma el tratadista Mauricio Luis Mizrahí:

*“La impropiedad del término, en el sentido de que parece aludir más a las cosas que a las personas, ya fue destacada por la doctrina...El significado de esta expresión es por demás elocuente: ocupación y posesión actual y corporal de una cosa. Pero aquí que los niños, lo dijo ya la Corte Suprema, son sujetos y nunca objetos de derechos de terceros...”*<sup>30</sup>.

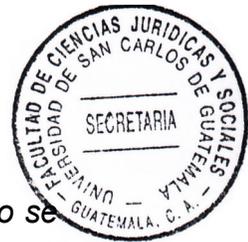
Por lo que resulta también preciso citar lo siguiente del mismo autor:

---

<sup>28</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima primera edición, año 2000, Pág. 1066.

<sup>29</sup> Ob. Cit. Pág. 630.

<sup>30</sup> Mizrahi, Mauricio Luis. **Familia, Matrimonio y divorcio**, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1998. Págs. 397 y 398.



*“En primer lugar, importa la precisión en las palabras para que no se posibilite la creación de situaciones ambiguas. Dado que el sujeto es un ser que apela al lenguaje –instrumento que permite la comunicación entre los hombres-, la verbalización no es indiferente para el niño”<sup>31</sup>.*

Las palabras de guarda y custodia, como todas las expresiones simbólicas pueden ser transformadas. Ante el caso de que los legisladores, juristas pensadores y la sociedad civil lo consideren posible y conveniente, se puede sugerir: “cuidado y vigilancia”, tanto para la niñez como para las personas incapaces.

Esto permite que todos en general puedan concebir por niño, niña y por incapaz, lo siguiente:

Por menor de edad: *“el que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad”*.<sup>32</sup>

La minoridad es la: *“situación en que se encuentra la persona física que no ha alcanzado la mayoría de edad”*.<sup>33</sup>

*“La minoría de edad es la situación jurídica de la persona (el menor), que transcurre desde su nacimiento hasta el momento en que se alcanza la mayoría de edad: los dieciocho años”*.<sup>34</sup>

En la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Código Civil, no existe una definición legal de lo que es niñez. La minoridad se encuentra establecida en el Artículo 3 del Código de Menores el cual señala: “Artículo 3.- minoridad. Para los efectos de este Código, son menores quienes no hubieren cumplido diez y ocho años de edad, En caso de duda y mientras no se pruebe lo

<sup>31</sup> Mizrahi, Mauricio Luis Ob. Citada Pág. 135.

<sup>32</sup> Ossorio, Manuel. Obra citada, Pág. 461.

<sup>33</sup> Ob Cit. Pág. 467

<sup>34</sup> Puig i Ferriol, Lluís, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez, José Javier Hualde. **Manual de derecho civil I** (Introducción y Derecho de la Persona). Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas S.A., Madrid, España, 1995, Pág. 158.



contrario, la minoridad se presume”. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, publicada el 18 de julio del año 2003 con vigencia ese mismo día, señala en su Artículo 2 aspectos diferentes a los mencionados en las leyes citadas: *“Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”*. Los aspectos diferentes que se mencionaban son dos, el Código de la Niñez y la Juventud establece dos categorías entre las personas menores de dieciocho años: niño o niña y joven; mientras que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia señala niño o niña y adolescente. Y la otra diferencia es que mientras el primero de los cuerpos legales mencionados establece el rango para considerar a una persona niña o niño en los doce años, el segundo lo hace hasta los trece.

Contrariamente al contenido de los Artículos citados, la Convención Sobre Derechos del Niño establece en su Artículo 1: *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”*.

En relación a la incapacidad, según Cabanellas de Torres, es: *“La declarada expresamente por la ley o establecida por sentencia judicial y que de manera absoluta o relativa impide ejercer derecho, contraer deberes e intervenir en negociaciones”*.<sup>35</sup>

Por incapaz el mismo tratadista establece los siguientes significados: *“Individuo privado por las leyes de alguno de sus derechos naturales o civiles. El sometido al amparo legal de la patria potestad o de la tutela, por carecer de experiencia o posibilidad de hacer valer sus derechos y cumplir las obligaciones derivadas de sus hechos o de sus bienes”*.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. Obra Citada, Pág. 199.

<sup>36</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. Obra citada. Pág. 200.



Al hablar de incapaz, dentro del concepto de guarda y custodia, nos referimos única y exclusivamente al que adolece de enfermedad mental, que anula su discernimiento.

Para la ley guatemalteca, es decir el Código Civil en su Artículo 9. Señala que: *“Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Puede asimismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebida, alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos...”*<sup>37</sup>

### 2.3. Contenido de guarda y custodia

La importancia del contenido de la guarda y custodia, es que incluye las finalidades de: seguridad, formación, salud física y mental y persigue el interés superior del niño.

#### Seguridad

La niñez, el incapaz, tiene derecho a que se le brinde un ambiente seguro con la confianza de que puede desenvolverse sin riesgo de ninguna clase o peligro, porque en caso contrario el crecimiento psicológico normal (en el caso de la niñez) se vería afectado.

---

<sup>37</sup> Según el artículo 23 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, señala que el menor de edad no es imputable.



## Formación

En la función de guardador, también debe establecerse la formación integral del niño, niña o adolescente.

En este sentido es importante resaltar que el deber de cuidado que se tenga con el niño, niña o adolescente debe incluir su formación correspondiente, como persona en materia de instrucción, y así en general, de todo tipo de educación y recreación que contribuyan con su desarrollo físico, psíquico-normal y cultural.

