

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

**LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR EL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS**

EDIHTTA MODESTA CALMO CASTAÑEDA

GUATEMALA, DICIEMBRE DE 2007

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

**LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR EL EJERCICIO
DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS**

TESIS

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

Por

EDIHTTA MODESTA CALMO CASTAÑEDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, diciembre 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 Mejía Orellana |
| VOCAL I: | Lic. | César 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 EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

| | | |
|-------------|------|--------------------------------|
| Presidente: | Lic. | Ronaldo Amilcar Sandoval Amado |
| Vocal: | Lic. | Héctor David España Pinetta |
| Secretario: | Lic. | Byron Oswaldo De La Cruz López |

Segunda Fase

| | | |
|-------------|------|--------------------------------|
| Presidente: | Lic. | Héctor René Marroquín Aceituno |
| Vocal: | Lic. | David Sentés Luna |
| Secretario: | Lic. | Héctor Osberto Orozco y Orozco |

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

LICENCIADO WILLIAN EDILZAR RODAS QUIÑONEZ
3ª. Avenida "A" 3-15 Zona 1
Teléfonos: 22020333 y 52020333
Colegiado 6296



Ciudad de Guatemala, 26 de septiembre de 2007

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Deseándole éxitos en sus labores diarias, tengo el gusto de hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución de fecha dieciséis de agosto del año dos mil siete, emanada por la Unidad de Tesis a su cargo, procedí a asesorar a la estudiante EDIHTTA MODESTA CALMO CASTAÑEDA en la elaboración de la tesis intitulada "LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS" y emito el siguiente dictamen:

El trabajo realizado, posee un excelente contenido técnico y científico, con una metodología basada en el uso del método científico, con técnicas de investigación de carácter documental y bibliográfico, redacción clara y práctica por lo que según mi punto de vista constituye una contribución científica para docentes y estudiantes, pero principalmente para los señores jueces de primera instancia del ramo de familia, puesto que se arriba a conclusiones y recomendaciones que deben ser tomadas en consideración para mejorar la administración de justicia. El orden que se siguió en el desarrollo de la investigación es correcto y para su elaboración se utilizó bibliografía de conocidos civilistas.

Consecuentemente, en atención a lo que preceptúa el artículo 32 del normativo de elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, es oportuno mencionar, que el presente trabajo, satisface los requisitos para ser sometido a la revisión y posterior examen general y público.


Sin otro particular, atentamente



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cinco de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO EFRAÍN DE LEÓN ORTIZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDIHITA MODESTA CALMO CASTAÑEDA, Intitulado: "LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS".

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/sllh



Lic. Otto Efraín De León Ortiz

Abogado y Notario
Colegiado 5350

5a. calle 4-33, zona 1, Edificio Plaza Rabi
Oficina 301 Guatemala. Tel. 22301706



Guatemala, 15 de octubre de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Atenta y respetuosamente me dirijo a usted, en cumplimiento de la resolución emanada de la Unidad de Tesis a su cargo, en la cual se me nombró como Revisor de Tesis de la Bachiller EDIHTTA MODESTA CALMO CASTAÑEDA, en su trabajo de tesis intitulado "LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS".

El trabajo desarrollado por la Bachiller Calmo Castañeda, es de gran importancia ya que plantea la necesidad que los Jueces que dirigen los Tribunales de Familia, en todos los casos que se sometan a su consideración, en donde los intereses de los menores se vean disminuidos, tergiversados o estén en conflicto con cualquier otra circunstancia, apliquen el Convenio Internacional Sobre los Derechos del Niño, a efecto de dar debido cumplimiento al Principio del Interés Superior del Niño.

El tema planteado en este trabajo de tesis, es desarrollado en forma diligente y científica, partiendo de las disposiciones internacionales que en materia de derechos humanos ha aceptado y ratificado el Estado de Guatemala, llegando hasta el análisis de la normativa interna relacionada con el tema, emitiéndose para el efecto las conclusiones y recomendaciones para el cumplimiento de tal fin, utilizándose la bibliografía adecuada.

En consecuencia, opino que el trabajo de investigación elaborado por la Bachiller EdihTTa Modesta Calmo Castañeda, cumple con los requisitos académicos exigidos por nuestra Facultad, especialmente con lo que establece el artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, por lo que procedo a dictaminar de manera favorable; en tal virtud puede ordenarse su impresión para que sirva de base en el examen público respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima,

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Otto Efraín De León Ortiz
REVISOR

Lic. Otto Efraín de León Ortiz
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



· DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDIHTTA MODESTA CALMO CASTAÑEDA, Titulado LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS, 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: Ser supremo creador del Universo.
- A mis padres: Cipriano Calmo Bautista y Olga Leticia Castañeda, que con su cariño y amor me han ayudado a ser una persona de bien y que han enseñado que con perseverancia y voluntad se pueden lograr las metas.
- A mi hija: Sofía, por hacerme feliz día a día y por ser la razón de todo mi esfuerzo, que esto sirva de ejemplo a su vida.
- A mis hermanos: Brenda, César, Carmen y Nivia, por apoyarme en los momentos difíciles y por la unidad que siempre nos ha caracterizado.
- A mis abuelos: Modesta Bautista, Andrés Calmo y Francisca Fidela Castañeda Sosa, con todo respeto.
- A mis sobrinos: Josué Alejandro, Cesar, Andrés y Sinthya, con cariño.
- A mis cuñados: Josué, Pablo y Ana Patricia, con aprecio.
- A mis tíos y primos: Con especial afecto.
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala: Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Y, a usted:

Por compartir conmigo este momento especial para mi vida y mi familia.

ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| 1. El derecho de familia..... | 1 |
| 1.1 Concepto..... | 1 |
| 1.2 Naturaleza..... | 3 |
| 1.3 Características..... | 3 |
| 1.3.1 Contenido moral o ético..... | 3 |
| 1.3.2 Regula situaciones o estados personales..... | 4 |
| 1.3.3 Predominio del interés social sobre el particular..... | 4 |
| 1.3.3.1 Normas de orden público..... | 4 |
| 1.3.3.2 Reducida autonomía de la voluntad..... | 5 |
| 1.3.3.3 Relaciones de familia..... | 5 |
| 1.4 Antecedentes..... | 5 |
| 1.5 Contenido..... | 8 |
| 1.6 Instituciones..... | 9 |
| 1.6.1 Patria potestad..... | 9 |
| 1.6.1.1 Consideraciones generales..... | 10 |
| 1.6.2 El derecho de alimentos..... | 12 |
| 1.6.3 Caracteres y efectos de la obligación..... | 14 |
| 1.7 Guarda y custodia..... | 15 |
| 1.8 Separación y divorcio..... | 19 |
| 1.8.1 Separación..... | 19 |
| 1.8.1.1 La separación de hecho..... | 19 |
| 1.8.1.2 La separación legal..... | 20 |
| 1.8.2 El Divorcio..... | 20 |

| | Pág. |
|---------|---|
| 1.8.2.1 | La separación y el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges.....20 |
| 1.8.2.2 | La separación y/o el divorcio por causal determinada.....23 |
| 1.9 | La tutela.....24 |
| 1.9.1 | Definición.....25 |
| 1.9.2 | Características.....26 |
| 1.9.3 | Clases.....26 |
| 1.9.3.1 | Tutela testamentaria.....27 |
| 1.9.3.2 | Tutela legítima.....27 |
| 1.9.3.3 | Tutela judicial.....27 |
| 1.10 | La filiación.....28 |
| 1.10.1 | Filiación matrimonial.....29 |
| 1.10.2 | Filiación cuasimatrimonial.....32 |
| 1.10.3 | Filiación extramatrimonial.....33 |

CAPÍTULO II

| | |
|-------|--|
| 2. | La intervención judicial en los casos en que existe pugna entre el padre y la madre respecto de los hijos39 |
| 2.1 | Antecedentes.....39 |
| 2.2 | Los derechos humanos como principio general del derecho interno.....40 |
| 2.2.1 | Evolución histórica de los derechos humanos.....41 |
| 2.2.2 | Distintas acepciones.....44 |
| 2.2.3 | El fundamento de los derechos humanos.....46 |
| 2.2.4 | La universalidad de los derechos humanos.....48 |
| 2.2.5 | Los derechos humanos como principio general del derecho.....50 |
| 2.2.6 | Vías tutelares.....53 |

| | Pág. |
|---|-------------|
| 2.3 Intervención judicial..... | 57 |
| 2.3.1 Proceso judicial..... | 58 |
| 2.3.2 Juzgados que conocen cuando existe pugna entre el padre y la madre respecto a la custodia, guarda o patria potestad de los hijos..... | 60 |
| 2.3.3 El juicio oral para tramitar las controversias surgidas con relación a la patria potestad de los hijos..... | 62 |
| 2.3.4 La función del trabajador social en los conflictos del derecho de familia..... | 66 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. Interpretación del Artículo 256 del código civil y sus repercusiones en cuanto al principio de interés superior del niño, necesidad de su abordaje jurídico legal..... | 71 |
| 3.1 Aspectos considerativos..... | 71 |
| 3.2 Principio de interés superior del niño..... | 72 |
| 3.3 Análisis del artículo 256 del Código Civil..... | 81 |
| 3.4 Necesidad de su abordaje jurídico legal..... | 81 |
| 3.5 La Interpretación de la institución de la guarda y custodia en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño..... | 82 |
| 3.6 Repercusiones en cuanto a la intervención judicial..... | 83 |
| CONCLUSIONES..... | 85 |
| RECOMENDACIONES..... | 87 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 89 |

INTRODUCCIÓN

La intervención judicial para decretar el ejercicio de la patria potestad de los hijos es, sin duda alguna, uno de los temas más importantes del derecho de familia; porque en dicho acto jurídico se decide aparte de la representación del menor, la guarda y custodia de los hijos menores de edad, lo cual puede trascender en la vida de los menores; ante ello, la Convención sobre los Derechos del Niño, recoge elementos sustanciales para el mejor desarrollo y desenvolvimiento del menor, tratando de esta forma que el interés superior del niño prevalezca y no peligre, ni disminuya, ante un eventual litigio donde los actores sean adultos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, subsana deficiencias del derecho interno de los Estados; porque recoge preceptos, garantías fundamentales, que permiten que los menores que se encuentran en riesgo o sean susceptibles ante la eventual disolución del vínculo matrimonial, no dificulte su superación, desarrollo social, educativo y moral; sino que, por el contrario, lo que se pretende es que el menor no sea perjudicado en la actividad normal de su desarrollo.

Es, por ello, que en el derecho sustantivo y adjetivo civil guatemalteco, se aplica adicionalmente como base jurídica legal la Convención sobre los Derechos del Niño, porque, lo que se pretende es fortalecer y complementar el derecho del menor de edad, velando de esta forma porque el niño, crezca en un ambiente sano, donde existan valores y principios morales, que le permita al menor, un desarrollo adecuado, para lograr de esta forma alcanzar una edad madura que le garantice el desarrollo económico, social y educativo.

Para ello, la Convención sobre los Derechos del Niño, le permite al menor decidir, poder expresarse en todos aquellos casos judiciales y/o asuntos de interés para el menor, siempre que esté en condiciones de formarse un criterio propio, lo que quiere decir que el niño puede manifestarse libremente ante los adultos y la autoridad correspondiente, a efecto de evitar que el menor sea susceptible a vejámenes,

injerencias o ataques negativos por parte de los padres y/o la persona que se encuentre encargada de su guarda y cuidado, garantizando de esta forma el predominio del interés y armonía familiar.

En tal virtud, todos los sujetos que intervienen en aquellos actos en donde se decida la protección y/o resguardo del menor, están por imperativo legal, obligados, a fundamentar y aplicar los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; de esa cuenta, juega un papel importante el trabajador social, quien será el encargado de investigar, diagnosticar, asesorar, orientar, capacitar e intervenir en favor del menor de edad, tratando de ser objetivo y de verificar que el interés superior del niño no sea restringido bajo ningún punto de vista.

Por lo expuesto con anterioridad, la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce al niño, garantizando el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, velando porque el niño crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Las finalidades y objetivos plasmados en la Convención, se inspiran en que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Sosteniendo como hipótesis que, para determinar el ejercicio de la patria potestad los jueces de primera instancia del ramo de familia, no deben considerar con exclusividad lo que establece el Artículo 256 del Código Civil, sino por el contrario deben atender el interés superior del niño se realiza la presente investigación, con el objeto de efectuar un análisis de esta norma y lo que establecen la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La presente investigación consta de tres capítulos, desarrollados de la siguiente manera: el capítulo I, comprende el derecho de familia y sus instituciones; el capítulo II se refiere a la intervención judicial en los casos en que existe pugna entre el padre y la madre respecto de los hijos y los derechos humanos como principio general del

derecho interno; y, el III capítulo contiene la interpretación del Artículo 256 del Código Civil y sus repercusiones en cuanto al principio del interés superior del niño.