## Mental

Finalmente el desarrollo mental, es consecuencia de crecer en un ambiente de seguridad y de cariño en el cual además se le proporciona todo tipo de posibilidades y oportunidades para la educación a la niña, niño o adolescente, siendo un factor importante en este sentido, el fomentar la autoestima personal, lo que produce en la niñez: disposición a participar; disposición a compartir; aceptar consejos sin verlos como crítica; comfortable cuando se encuentra solo.

### 2.4. Regulación legal

Con excepción del Código Penal y la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, el resto de la legislación nacional no se refiere uniformemente al cuidado de los hijos como guarda y custodia, dándole así un significado poco concreto y abstracto. A continuación se analizan las leyes en las cuales, de alguna manera, se hace mención de ella, no propiamente con esa denominación:



#### 2.4.1. En el Código Civil

Pese a ser uno de los caracteres de la Patria Potestad, el Código Civil no define lo que es guarda y custodia, en ninguno de los artículos de esta institución. En la normativa que se transcribe a continuación, puede apreciarse esta situación:

*Artículo 252: “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”.*

*Artículo 253: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad”.*

*Artículo 254: “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”.*

En cuanto a la duración de la guarda y custodia, del análisis del Artículo 252 del código civil guatemalteco que preceptúa en su parte conducente: “...Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción” (Artículo 252 segundo párrafo, del código



civil, Decreto Ley 106), se puede concluir que finaliza a los dieciocho años a excepción de que el hijo sea incapaz y haya sido declarado interdicto. En caso contrario es el momento en el cual "los padres deben entregar a los hijos...los bienes que les pertenezca y rendir cuentas de su administración...".

El Artículo 253 del código civil, menciona el cuidado, el sustento, la educación y la corrección por parte de los padres, lo cual constituye un alcance porque los mismos son en si, elementos de la guarda y custodia. Y como debilidad del Artículo podemos indicar que deja de señalar con propiedad a la guarda y custodia, regulándola por separado de los demás elementos que comprende la patria potestad, contenidos en el Artículo siguiente.

En el contenido del artículo 254 del código civil se puede establecer claramente que no se menciona la Guarda y custodia, ni sus sinónimos, que son por ejemplo: "al cuidado de" o "en poder de".

Al estudiarse el código civil se encuentra que la Guarda y Custodia si ciertamente se encuentra regulada, aparece en una forma deficiente y poco ilustrativa, es por ello que se citan y analizan a continuación los Artículo 163 y 166 de dicho cuerpo de leyes.

*"ARTICULO 163. (MUTUO ACUERDO) Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes.*

1. *A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio..."*

*"ARTICULO 166. (A QUIEN SE CONFIAN LOS HIJOS). Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado*



*de los menores, con base en estudios o Informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.*

Ambos Artículos hacen referencia a la Guarda y Custodia, mencionándose en los dos de igual forma como: *“a quien quedan confiados los hijos”*. En el Artículo 166 además menciona en el segundo párrafo: *“que el juez resolverá sobre la custodia y cuidado de los menores”*.

Lo que es importante de señalar es que la denominación que se le da, es diferente y no uniforme; contrario a que privara en todo el cuerpo del código civil, la concepción de que este tema se llama Guarda y custodia, en ese caso no habría porque utilizar tantos términos similares pero no iguales. Lo cual es una regulación, más no técnica ni completa, toda vez que carece de definición y especificación de contenido.

#### 2.4.2. En la Ley de Tribunales de Familia

Establece la Ley de Tribunales de Familia que los procedimientos sujetos a tal ley son aquellos de cualquier cuantía siempre y cuando sean relacionados 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 del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, tal como lo establece el Artículo 2º de dicha ley. El Artículo 9º de la misma ley remite a las normas del código procesal civil y mercantil en lo que sea aplicable a su procedimiento, los juicios relativos a preñez y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio declaración y cese de unión de hecho y patrimonio familiar. Por dicha consignación se trata pues de una ley que no contiene las palabras guarda y custodia, pero que en el contexto de preferirse usar las palabras



patria potestad, las primeras quedarían contenidas en las de la segunda, siempre y cuando el Artículo respectivo que regula a la patria potestad haga mención de contener a la guarda y custodia.

#### 2.4.3. En el Código Procesal Civil y Mercantil

El Artículo 427 del código procesal civil y mercantil, establece, como medida cautelar que el juez debe *determinar provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos*, suponiendo con ello que se trata de la guarda y custodia de los niños, niñas o adolescentes que han sido, producto del matrimonio que se intenta disolver.

Luego el Artículo 429 del código procesal civil y mercantil obliga a que se presente en el convenio de divorcio: *A quien quedan confiados los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio.*

Las palabras: cargo (1er párrafo, 427 del código procesal civil y mercantil) y confiados (mencionado en el párrafo anterior de este trabajo), con las cuales los Artículos 427 y 429 del código procesal civil y mercantil hacen alusión a la guarda y custodia de niños, niñas o adolescentes, es una de las pruebas fehacientes de que en cuanto a la terminología del tema no hay uniformidad y conceptualización adecuada, lo que deviene en una serie de denominaciones y acepciones antojadizas o en todo caso, discrecionales, desatendiendo con esto lo que señalaba el autor Mauricio Luis Mizrahí, multicitado en el presente contenido, acerca de lo importante que es precisar una terminología sobre todo en materia de niñez y adolescencia.

En el caso de la circular número 42/AH, emitida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 9 de septiembre de 1964, es preciso enfatizar que, pese a que dicha circular pretendía ampliar o completar la Ley de Tribunales de Familia, en el



sentido de aclarar cuáles asuntos corresponden a la jurisdicción privativa de familia, en su numeral romano I, no se hace mención alguna del procedimiento de “guarda y custodia” que como se ha visto, en la práctica tribunaria más reciente, se tramita en la vía oral.