Para realizar el presente trabajo, se aplicó el método científico, a través de la recolección ordenada de la información, planteamiento de hipótesis, utilizando las técnicas de investigación documental, fichas de trabajo y fichas bibliográficas.

Con el presente trabajo espero, orientar a estudiantes y profesionales del derecho que deseen conocer lo concerniente a la institución de la patria potestad, la vía en la cual se tramitan las controversias relacionadas con la misma y la necesidad que los jueces que dirigen los tribunales de familia, en todos los casos que se sometan a su consideración apliquen la Convención sobre los Derechos del Niño.

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia

1.1 Concepto

El derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco.

El derecho de familia “Es la parte o rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad”.¹

El término familia tiene varias acepciones, según la extensión que abarca respecto a las individualidades que en ella figuran. En la más extensa significación enraizada con la interpretación histórica del vocablo “familia” se entendía que comprendía la convivencia de varias personas, localizada en un hogar; acá se incluye no solamente al padre, a la madre y a los hijos, sino también a los sirvientes.

En la actualidad, la base para su definición y concepto se fundamenta en el factor consanguíneo, de ahí que se considere como el conjunto de personas ligadas entre sí por los lazos del parentesco; y en un sentido estricto se refiere a la parentela de mayor proximidad, esto es el grupo social integrado por la madre, el padre y los hijos de ellos procedentes.

El derecho de familia, es la rama del derecho civil, que regula los derechos y obligaciones que nacen de una relación familiar como núcleo de toda sociedad política y jurídicamente organizada; estableciendo la distinción entre derecho subjetivo y

¹ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 233.

objetivo. El primero regula los vínculos personales de la organización, el propio derecho de familia y el segundo, regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar.

Puesto que son los vínculos de sangre los determinantes, definimos a la familia como aquella “Institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes, para que presidida por los lazos de autoridad sublimada por el amor y el respeto se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”

De esta forma, se establece que el derecho dota a la familia, la protege, tal como lo establece nuestra norma constitucional, y leyes ordinarias. Inferimos que el ser humano nunca ha vivido solo, aislado de sus semejantes, salvo los casos excepcionales en que se esté en una isla desierta y/o circunstancias que obliguen a que el ser humano esté solo. El ser humano, es un ser social por naturaleza, y necesita comunicarse y vivir coexistiendo con los demás.

El ser humano como ser racional se unió a otros semejantes, formando inicialmente un clan o una tribu. Esta manera colectiva de vivir, duró varios siglos y es perfectamente comprensible que esa agrupación, en los inicios de la civilización, ofreciera defensa en contra de otras especies, así como la satisfacción de las necesidades que plantea la convivencia. Se inició la diferenciación de las actividades asignadas al hombre, como la cacería y pesca, y las designadas a la mujer tales como las labores del hogar y cuidado de la prole. Poco después inició la disgregación de los grupos de la tribu o el clan en otros más pequeños, hasta llegar a la dualidad hombre-mujer. Esta unión les condujo a establecer como fines propios y comunes, vivir juntos, procrear y auxiliarse en las actividades de la vida. En consecuencia surge la organización social y sus diversas manifestaciones.

El derecho de familia está integrado por una serie de normas jurídicas que establecen supuestos, condiciones, y aseveraciones imperativas que deben de

emplearse para la solución de un conflicto que pudo haberse originado dentro de los integrantes de una misma familia ligadas por razón de parentesco, por consanguinidad y afinidad, dentro de los grados que establece la ley.

1.2 Naturaleza

Tradicionalmente se ha considerado que, el derecho de familia, es una sub-rama del derecho civil, sin embargo, puesto que éste último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con principios propios.

Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia (aparte de un Código Civil). Ese ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá y Rusia, entre otros.

Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente: juzgados o tribunales de familia.

1.3 Características

1.3.1 Contenido moral o ético

Esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones (o más propiamente deberes) fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre (una importante excepción es el derecho de alimentos). De esta misma forma, la Constitución Política de la República de Guatemala, regula los alimentos como una obligación y en caso de no cumplirse o

negarse, se incurre en la comisión de un hecho delictivo. La obligación de dar alimentos es exigible desde el momento en que los necesita la persona que tiene derecho a percibirlos, los mismos deben proporcionarse atendiendo las circunstancias personales y pecuniarias del obligado como el que tiene derecho a percibirlos y comprenden lo que es necesario para el sustento, vivienda, vestuario, educación y recreación del alimentista. En ese sentido, quien los recibe, comúnmente es una persona miembro de un grupo familiar conforme lo establece la ley, con derecho a reclamar, que se encuentra en un estado de indefensión, es decir, con imposibilidad o capacidad para ganarse su sustento diario de acuerdo a sus condiciones y posibilidades, como sucede en el caso de la mujer y los hijos menores de edad.

1.3.2 Regula situaciones o estados personales

Es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc.) que se imponen erga omnes (respecto de todos). Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares (diversas de aquellas del derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.

1.3.3 Predominio del interés social sobre el individual

Esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias.

1.3.3.1 Normas de orden público

Sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos (como en el matrimonio o la adopción), pero sólo para dar origen al acto (no para establecer sus efectos).

1.3.3.2 Reducida autonomía de la voluntad

Como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad (base del derecho civil) no rige en estas materias. En general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Una importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

1.3.3.3 Relaciones de familia

En esta disciplina, a diferencia del derecho civil (donde prima el principio de igualdad de partes), origina determinadas relaciones de superioridad y dependencia o derechos-deberes, especialmente entre padres e hijos (como la patria potestad), aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos (como es el caso del matrimonio).

1.4 Antecedentes

Los antecedentes más remotos de la familia se pueden observar durante la vida cotidiana en Roma, en el año 754 A.C. en donde la familia tradicional romana estaba constituida por el padre, su mujer, dos o tres hijos o hijas, los esclavos domésticos y los antiguos esclavos, ahora liberados, denominados libertos. Se trata de una familia absolutamente patriarcal donde el pater familias controla todo el poder sobre los demás miembros así como la disponibilidad de los bienes que poseen. La familia será uno de los elementos esenciales de la sociedad romana.