Fuera de estas leyes, la legislación nacional no se ocupa ni siquiera de los conceptos y términos de la guarda y custodia. No obstante se han sustanciado desde hace varios años en la vía oral los procesos por guarda y custodia.

#### 2.4.4. Código penal

Entre las diferentes contradicciones que tiene nuestra legislación civil y penal, al respecto de Guarda y Custodia no está definido su alcance de protección en el código civil ni en el código penal.

Tal como se señaló antes, el código penal establece para efectos de aplicación con agravación de la pena cuando participa en el ilícito penal un pariente, guarda o custodio. Para el efecto conviene ver los tipos penales establecidos bajo el título de los delitos contra la libertad sexual:

Artículo 174. Violación, *agravación de la pena*, el cual señala en su numeral 2º; *“Cuando el autor fuera pariente de la víctima dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guarda”*.

El Artículo 179, que contempla los abusos deshonestos violentos, también se refiere a esta misma concepción, toda vez que cita el Artículo 174.

Artículo 178, estupro agravado, establece: *“Cuando el autor fuere pariente, dentro de los grados de ley, de la estuprada o encargada de su educación, custodia*



*o guarda, las sanciones señaladas en los artículos anteriores se aumentarán en sus terceras partes”.*

El Artículo 189 que se refiere a corrupción agravada, señala en su numeral 5° lo siguiente: *“si el autor fuere ascendiente, hermano, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima”.*

Es importante hacer énfasis en que si bien es cierto, el código penal menciona las palabras guarda, custodia, lo hace no con una voz conjuntiva “y”, sino con una voz disyuntiva “o”, lo cual hace parecer que se refiere a dos figuras distintas. Lo cual es necesario reformarlo para corregirlo.

#### 2.4.5 La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

Esta ley, promulgada en octubre del año de 1996, es una de las leyes que nombra en forma específica a la “guarda y custodia”, cuando en su Artículo 7, establece todas las medidas de seguridad que a través de los Tribunales de Justicia puede aplicar, en casos de violencia intrafamiliar. Específicamente en la literal f, donde se señala lo indicado, estatuyendo: *“Suspenderle provisionalmente al presunto agresor la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad”.* Es decir le suspende el cuidado, la protección.

Se plasmó en dicha ley, una clara idea de lo que es y comprende la guarda y custodia esto significa que se encuentra al niño, niña o adolescente, hijos en poder o al cuidado de ambos progenitores o del padre o madre designado, cuya responsabilidad es cuidar y velar por ellos. Pero al darse la Violencia Intrafamiliar (física, psicológica, patrimonial), esa permanencia al lado del padre o madre agresor, ese cuidado y vigilancia puede tornarse dañino o peligroso para el hijo niño, niña, adolescente o hijo/a incapaz. Por lo que queda a criterio del órgano



jurisdiccional, suspender provisionalmente la Guarda y Custodia al progenitor que la sustenta, como presunto agresor.

Esta ley en ningún momento confunde a la Guarda y Custodia, con la institución de la Patria Potestad.

Se puede determinar claramente que la ley en cuestión concibe a la guarda y custodia como, la permanencia de los hijos o hijas comprendidos entre la niñez y la adolescencia al lado de sus padres. Esto último porque, el Artículo señala la frase “sus hijos”.

#### 2.4.6 Convención Sobre los Derechos del Niño

Es importante transcribir en este apartado el Artículo 3 numerales 1 y 2, y Artículo 18, de la convención sobre los derechos del niño, los cuales afirman que:

##### *“Artículo 3º*

- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
- 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*



*Artículo 18°.*

1. *Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. 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.*
2. *A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.*
3. *Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.*

Resulta ineludible enfatizar la palabra “guarda” que la convención utiliza para referirse en el último numeral del Artículo que se transcribió, a la obligación de dar techo y abrigo a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que se consigna esta obligación en el caso de que los padres, (quienes se entiende que los dan en casos normales), no puedan estar con sus hijos durante cierto horario del día por sus actividades laborales como medio de subsistencia.

Finalmente, es importante comentar algo al respecto del Artículo 12 numeral dos de la convención sobre derechos del niño, el cual establece:

*“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea*



*directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional”.*

Dicha norma resulta relevante para ser tomada en cuenta en todo fallo relativo a las solicitudes de guarda y custodia, y es preciso en consecuencia que se escuche al niño para respetar su interés superior en ese tipo de procedimientos. En ese sentido, son los jueces los llamados a aplicar esta norma que es ley en Guatemala, y que además resulta bastante operativa.

En el “Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”, se señala en la “Interpretación de la normativa aplicable garantizando la protección integral de los derechos de las partes y el interés superior del menor en función del interés familiar” que:

*“Prioritariamente los menores deben ser oídos, tomándose en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño, para la formulación de los acuerdos o para la objeción de los mismos si correspondiere. “...Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...” Principios estos contenidos en la convención sobre los derechos de Niño, Artículo 12, norma cuya redacción imperativa hace presumir razonablemente que los obligados son los jueces, ya que la misma es directamente operativa, criterio apoyado por una parte importante de la doctrina que afirma que “con la incorporación de la convención a la constitución, ya no puede discutirse el derecho del menor a ser oído donde se ventilen cuestiones que lo involucren, por lo que la audiencia no es una mera facultad que ejerce o no”. No se trata de que el menor sea un medio de información para el Juez, “sino que el menor no sólo sea el destinatario de la decisión judicial, sino una persona cuyos intereses pueden ser oportunamente considerados y evaluados (...)” ...Para algunos, la posibilidad de ser oído influirá, así mismo, en la credibilidad de las generaciones futuras en la*