Pertenecer a una familia vinculaba la posesión de derechos de ciudadanía, por lo que los que perdían los derechos ciudadanos se veían excluidos de la posibilidad de formar una familia. Diversas familias forman una gens, caracterizada por la posesión de diferentes elementos que la identifican como el ritual funerario o el culto a los antepasados comunes. La importancia de la gens alcanzará su momento culminante durante la monarquía y los primeros años de la república.

El pater familias es la pieza clave de la familia. Subordinados a su autoridad se encuentran todos los demás miembros: esposa, hijos -ya estén casados o no- esclavos, libertos, serviles. Todo ciudadano romano que no tuviera ascendentes varones vivos era un pater familias. A la muerte del padre, los hijos se convertían en sus propios pater familias.

El matrimonio romano es un acto privado, ningún poder público tiene que sancionarlo y no existen contratos matrimoniales. De esa cuenta se conocen procedimientos matrimoniales, en concreto tres.

El más antiguo se manifiesta cuando el pater familias posee a su familia durante un año ininterrumpidamente pudiendo ser disuelto cuando pasa tres noches consecutivas fuera del lecho conyugal.

El segundo procedimiento consiste en la realización de un sacrificio en honor de Júpiter ante su sacerdote y el pontífice; el sacrificio consiste en la ofrenda de un pan de trigo.

El tercero, era una falsa compra que se realizaba en presencia del padre de la novia, cinco testigos y el portador de la balanza.

El segundo componente familiar eran los hijos. Los hijos eran considerados aquellos niños y niñas nacidos del matrimonio que eran aceptados por el pater familias. El decidía sobre la anticoncepción o el aborto pero si el niño nacía debía aceptarlo o no como hijo. Por eso se depositaba al recién nacido a los pies del pater; si levantaba a la criatura era considerada hijo/a pero si no quedaba excluido de la familia, exponiéndose a la puerta del domicilio o en algún basurero público donde lo recogerá alguien que lo desee.

Las criaturas malformadas eran expuestas o ahogadas -Séneca dice que "Hay que separar lo bueno de lo que no sirve para nada"-. Los pobres solían abandonar a

aquellos bebés que no podían alimentar. Si el bebé era aceptado se integraba en la familia al octavo día del nacimiento cuando se le imponía el nombre individual -praenomen- y se le colgaba una pequeña cápsula de metal -bulla- rellena de sustancias que poseían propiedades favorables en una ceremonia llamada *ilustratio*.

Dada la elevada mortalidad infantil era bastante posible que la línea familiar se perdiera a la muerte del pater por carecer de herederos. Para evitar esto se instituyó la adopción, ceremonia de carácter privado celebrado delante de un magistrado en el que se separaba al adoptado de la patria potestad de su padre natural y se procedía a su integración en la familia del padre adoptivo. Como hemos comentado el pater tiene la potestad sobre los esclavos de su familia. Sólo él podrá manumitir al esclavo que pasará a ser liberto, adoptando el gentilicio de su patrono y estableciendo una serie de obligaciones jurídicas y materiales con el pater.

El pater familias tiene también las prerrogativas religiosas de la familia, especialmente en lo relacionado con el culto doméstico. Tres elementos forman este culto: el culto al hogar -constituido por Lares y Penates-, el culto al Genius -principio de la fertilidad- y el culto a los Manes -los antepasados-. No es de extrañar que el pater tuviera la potestad de imponer castigos, mancipar -vender- a los hijos o concertar sus matrimonios, normalmente a edades muy tempranas como los siete años. En el acuerdo matrimonial se establecía la dote y el día de la boda. El divorcio era legal, aunque sólo estaba justificado en determinados casos como "el adulterio, el beber vino o la falsificación de la llave de la cella vinaria". Durante el alto imperio el fenómeno se generalizará y se agilizarán los trámites necesarios. Los poderes del pater también se proyectaban sobre los bienes de la familia ya que ningún miembro puede tener o adquirir bienes propios.

A partir del Siglo II A.C. la familia sufre una evolución acorde con los tiempos, manifestada especialmente en una limitación de las prerrogativas del pater. También se manifiesta una evolución en la atribución a la madre de determinadas potestades, concretamente en la posibilidad de ejercer la custodia sobre los hijos en el caso de

tutela o si existe una conducta reprochable en el marido. El derecho de vida o muerte del padre sobre los hijos desaparece e incluso se castiga a los parricidas con el exilio. También se aprecia una limitación de las prerrogativas sobre la esposa.

En el imperio se manifiesta una tendencia hacia el descenso de la natalidad entre los miembros de los ordines, el grupo privilegiado por excelencia. Para evitar la desaparición de esta clase social, Augusto estableció una serie de leyes que obligaban a los hombres entre 25 y 60 años a contraer matrimonio mientras que las mujeres debían hacerlo entre los 20 y los 50 años. De estos matrimonios debía nacer al menos un hijo legítimo. Durante el bajo imperio la patria potestad se limitará casi al máximo, castigándose con la muerte el asesinato de recién nacidos o la exposición, excluyendo el derecho a disponer del matrimonio de los hijos o disponiendo que los hijos pudieran recibir la herencia de la madre. La llegada del cristianismo provocó la realización de un acto donde se bendecía religiosamente el matrimonio y la limitación del divorcio a tres supuestos: adulterio femenino, que la esposa fuera alcahueta o se dedicara a violar tumbas.

1.5 Contenido

El derecho de familia regula relaciones en base a las siguientes instituciones familiares:

El matrimonio como la institución creadora de la relación familiar conyugal determinando el Estado a los cónyuges y lo que se deriva de esta institución social.

La filiación legítima que crea la relación paterno filial y por ende la calidad de hijo legítimo, sin embargo existen conceptualizaciones referidas a los demás hijos, entre ellos los adoptivos.

La adopción, que aproxima e identifica a la persona hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima y las consecuencia que de la misma se deriva;

Las relaciones casi familiares, denominadas así por la doctrina en cuanto a la tutela cuyo origen, puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima, o por ministerio de la ley, llamada tutela dativa.

Las relaciones familiares que surgen del vínculo jurídico que origina el parentesco por afinidad.

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

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

1.6 Instituciones

1.6.1 Patria potestad

La patria potestad se define como “El conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados.”²

En la evolución de esta institución jurídica, el código civil español y por ende códigos civiles de América Latina contempló a la patria potestad como el conjunto de los derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados. Los hijos no gozaban de derechos ante los padres. Más tarde se consideró a la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones que

² Guillermo Cabanellas. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo V, Pág. 148

corresponde a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, definición última que aún aparece consignada en la mayoría de códigos civiles de América Latina.

Los derechos – deberes. Se confieren a los titulares de la patria potestad, no sólo atendiendo a sus intereses, sino, principalmente, considerando a los del menor. Los derechos que se confieren implican correlativos deberes.

De la definición de patria potestad, se desprende la figura de la titularidad y ejercicio. La titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que, en principio, corresponden a ambos padres, e independientemente, el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos - deberes y que corresponden, en unos casos, a uno u otro o a ambos progenitores.

En la evolución de la patria potestad, en cuanto a su ejercicio, se han denotado tres modalidades de patria potestad:

- **Ejercicio unipersonal** (cuando todas las facultades de ejercer la patria potestad se concentran en un solo progenitor);
- **Ejercicio conjunto** (es el sistema conforme al cual los actos respecto de la vida y los bienes de los menores, deben ser decididos por ambos padres);
- **Ejercicio indistinto** (sistema que admite que los actos serán realizados por cualquiera de los padres con plena validez).

Nuestra ley sustantiva civil, regula como régimen actual de ejercicio de la patria potestad la combinación de los sistemas de ejercicio conjunto e indistinto. El ejercicio corresponde al padre y a la madre conjuntamente. Sin embargo, se presumirá que los actos realizados por uno de ellos son con el consentimiento del otro.

Cuando los padres no conviven, la patria potestad se concentra en el progenitor con quien convive el menor, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

1.6.1.1 Consideraciones generales

Etimológicamente, patria potestad viene del latín patrius, o relativo al padre, y potestas, potestad, dominio, autoridad, ha evolucionado a través de los tiempos. En Roma se origina, y es en el primitivo derecho romano donde alcanza su expresión más significativa como una de las manifestaciones del poder paterno, del poder del padre de familia, quien podía vender, mutilar en acendrado rigorismo que pronto fue desapareciendo.³

El conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes que refleja la situación actual de la institución, dista considerablemente del derecho romano, de donde procede en espíritu y casi totalmente en la letra: patria potestad. En este ordenamiento, la condición de padre de familia implicaba una auténtica potestad o autoridad, compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos propiedad absoluta del padre. Esta soberanía doméstica fue reconocida expresamente en las XII tablas con carácter absoluto sobre la vida y muerte de los hijos y sujetos al pater familias; aunque para privarles de la vida o de la libertad se estima que el jefe de familia debía convocar al consejo de la misma, integrado por los miembros de la gens, especialmente los hermanos, que a su vez fueran también padres de familia.

Absoluta en el contenido, la patria potestad lo era también en el tiempo, ya que duraba mientras el padre viviera, aunque podía salirse de su potestad para entrar en la de otro ciudadano, bien por matrimonio, adopción o arrogación. Los hijos, aún ganándolos por sí mismo, no eran dueños de bienes algunos, ni podían otorgar testamento mientras tuvieran padres. Toda esa severidad primitiva fue atenuándose en

³ Brañas, Alfonso, **Ob. Cit;** pág. 230.

la evolución del derecho romano con la desaparición del jus vitae-et necis, con la creación de los peculios, con la emancipación, la manumisión y con otras instituciones liberadoras en mayor o menor grado de los sujetos a la patria potestad, invirtiendo violentamente las ideas. Algunos autores modernos llegan a la conclusión sin duda exagerada, de que la patria potestad no integra sino una serie de deberes para los padres.

1.6.2 El derecho de alimentos

Manuel Ossorio, afirma que derecho de alimentos “Es la prestación en dinero o en especie que una persona indigente puede reclamar de otra, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y su subsistencia. Es pues, todo aquello que por determinación de la ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para los fines indicados”.

Por otra parte, el Artículo 278 del Código Civil, establece que la denominación alimentos, “Es todo lo indispensable para el sustento, alimentación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista, cuando es menor de edad”. En concordancia con la doctrina y más amplio sentido de justicia, se establece en el Artículo 279 de la misma disposición legal, que: “Los alimentos han de ser proporcionados de acuerdo a las circunstancias personales y pecuniarias de quien los debe y quien los recibe, los cuales serán fijados por el juez en dinero”

Al analizar el Artículo 278 de nuestra ley civil sustantiva, afirmamos: Toda persona tiene por la ley natural derecho a la vida, es decir, proveerse de los medios necesarios para su subsistencia. Este derecho se transforma en deber, cuando la persona por sí misma, puede buscar esos medios a través de su trabajo y ocupación. Cuando esta capacidad falta, es el mismo estado el que vela para que no quede carente de protección.

Las características de los alimentos, se encuentran enumeradas en nuestro ordenamiento civil de la siguiente forma: a) Es una obligación recíproca (el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos); b) Es personalísima (depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y el deudor); c) Es intransferible (no se transfiere tanto por herencia como durante la vida del obligado a prestarlo); d) Es inembargable: No podrá ser objeto de embargo de conformidad con el Artículo 306 numeral 4 del Código Procesal Civil y Mercantil. Salvo lo previsto en el Artículo 282, tercer párrafo del Código Civil.

Las fuentes del derecho de alimentos, se encuentran en la ley, el testamento y en el contrato. Por principio general, proviene de la ley. Sin embargo, puede crearse la obligación alimenticia a personas no obligadas por parentesco alguno o por parentesco que no la obliga legalmente a suministrar alimentos, según lo establecido en el Artículo 291 del Código Civil. Esto puede darse mediante la ley, testamento o contrato. Moralmente, la principal fuente del derecho de alimentos es el derecho a sobrevivir, a vivir.

Si bien el Artículo 287 del Código Civil regula que la obligación de dar alimentos será exigible, desde que los necesitare la persona que tenga derecho a percibirlos. Esta normativa hace referencia a la llamada teoría de la viabilidad, siendo la que adopta la legislación guatemalteca, en el sentido de ilustrar lo siguiente: “al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”. Esto último tiene su base legal en el Artículo 1, de Decreto Ley 106.

Dicha normativa converge con el artículo objeto de comentario, pues desde el momento en que el ser está siendo formado, necesita de todo lo indispensable para que sus condiciones futuras de vida sean viables.

1.6.3 Caracteres y efectos de la obligación

Dentro de la esfera de patria potestad, la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad.

El poder de corrección de los padres, se debe de entender como el derecho de los padres de corregir a sus hijos menores, y debe ser ejercido con moderación debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores.