*justicia, pues el niño comprenderá que aún siéndolo, el juez lo ha escuchado*<sup>38</sup>

#### 2.4.7 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares

El convenio 156 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Ginebra el 23 de junio de 1981, cuyo registro del instrumento de ratificación por Guatemala, se hiciera con fecha 6 de enero de 1994, habiéndose aprobado mediante Decreto número 22-93 del Congreso de la República de Guatemala, el 17 de junio de 1993, y que entrara en vigencia para el Estado de Guatemala, el 6 de enero de 1995, surge con el interés de beneficiar con su normativa, a los trabajadores hombres y mujeres, que tengan hijos a su cargo, y que tal responsabilidad limite sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

La relevancia de este instrumento internacional estriba en que implica en su normativa la referencia a “hijos a su cargo”, términos estos con los que se puede suponer, como es lógico, una relación entre los trabajadores objeto de dicho convenio, y los hijos que tengan bajo su responsabilidad, pero, que no obstante el documento en mención, señala que para entender su significado concreto deberá abocarse al sentido definido en cada país, de los Estados miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo, sin embargo, desafortunadamente no existe en el ámbito nacional, una ley vigente que ofrezca una definición, lo que constituye un vacío que es a su vez un argumento para validar el hecho de que no existe una

---

<sup>38</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**, Tomo III, Editores Rubinzal – Culzoni y Asociados S.A. Buenos Aires, Argentina, edición sin año, Pág. 290 –291.



definición de Guarda y Custodia, tema que indudablemente es al que se refiere el convenio, y que es del que trata el presente trabajo de investigación.

El convenio indicado, también hace énfasis en el trato igual y no discriminatorio que debe brindárseles a todos los trabajadores, habiéndose señalado que el mismo contempla a todas las categorías y ramas de la actividad económica. Es decir, en el caso de las madres trabajadoras, de las cuales dependen niños o niñas o adolescentes, las primeras no deben ser tratadas en forma diferente a los trabajadores que no se encuentren en condiciones similares, o por el hecho de ser hombres o mujeres, porque este convenio precisamente habla que la Guarda y Custodia de los parientes dependientes económicamente se da tanto para padres como para madres, no hace distinciones pretendiendo colocar a la mujer como única responsable de la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes, o incapaces. Por lo que, la responsabilidad familiar no debe constituir causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

Este convenio, también implica que las políticas nacionales deben tomar en cuenta los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, y que esta condición trasciende las cuestiones relativas a la familia. Por lo que gran parte de la Guarda y Custodia, incursiona en el ámbito laboral.

Por lo tanto, la no definición de la Guarda y custodia en las leyes nacionales, y particularmente en Código Civil provoca las medidas discriminatorias en el ámbito laboral, inclusive.

En cuanto a la reducción de horas de trabajo que se hace mención en la recomendación del convenio de Marras, es necesario señalar que dicha concepción es de avanzada, toda vez que se percibe en su redacción, la preocupación por la interrelación que existe entre el horario de trabajo de trabajadores con responsabilidades familiares y el tiempo del que estos disponen para compartir con sus hijos comprendidos entre la niñez y la adolescencia o incapaces.



En resumen, en el presente capítulo se ha abordado única y exclusivamente el tema de la guarda y custodia, en sus diferentes aspectos. De la mencionada exposición se pueden establecer algunos puntos en concreto. El primero de ellos y tal vez el más importante, consiste en que la guarda y custodia no se encuentra definida en el Código Civil, ni en otra ley análoga de las estudiadas en la presente investigación, y tal como quedó explicado en las líneas precedentes, tampoco en los tratados internacionales, los cuales remiten más bien a la legislación interna de cada país, lo que en Guatemala queda claro que no es posible.

Otro punto importante de destacar es el hecho de que los términos con que se denomina Guarda y custodia, son inadecuados según quedó expuesto.

La guarda y custodia no ha sido actualizada en su regulación legal en los últimos años, lo que influye invariablemente en relación a algunos aspectos que si lo han hecho a nivel doctrinario o de tratados internacionales, como el caso del principio del interés superior del niño, el cual podría contribuir a un desarrollo más eficaz de la concepción que se ha de tener de guarda y custodia, en el momento de su regulación.

La inadecuada regulación legal de la guarda y custodia influye inclusive en su tratamiento doctrinario y procesal. En cuanto a la materia doctrinaria, se señala que hay muy poca literatura al respecto del tema, toda vez que los tratadistas lo abordan muy poco y cuando sí lo hacen es en relación a la patria potestad, sin permitirse la oportunidad de verla de forma independiente.

Existe poca información estadística en cuanto al tema se refiere, y la poca que hay no nos ofrece resultados que puedan servir de base para sustentar determinados argumentos.



## CAPÍTULO III

### 3. La guarda y custodia en el proceso civil guatemalteco

Para poder plantear una propuesta de regulación legal de la guarda y custodia es preciso enunciar las principales instituciones que hacen uso de estos términos, y posteriormente sustentar la mencionada propuesta.

#### 3.1. Principales Instituciones de Derecho Civil que mencionan los términos guarda y custodia

Siendo la guarda y custodia el tema con el cual se regula una parte muy importante de la relación entre padres e hijos, es lógico que las principales instituciones de derecho civil que hacen uso de estos términos, sean las de derecho de familia.

Entre las instituciones del derecho de familia que hacen uso necesariamente de los términos guarda y custodia, fundamentalmente se trata de la patria potestad, además de la tutela y del matrimonio, y consecuentemente al uso en ésta última institución, también en las de divorcio y separación.

Se señala que la patria potestad comprende por una parte, la administración de los bienes del menor y por otro lado la representación del mismo, sin embargo en ese caso la implicancia conceptual de la patria potestad debe consignar taxativamente también la guarda custodia, así como se hace en la tutela, cuando en el Artículo 293 del Código Civil señala: “*el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela el cuidado de su persona...*”. Aunque ciertamente en la tutela se establece una relación jurídica y



obligacional, pero esto no supone que precisamente deba haber una relación de parentesco.

En el caso del matrimonio la guarda y custodia del menor toma relevancia o surte efectos en el momento de producirse separación o divorcio.

Otra área de las relaciones familiares que precisa de los términos guarda y custodia lo es el de la madre soltera.

Al respecto de la madre soltera, es preciso profundizar un poco el análisis, toda vez que (independientemente de los casos de separación o de divorcio), en este sentido la guarda y custodia es muy disputada entre padre y madre.

Establece el artículo 261 del Código Civil en sus tres párrafos:

Primer párrafo

*"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 a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.*

Segundo párrafo

*Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166.*

Tercer párrafo

*En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley, y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente".*



El Artículo 261 del código civil en su primer párrafo, regula la situación de la madre soltera o separada.

Se analiza primero, si el Artículo efectivamente plantea soluciones prácticas a la problemática de la guarda y custodia de los hijos, cuando los padres se encuentran separados o son solteros.

Un segundo nivel de análisis lo constituyen todo lo referente a las implicaciones de facultar a la madre soltera para que decida en manos de quien debe quedar el menor, sin importar la presencia de un padre, o la responsabilidad que para el efecto tiene el Estado, dentro de esta misma situación, y que se representa en la persona del juez de familia.

Además, un análisis del papel que juegan los órganos judiciales con respecto a estos trámites, y su pertinencia.

El presente Artículo plantea tres párrafos diferentes a los que es preciso referirse de manera individual.

El Código prevé esta situación, (de la pugna de derecho e intereses entre el padre y la madre en ejercicio de la patria potestad), y señala que, siempre que se produzca la autoridad judicial debe resolver lo que mas convenga al bienestar del hijo.

Los principales peligros que se cuestionan, al respecto de ceder la total libertad a la madre, para que sea la madre soltera, quien decida sobre el destino que deberá tener su menor hijo, en el caso de que ella no lo asuma como su responsabilidad, son los siguientes:



- ✓ Que el padre no pueda oponerse a que su hijo lo envíen a un establecimiento educativo, habiendo decidido únicamente la madre.
- ✓ Que el padre no tenga derecho preferente sobre el establecimiento educativo, sino que se le tome como una alternativa.
- ✓ Que no existan criterios legales, ni el perfil de la institución en la que deberían internarse los menores, si este fuera el caso.
- ✓ Sobre todo la poca participación que le queda al Estado en este caso, el que como vimos anteriormente tiene extrema responsabilidad en dichos asuntos de menores.
- ✓ Que la decisión no se tome en consenso, y que para decidir en beneficio del menor hijo o hija, no medie ni la opinión del padre, ni la de expertos, como es el caso que se establece en el Artículo 166 de este mismo código.
- ✓ Que no se mencionen dentro de los posibles sustitutos del padre, más que un establecimiento educativo, y no se tome en cuenta cualquier otro sustituto opcional a los progenitores.
- ✓ Que el Estado no ofrece una solución al respecto de aquellos menores que no los cuidará la madre, el padre, o bien algún familiar.

El segundo elemento a considerar en este Artículo, es que dentro de las opciones que tiene la madre, si rechaza la guarda y custodia de su menor hija o hijo, es decidir si lo interna en un "establecimiento educativo", esta no es una solución concreta. Puesto que si se refiere a centro educativo estatal, como ya vimos, el Estado no cuenta con un centro que llene estas características. Y si se refiere a un centro privado, tampoco establece criterios y/o categorías que debieran tomarse en cuenta para que un centro educativo califique para tal actividad.

El segundo párrafo del Artículo 261 del código civil se refiere al Artículo 166; que textualmente señala:

*"Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta,*



*tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos".*

Dos cosas importantes tiene este Artículo. En primer lugar que se refiere a un discernimiento en común, padre y madre, por lo que sienta las bases para forzar a los padres a acordar el destino de sus hijos, es decir, a quien le quedarán. Sin embargo, por exclusión debemos concluir que en los demás casos (es decir, cuando la separación no provenga de matrimonio previo), no decidirá nadie más sino la madre.

Por otro lado, faculta al órgano jurisdiccional, para decidir sobre la custodia de los hijos, con base a informes y consultas, de trabajadores sociales y de organismos especializados, cuando haya pugna entre los padres. Aunque desafortunadamente no señala a que se refiere con "especializados", hay que tener en cuenta que en la actualidad funcionan algunas instituciones que pueden estar consideradas en éste ámbito, tales como: la sección de menores de la procuraduría general de la nación; la procuraduría de los derechos humanos; y los juzgados de menores.

La manera más técnica con la que se aborda este Artículo (en nuestro criterio), es probablemente debido a que pertenece a la reglamentación del divorcio.