Dentro del vínculo existente entre padres e hijos, se pueden dar las siguientes circunstancias:

- **Cesación de la patria potestad:** Se acaba por circunstancias que no implican un juicio desvalioso respecto de la conducta de los padres, sino que significa que los hijos ya no están bajo la esfera de la autoridad de los padres. Se acaba por muerte de los padres o de los hijos, por ingresar unos u otros a institutos monásticos, por llegar a la mayor edad el hijo, por su emancipación legal, y por ser adoptado por un tercero, sin perjuicio de que se restituya la patria potestad en caso de revocación o nulidad de la adopción.
- **Suspensión del ejercicio de la patria potestad:** El ejercicio queda suspendido mientras dure la ausencia declarada judicialmente, en caso de interdicción del progenitor, su inhabilitación por embriaguez habitual, uso de estupefacientes o disminución de sus facultades mentales, hasta que sea rehabilitado. En los casos de entrega del niño a un establecimiento de protección, los jueces podrán disponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad. La dirección del establecimiento tendrá la tutela definitiva del menor.

1.7 Guarda y custodia

La institución de guarda y custodia comprende el conjunto de obligaciones y derechos que tienen el padre, la madre o un tercero, en forma conjunta o individualmente, de cuidar y proteger a sus hijos para que éstos tengan en mejor medida, un desarrollo físico, moral y psíquico, tendientes a crearle un buen futuro.

En primer término, los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos, cuidarlos y vigilarlos. De esa misma cuenta, los hijos menores tienen la obligación de vivir en casa de sus progenitores; no pueden dejarla sin su permiso, y si lo hicieren ya sea por su propia determinación o por imposición de terceros, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten la asistencia necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad.

Los padres pueden corregir moderadamente a sus hijos. Es un atributo esencial para la autoridad paterna, que debe ejercerse con el cuidado y la delicadeza necesarios para que su acción, aún imponiendo penitencias o castigos, aparezca siempre revestida de un sello paternal inconfundible.

La guarda se constituye por las obligaciones que tienen el padre, y en su defecto la madre, respecto a sus hijos no emancipados, siendo éstas el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna.⁴

La guarda configura una potestad y un deber. Lo primero, por cuanto cabe recabar su ejercicio personal y directo, por aquel a quien corresponda, y rechazar las intromisiones que traten de desconocer esa facultad, de mermarla, de compartirla o asumirla por una espontánea actitud ajena. Lo segundo, porque se trata en todo caso de velar por quienes no pueden hacerlo adecuadamente por sí, ante su escasa edad,

⁴ Marcel Planiol, Ruperto Georges. **Tratado elemental de derecho civil**, Pág. 262.

limitada capacidad mental, postradas energías o ausencia; y hasta por la ignorancia de requerir tal amparo.⁵

De acuerdo a los conceptos antes mencionados, la institución de la guarda y custodia está representado por un conjunto de derechos y obligaciones que provienen de la patria potestad o la tutela, que puede cumplirse por los padres o por una tercera persona, sin incluir la representación del menor ni la administración de sus bienes, funciones propias de la patria potestad, y por excelencia de los padres y a falta de ellos necesariamente un tutor.

Durante la convivencia normal de los cónyuges, éstos ejercen, conjuntamente, la guarda de sus hijos menores de edad. La guarda integra las relaciones paterno-filiales emergentes de la patria potestad y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso, corregirlos y castigarlos adecuadamente, y respecto de los hijos la obligación de convivir en el hogar con sus padres. Cesada la convivencia de los cónyuges en ocasión del juicio de divorcio o de separación personal, ambos padres mantienen la titularidad de la patria potestad de los hijos menores, y en lo sucesivo la guarda no puede ser asumida por ambos progenitores. Al disgregarse el hogar común y residir padre y madre separadamente, es inevitable atribuir los deberes de guarda a uno u otro.

Se produce un verdadero desmembramiento del ejercicio de la patria potestad puesto que “es la convivencia paterno-filial la que hace posible la educación del hijo, supone su vigilancia y corrección”. Es así que la atribución de la guarda se logra mediante la llamada tenencia de los hijos menores, lo que constituye el elemento material de la guarda, consiente en la facultad de conservar consigo al hijo que está sujeto a la patria potestad o al pupilo sujeto a la tutela.

La naturaleza de la guarda y cuidado de menores está en la obligación de los padres de cuidar y proteger a sus hijos para que éstos tengan en la mejor medida, buen

⁵ Guillermo Cabanellas. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo III Pág. 510.

desarrollo físico, moral y psíquico y en la obligación del estado de intervenir, si es necesario a favor de los menores y además de salvaguardar la integridad familiar; esto, regulado especialmente por obligaciones que de no cumplirse deben sancionarse de alguna forma, como sería al padre de la compañía de su hijo.

La guarda y custodia de los hijos, es el primer deber del padre en relación con los hijos situados bajo su potestad, guardarlos, es decir tenerlos en su compañía prestando a los mismos una actividad especial de vigilancia y cuidado. El padre y la madre deben protección a la persona de su hijo frente a peligros que acechen su salud física o mental vigilancia en lo relativo a sus actos. Ambos padres deben dirigir y orientar en lo que a su conducta se refiere basándose en principios morales, éticos.

En nuestra legislación sustantiva civil, Decreto Ley 106, cuando se invoca la figura de la guarda y custodia en un juicio se citan los Artículos 253 y 260 por analogía y el Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, Decreto Ley 107, que establecen lo siguiente:

Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación al cuidado de la madre, y los hijos varones mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los juicios determinarán igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder.

El padre y la madre están obligados a cuidar y a 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. Los hijos deben vivir con sus padres casados o unidos. Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar

casa paterna o materna o aquella en que sus padres lo han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores. Básicamente es el derecho de tener en su compañía al hijo, si es el caso, y el sentimiento emocional que puede representar para los padres.

En los casos de divorcio, los padres podrán convenir a quién de ellos se confían a 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.

Es en la sentencia en donde el juez determinará a quién corresponde la custodia de los hijos; siendo el objetivo primordial de la guarda y cuidado de los hijos menores, procurarles un buen futuro en todos los aspectos de su vida, física, psíquica, intelectual y moral. Esta función debe ser llevada a cabo por la persona más capacitada para tal efecto y la más idónea para su protección.