En nuestro medio es muy común que las parejas se disputen la custodia de sus hijos, lo que hace procedente preguntarse a cerca del fundamento de derecho en el que se amparan este tipo de litigios, (es decir, fundamento de derecho sustantivo no procesal), por lo que se tiene que concluir que el mismo es la regulación legal de la patria potestad, lo cual constituye una conclusión anticipada,



en el sentido de que la Guarda y Custodia se presenta como un elemento de la Patria Potestad con independencia al punto de que puede disputarse la misma entre los padres, sin entrar a discutir otros elementos, como lo es la administración de bienes o la mera representación. Por tal motivo es lógico que así como aparecen definidos legalmente estos dos elementos, debiera ocurrir lo mismo con la Guarda y Custodia, lo que no es así.

Los padres disputan también porque tienen interés material de administrar los bienes del menor, pero siendo la custodia la que disputan, lo hacen por ofrecerles una mejor vida (como señalan muchos padres en estas circunstancias).

Nos preguntamos qué ocurre, si después de una separación, la madre se apropia de los hijos a tal punto, que no le permite al padre relacionarse con ellos, y viceversa. Siendo esto a la larga, potencial y ocasionalmente dañino para el desarrollo integral del menor, tal como lo prevé la convención sobre derechos del niño, y establece que ambos padres deben poder relacionarse con sus hijos. (Tal como lo establece el Artículo 9º numeral 3 de dicha Convención). Además de ser un derecho humano, el de tener familia y relacionarse con ella.

La convención sobre derechos del niño, establece que las autoridades deben velar porque el niño se desarrolle en un ambiente propicio para su crecimiento. Y considera que en cualquier controversia se debe resolver en favor del llamado "interés superior del niño". Y aunque no lo define exactamente, desarrolla en su contenido (dicha convención), una serie de condiciones y mandatos que de cumplirse, aseguran el respeto a los menores en su condición de tales. Lo que definitivamente debe ser tomado en cuenta en la solución de cualquier controversia en materia de guardia y custodia. Figura tan afín con los derechos de la niñez.

Por otro lado debe hacerse notar que esta visión que trajo la convención sobre los derechos del niño, la recogió el código de la niñez y la juventud, el cual a



la fecha en que se redacta el presente contenido, se encuentra en suspenso su vigencia. Y también establece que las controversias en las que tenga que resolverse una situación ligada al crecimiento y desarrollo de la niñez, debe ser en apego al interés superior del niño.

Dada la naturaleza de la madre, es posible suponer que el legislador le concede un lugar preferente, cuando se consigna la idea de que: "...los hijos estarán en poder de la madre". Aunque es necesario decir que en no pocas ocasiones los hijos están mejor con el padre. Sin embargo, el código civil además de garantizar la presencia del juez en resolver cualquier pugna, debe velar porque aunque no existe contienda, en caso de separación, el menor quede en la mejor situación.

El Artículo 261, aún consigna un párrafo más, pero dado el caso que diverge un poco del contenido de lo anterior, mejor hubiese sido formar Artículo aparte. Toda vez que este se refiere al hecho de sustraer al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo.

Como explicamos, el Artículo 261, del código civil, no deja espacio a la participación del Estado, en la decisión de quien deberá confiarse la patria potestad, o en un simple caso, la guardia y custodia, cuando no lo hacen sus respectivos progenitores.

El papel de un juzgado en esta materia podría ser más protagónico con el fin de garantizar el futuro del menor. En tal caso se debe fortalecer la participación del juez, con la ayuda o dictámenes vinculantes de personas individuales o jurídicas, que sean considerados expertos en la materia.



### 3.2 Análisis de la Guarda y Custodia como elemento de la Patria Potestad

Queda claro que la guarda y custodia no se encuentra contenida en la institución de la patria potestad y por todo lo sustentado en capítulos precedentes y algunos párrafos anteriores, se puede inferir la necesidad de incorporarla.

Habiéndose estudiado en el primer capítulo de este contenido, la humana relación que puede producir tan noble instituto como lo es la patria potestad, se hace énfasis en que el legislador no hizo contener las palabras cuidado o guarda y custodia en el Artículo 254 del Código Civil, para regular el compromiso de los padres de que además de “administrar” también se debe “cuidar”.

La guarda y cuidado se cree que logra dar el ímpetu de humanidad que no tiene la patria potestad por si sola.

Es preciso establecer una concepción de la guarda y custodia la cual se esbozó en el capítulo anterior y que consiste en:

*“Institución por la cual se entiende que, un menor o interdicto está al cuidado y en poder de quien ejerce su patria potestad o de su tutor legal”*

Tal vez una de las razones por las cuales es preciso hacer énfasis sobre la necesidad de puntualizar el contenido de la patria potestad incluyendo a la guarda y custodia de manera expresa con la concepción que se le ha dado a lo largo del presente contenido, se sustenta en uno de los intereses de la convención sobre derechos del niño, y es el pronunciamiento de una nueva concepción en cuanto a la relación de padres e hijos, como lo es *el interés superior del niño*, el cual queda establecido en sus Artículos 3, 9 numerales uno y dos y en el 18 numeral primero. Haciéndose énfasis en torno a la necesidad de romper con la dicotomía que ha significado histórica y estructuralmente dentro de la familia el derecho de autoridad del padre, quien si bien en un principio ejerció la **patria potestad** de forma



dictatorial y nugatoria de todo derecho humano, toda vez que como se consignó en el primer capítulo del presente contenido, tenía derecho a disponer de la vida del menor, en la actualidad sigue ejerciendo dicho derecho en forma poco adecuada, puesto que se sigue estableciendo mucho rigor en la educación del menor. Por lo tanto es preciso citar a Mauricio Luis Mizrahi, quien señala:

*“Esta expresión resume la idea central de la convención sobre derecho del niño; en efecto, se encuentra plasmada en muchas de sus disposiciones (Arts 3º inc 1 y 3; 18º inc. 1; 20º inc 1; 21º y 37º). El énfasis puesto en ella configura una clara reacción contemporánea contra el anonimato que padeció el niño en la época medieval ...Sin embargo, cabe preguntarse si no ha llegado la hora de revisar esa noción del favor filii y, tal vez, de proponer su reemplazo por el concepto, también complejo pero más aceptable, del interés familiar; interés entendido no ya como una dimensión abstracta colectiva y en dicotomía con los intereses particulares, sino ciertamente humanizado y concretado en el propio interés del sujeto”<sup>39</sup>.*

### 3.3. Propuesta para transformar la Guarda y Custodia de figura a institución de Derecho Civil

Al elevar la conceptualización que se tiene de la guarda y custodia, habiendo hasta aquí explicado todo el significado de dichos términos, y sabiendo su enorme relevancia en las relaciones familiares, resulta consecuente que incluso aquellas funciones que legalmente no logran adoptar un sentido más humano, de esa forma si lo logren. Es decir, al concebirse un significado más profundo de estas dos funciones de guardador y custodio (mismas que se puede resumir en el término guardacustodio) es posible, que al ser regulado en los artículos conducentes del código civil se logre darle aquella humanidad necesaria dada las relaciones que

---

<sup>39</sup> Mizrahi, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1998. Pág. 151



regula. Sin embargo, para lograr una mayor profundidad en la conceptualización de estos dos términos, es preciso establecer que hay dos caminos. El primero consiste en desarrollar todo un instrumental de conceptos, términos y definiciones, incluso naturaleza jurídica y antecedentes históricos, con lo cual se lograría dimensionar hasta la categoría de cualquiera de las instituciones tradicionales que regula el derecho civil. Éste camino sería el camino de la doctrina.

Y en el segundo de los caminos mencionados, es la ley el objetivo principal, de forma que al ser reformados los artículos conducentes se logra darle esa dimensión de la cual se habló, a la guarda y custodia. En este segundo caso, es preciso concretizar el estudio del código civil, a su artículo 254.



## CAPÍTULO IV

### 4. Necesidad de regular el proceso oral de guarda y custodia

#### 4.1. Análisis sobre la regulación legal

El concepto que se tiene de un término es muy importante para establecer la importancia o relevancia que el mismo tendrá en el tema para el que se le ocupa. Y la conceptualización de un término se logra únicamente con establecer ideas afines. Dichas ideas afines, se pueden ordenar mejor en el sentido de una conceptualización, definición, clasificación y naturaleza de los términos. Los cuales se concentran en la presente exposición en la propuesta de una definición que contribuya a desarrollar el resto, dicha definición es la siguiente:

*“La institución por medio de la cual una persona llamada guardacustodio ejerce, por ley, designación o convenio, sobre un menor o incapaz quien recibe el nombre de guardacustodiado, la tenencia y vigilancia de forma que este último debe permanecer junto al primero, quien cuidará de su seguridad, formación, salud física y mental y demás hábitos para que se desarrolle en forma adecuada”*

La guarda y custodia como institución se clasifica por:

Según la persona sobre la cual se ejerce

- Incapaz
- Menor de edad

Según la persona que la ejerce

- Padres de familia
- Tutor



- Otros familiares
- Instituciones

Según el acto que le da formalidad

- De hecho
- De derecho

Según causa que le originen

- Voluntaria
- Judicial

#### 4.2. Propuesta de regulación o de reforma

##### 4.2.1. Propuesta de regulación

A quedado establecido plenamente que se trata de un Artículo que no contiene los términos guarda y custodia, por tanto se despersonaliza a la institución de la Patria potestad, limitándola a las acciones de “representar legalmente”, “administrar” y “aprovechar los bienes administrados”.

El Artículo 254 menciona claramente que la Patria potestad se refiere a “representar legalmente”; “administrar” y “aprovechar sus servicios”, en cuyos términos no se incluye el hecho de “cuidar”, “guardar” o “custodiar”, que es lo que debe significar la “guarda y custodia”.



#### 4.2.2. Propuesta de reforma

Por lo tanto se propone la siguiente redacción para el artículo 254 del Código Civil guatemalteco:

*Artículo 254: “La patria potestad comprende la Guarda y custodia, 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”*

A cuya redacción debe agregarse un segundo párrafo, que quedaría de la siguiente forma:

*“Por guarda y custodia se entiende la acción de tener legalmente en su poder a menor o incapaz para su cuidado, vigilancia, tomando toda precaución que garantice su seguridad y desarrollo”.*

Dicho párrafo se puede agregar al artículo 254 del Código Civil Decreto Ley 106 o bien crearse (como se ha acostumbrado recientemente en otros cuerpos legales) como Artículo 254bis.

Aparte hablar al respecto de los Artículos 293 código civil por el hecho de darle el nombre más adecuado a la palabra cuidado que se usa éste, sustituyéndola por guarda y custodia. Y el numeral romano II, Literal A, (casos en que debe tramitarse en juicio oral) de la circular 42/AH.

Es importante establecer en este caso, que se trata de dar solución a la problemática planteada en el presente contenido, en dos formas: siendo la primera la que quedó referida en el apartado anterior, es decir agregar al contenido del Artículo 254 los conceptos mencionados. Mientras que por otro



lado se puede concluir que debiéndose dar tan importante tratamiento a este tema, es decir al de la guarda y custodia, la misma puede constituirse en toda una institución a tratar, por lo que el proyecto de su reforma debiese incluir todo un reglamento que contuviera aquellos casos en los que los padres se disputaran la “guarda y custodia”, como suele ocurrir en casos de madre soltera, de separación o divorcio, (tal como se aprecia actualmente con los juicios oral de guarda y custodia, comunes en la práctica de juzgados de familia).