El juzgador debe contar con un buen criterio, al momento de determinar a quién corresponde la guarda y custodia de los hijos, tomando en consideración las circunstancias que se han observado y además, basándose en opiniones especializadas que puedan dar una mejor orientación. El juez también debe conocer el deseo del niño de estar con esa persona, analizando si ese deseo no es por conveniencia o influencia erróneamente implantada por el interesado. Siguiendo para el efecto los lineamientos que plasma la Convención sobre los Derechos del Niño; de esa cuenta el niño tiene oportunidad en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte y siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio.

1.8. Separación y divorcio

Cuando una persona considera que su matrimonio ya no llena los fines para los cuales fue creado, y decide ponerle fin, nuestro ordenamiento jurídico le ofrece dos soluciones: la separación y/o el divorcio, que pueden tramitarse en la vía voluntaria y en la vía ordinaria por causal determinada.

1.8.1 Separación

Es una forma de modificar el matrimonio, sin disolver el vínculo conyugal, siendo efectos propios de la separación: El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y, el derecho de la mujer a continuar usando el apellido del marido.

1.8.1.1 La separación de hecho

Es aquella que se da cuando los cónyuges sin razón aparente deciden voluntariamente dejar de vivir juntos, y aún cuando existe acuerdo verbal con relación a la guarda y custodia, pensión alimenticia y relación familiar de los hijos menores de edad, no formalizan esta separación con un documento faccionado ante notario o ante un juez, lo que da lugar a una separación de hecho.

Lo anterior porque en la mayoría de los casos, es solo uno de los cónyuges quien desea la separación y no ambos como lo establece la ley, teniendo como resultado que el cónyuge inculpable que por lo regular es quien se queda en el hogar conyugal, al no existir un documento que acredite la voluntariedad en cuanto a la separación, en cualquier momento puede invocar como causal para obtener el divorcio o la separación el abandono voluntario de la casa conyugal por más de un año contenida en el Artículo 155 numeral 4° del Código Civil que de conformidad con lo que preceptúa el Artículo 156 del citado cuerpo legal se presume, contrario a ello, el cónyuge culpable queda en desventaja ante la posible tramitación de un juicio ordinario de separación o de divorcio,

pues al no existir un documento con el que pruebe que la separación fue voluntaria, no podría prosperarle un juicio en el que pretenda la modificación o disolución del vínculo conyugal invocando la separación, tomando en cuenta que de conformidad con lo que establece el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

1.8.1.2 La separación legal

Tiene lugar, cuando los esposos se separan de cuerpos y como constancia de esa separación existe un documento.

1.8.2 El divorcio

Es la disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio, teniendo como efectos civiles: la liquidación del patrimonio conyugal; el derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable y la suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y ha petición expresa de parte interesada.

1.8.2.1 La separación y el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges

En el caso de la separación, se da cuando los dos cónyuges en forma voluntaria acuden a un notario o ante un juez (por lo regular, que conoce del ramo de familia) para que se fACCIONE el documento respectivo, en el caso de que se acuda ante un notario: una escritura pública o acta notarial y cuando se acude ante un juez un acta en cuyo caso el juzgador debe aprobarlo mediante un auto o bien dictando una sentencia cuando la solicitud se ha formulado ante un juez de primera instancia del ramo de familia, conforme el procedimiento que establece el Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En el caso del divorcio, cuando existe acuerdo de los cónyuges, el mismo debe tramitarse en la vía voluntaria ante un juez de primera instancia del domicilio conyugal, siempre que hubiera transcurrido más de un año contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, debiendo presentarse con la solicitud: las certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido; las capitulaciones matrimoniales si se hubiesen celebrado y relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Además se debe presentar al juez un proyecto de convenio en que consten los puntos siguientes: A quién quedan confiados los hijos, menores o incapaces habidos en el matrimonio. Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos; qué pensión deberá pagar el marido a la mujer, si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges, en cuyo caso, el juez bajo su responsabilidad debe calificar la garantía, y si esta a su juicio no fuere suficiente, ordenará su ampliación .

Para que los esposos puedan divorciarse por mutuo consentimiento, es necesario que cumplan estos tres requisitos:

- Haber transcurrido al menos un año desde la celebración del matrimonio;
- Ambos cónyuges deben estar de acuerdo en separarse, sea por voluntad de los dos, sea porque uno de ellos lo decide y el otro simplemente lo consiente;
- Ambos esposos deben ponerse de acuerdo en una serie de aspectos, (hijos, vivienda conyugal, bienes patrimoniales, etc.) que deberán ser recogidos por el abogado en un documento, llamado convenio de bases de divorcio, el cual será firmado por los cónyuges y presentado, obligatoriamente, junto a la demanda de separación consensual y ratificado en el juzgado con posterioridad; y en su caso

basta con la simple presentación de los cónyuges a la sede del tribunal de familia respectivo, a efecto de establecer las condiciones de separación, quedando consignado en el convenio de separación la garantía para el cumplimiento de las obligaciones que por virtud del convenio contraigan los cónyuges, siendo obligación del juez bajo su responsabilidad calificar la garantía, que asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges.

Por lo tanto, para poder tramitar la separación por la vía del mutuo acuerdo, los cónyuges, no sólo deben estar de acuerdo en el hecho de querer separarse físicamente, de no convivir más juntos, sino que además tendrán que arreglar ciertos detalles sobre lo que hasta ahora venía siendo su vida familiar (qué pasa con los hijos menores de edad, quién se queda residiendo en la casa o piso donde hasta ese momento vivía toda la familia, de qué recursos económicos va a disponer cada cónyuge, etc..)

El convenio regulador de separación es un documento que redacta el abogado o abogados de los esposos, y en su caso el funcionario correspondiente del tribunal de familia, en el que se recogen los acuerdos a los que han llegado los dos cónyuges en relación a una serie de aspectos que a continuación se detallarán. Una vez los esposos firmen el convenio regulador deberán respetarlo y cumplirlo.

El convenio regulador deberá contener, como mínimo, los siguientes pactos:

Si existen hijos menores de edad comunes, los cónyuges deberán decidir quien ejercerá la guarda y custodia de los mismos (con cual de los padres convivirán), y cual será el régimen de visitas del progenitor no-conviviente. Quién se quedará viviendo en el domicilio conyugal.

Fijar cómo y en qué cuantía contribuirá el cónyuge no-conviviente a las cargas matrimoniales. Se ha de hacer referencia a la pensión alimenticia de los hijos menores; los gastos ordinarios y extraordinarios de los mismos.