## CONCLUSIONES

1. La patria potestad, no representa la institución tan sólida de otros tiempos. En el desarrollo de las relaciones de familia, ha variado la autoridad de los padres con respecto a los hijos. Por lo que se deduce que la patria potestad es una figura vigente pero en crisis, toda vez que no determina en su contenido lo que debe entenderse por guarda y custodia.
2. La guarda y custodia no tiene categoría de institución de derecho civil, sin embargo, se utiliza común e indistintamente en la terminología, sobre todo en materia de derecho de familia, en los procesos en los que existe pugna entre los padres, por decidir con quien de ellos permanecerá el o la menor, o en los procesos de divorcio para el mismo efecto.
3. La guarda y custodia obedece a una situación un tanto más temporal que la patria potestad. En la actualidad hay juicios orales de guarda y custodia por medio de los cuales se resuelve al cuidado de quién quedarán los menores.
4. Las palabras cargo y confiados, utilizadas en el Código Procesal Civil y Mercantil que aluden a la guarda y custodia de los menores, prueba fehacientemente que en la terminología del tema no hay uniformidad adecuada, lo que deviene en una serie de denominaciones y acepciones discrecionales, desatendiendo la precisión de la misma en materia de menores.
5. El Código Civil, no esta ajustado a las exigencias de los hechos que se generan en la sociedad de hoy. No se ha ajustado aún a los instrumentos internacionales tales como la Convención sobre Derechos de la Niñez, como se evidenció en el presente contenido en lo relativo al tema del *interés superior del niño*.





## RECOMENDACIONES

1. Resulta necesario e imperativo que el Congreso de la República de Guatemala modifique el Código Civil en el sentido que incluya dentro de la patria potestad la guarda y custodia y todo lo relativo a la misma. Para tal efecto es preciso que se conceptúe a la guarda y custodia como la acción de tener legalmente en su poder a un menor para su cuidado y toda precaución que esto incluya.
2. En virtud de lo anterior se recomienda para la ampliación del artículo 254 del Código Civil guatemalteco la siguiente redacción:

*Artículo 254: “La patria potestad comprende la guarda y custodia del hijo o hija menor y 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”*

A cuya redacción debe agregarse un segundo párrafo:

*“Por guarda y custodia se entiende la acción de tener legalmente en su poder a un hijo o hija menor o un mayor incapaz, para su cuidado y todo lo que comprenda el mismo”.*





## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**, Guatemala, Departamento de Reproducciones, Facultad de CC JJ y SS, USAC, Tomo II 1982
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano (Historia e instituciones)**; Argentina Buenos Aires, Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, 3era. Edición corregida, 2da reimpresión, 1992.
- ARIAS RAMOS, J. Y J.A. ARIAS BONET, **Derecho romano II** (Obligaciones-familia-sucesiones), Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Quinceava edición. 1979
- BIAGIO, Brugi Dr. **Instituciones de derecho civil con aplicación especial a todo el derecho privado**. México DF, Traducción de la Cuarta Edición Italiana, Editorial Unión Tipográfica Hispanoamericana, (sf).
- BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**, México, D.F. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. Volumen 1, Parte A, 1997
- BORDA, Guillermo A. **Manual de derecho de familia**, Buenos Aires, Argentina Editorial Emilio Perrot, Undécima edición. (sf).
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Editora Estudiantil Fénix, Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, marzo, 1996.
- CABANELLAS, GUILLERMO. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina, Tomo del I al IV. Catorceava edición. Ed. Eliasta. 1979.
- DE DIEGO, F. Clemente Dr. **Instituciones de derecho civil español**, Madrid, España Tomo I, Editorial Artes Gráficas, Julio San Martín, Nueva edición revisada y puesta al día, por Alfonso de Cassio y Corral y Antonio Guillón Ballesteros, 1959.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. España, Madrid. Volumen II, 4ta Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- GALLARDO CONTRERAS, Miriam. **Distinción entre la patria potestad, guarda, custodia y tutela**, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho romano, instituciones de derecho privado**. Barcelona, España, Editorial Ariel, Sexta edición, revisión y aumentada 1972.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. **La patria potestad, la tutela y la curatela**, Argentina, Editorial Buenos Aires, 1988.



MIZRAHI, MAURICIO, Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**, Buenos Aires, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma, 1998.

MOLINA BARRETO, Roberto. **Falta de Regulación legal sustantiva de la Guarda y Custodia**, 1984, Universidad de San Carlos de Guatemala.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho de familia**, Colombia Bogotá, Editorial Jurídicas Wilches, 1982.

OMEGA, **Enciclopedia jurídica**, Buenos Aires, Argentina, Tomos XIII (El Guardador) y Tomo XXI (Patria Potestad), Editorial Driskill, 1982.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta. S.R.L. 1981.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. México décimo quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. 1983.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Madrid, Tomo II. Tercera edición, revisada, Ediciones Pirámide, S. A. 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. México, Tomo II, Editorial Porrúa S.A, 1978.

## LEGISLACIÓN:

**Constitución Política de la Republica de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

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

**Código Civil**, Decreto Ley 106. Jefe de Estado, 1963.

**Código Procesal Civil y Mercantil**, Decreto Ley 107. Jefe de Estado, 1963.

**Código Penal**, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

**Ley de Tribunales de Familia**, Decreto – Ley número 206

**Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar**, Decreto No. 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.

**Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares**. Convenio 156 Organización Internacional del Trabajo, 1 de junio de 2000.

**Convención sobre los Derechos del Niño**, Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.