Si hay bienes, los cónyuges deberán decidir cómo los reparten.

Cuantía de la pensión compensatoria, cuando proceda y el cónyuge que tiene derecho no renuncie a ella.

Una vez se hayan ratificado ambos cónyuges las bases del convenio regulador, el Juez dicta la sentencia de separación y en su defecto el auto correspondiente. Normalmente, el juez aprueba en su totalidad el convenio regulador y por tanto los cónyuges regirán sus relaciones a partir de entonces por aquellos pactos que ellos mismos han acordado en cuanto a la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensión alimenticia o compensatoria, uso del domicilio, etc.

1.8.2.2 La separación y/o el divorcio por causal determinada

La primera se da cuando uno de los dos cónyuges es el que quiere separarse y no existe acuerdo para firmar el convenio regulador, la separación deberá llevarse por el procedimiento del juicio ordinario y que será el juez quien determine si existe o no causa de separación y decidirá, en la sentencia de separación, las medidas por las que han de regirse las relaciones familiares a partir de entonces: cual de los cónyuges convivirá con los hijos, el régimen de visitas, quién se quedará viviendo en la casa familiar, entre otras. En este sentido la ley sustantiva civil, establece como causas para obtener la separación, las mismas causas que para el divorcio.

El segundo se da cuando solo uno de los cónyuges es el que desea la disolución del vínculo conyugal y existen diferencias en la mayoría de los casos de tipo económico por ejemplo, el monto de la pensión alimenticia y los bienes que se adquirieron dentro del matrimonio. En este caso, para que los cónyuges puedan separarse o divorciarse ha de existir una causa legal de separación, si lo que quieren los cónyuges es separarse, o divorciarse, o en su caso, si lo que quieren es disolver el matrimonio, siendo trascendente que el divorcio o la separación por causal determinada solo puede solicitarse por el cónyuge inculpable.

Nuestra ley sustantiva civil en su Artículo 155, contempla como causas para obtener el divorcio: La infidelidad de cualquiera de los cónyuges; los malos tratamientos de obra, riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común; el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos; la separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año; el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio; la incitación del marido para prostituir a la mujer a corromper a los hijos; la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado; la disipación de la hacienda doméstica; los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal; la denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro; la condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión; la enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia; la impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio; la enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que se sea suficiente para declarar la interdicción; y asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme. Sin embargo establece el Artículo 157 del Código Civil que no pueden invocarse como causal para obtener el divorcio: los actos de infidelidad cometidos en connivencia o con el consentimiento del otro cónyuge, o cuando después de consumados y conocidos por el otro, han continuado los cónyuges conviviendo.

1.9 La tutela

Los padres sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar,

quienes ejercían sobre ellos una especie de ius dominicale; y claro es que teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasa el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él, el mismo poder dominical.

En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo, de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era ésta establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. La tutela era pues, legítima y familiar. Más tarde, desenvolviéndose la intervención del padre (tutela testamentaria) y de la autoridad pública (tutela dativa) pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en este momento es cuando la institución de la tutela adopta, carácter con que modernamente la concebimos.⁶

Modernamente, la filiación es definida como el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.

1.9.1 Definición

La palabra tutela proviene del latín “Tuer”, que significa defender, proteger. Por lo cual se puede definir que esta institución es el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. oficio (cargo) civil; obligatorio y gratuito para la protección de defensa de la persona y bienes del incapacitado por minoría de edad o por otra causa.⁷

Para Federico Puig Peña, la tutela se define como aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su capacidad legal están imposibilitados de gobernarse por si mismo.⁸

⁶ Castan Tobeñas, José. **Derecho civil español**. Tomo III, pág. 226.

⁷ Ibid, Tomo III, pág. 226.

⁸ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 517.

Nuestro ordenamiento sustantivo civil, no contempla un concepto de institución tutelar, pero en el libro primero, título II de la familia, capítulo IX, establece lo siguiente: El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.

La tutela y la protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles. En razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos.

1.9.2 Características

Su función es eminentemente protectora de la persona que su edad (menor) o por determinadas circunstancias físicas o mentales (incapaces), no puede valerse por sí misma y no está bajo la patria potestad.

El cargo de tutor es un cargo público, de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva.

La tutela es substitutiva de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses tutelares.

1.9.3 Clases

Nuestra legislación civil, admite tres clases de tutela, siendo ellas: la testamentaria, legítima y judicial.

1.9.3.1 Tutela testamentaria

Es aquella que se instruye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instruya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.

1.9.3.2 Tutela legítima

La tutela legítima, corresponde en el orden siguiente: Abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna, abuela materna y a los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

1.9.3.3 Tutela judicial

Es aquella que procede por nombramiento de juez competente, y se da cuando no haya tutor testamentario, ni legítimo.

También se admiten cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez, nombrará tutores específicos; y admite, además la tutela legal. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso; y su cargo no necesita discernimiento, estos dos últimos son de naturaleza excepcional.

El objetivo de la tutela es la guarda de la persona y de sus bienes, de los que no están bajo la patria potestad de los menores y de los incapaces, declarados en estado de interdicción, por una persona capaz previamente se le ya discernido por el juez de

familia, el cargo al cual se le impone una serie de deberes, tanto en el aspecto patrimonial, como en el aspecto personal para la guarda del pupilo.

La tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad, la tutela es restringida por inspirar menos confianza tanto en lo que se refiere al contenido patrimonial como personal.

1.10 La filiación

Pueden precisarse dos conceptos de la filiación: uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas y un progenitor determinado, el otro jurídico propiamente dicho, según el cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.⁹

Los autores Planiol Marcel y Ripert George, escriben al respecto que “puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata de padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad según se considera en la relación con el padre o con la madre”.¹⁰

El autor Rafael Rogina Villegas, opina en relación a la filiación “por lo que se refiere a la filiación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros

⁹ Brañas, Alfonso, **Ob. Cit.** pág. 194.

¹⁰ Planiol, Marcel y Ripert, George. **Tratado práctico de derecho civil francés**, pág. 557.

elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre en el estado de minoridad o de la mayoría de edad o incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón”.¹¹

Fundamentalmente el matrimonio es el término de referencia, por el hecho de la existencia del hijo y la existencia obviamente del matrimonio, reconoce las siguientes clases de filiación:

- **Filiación matrimonial:** La del hijo concebido durante el matrimonio aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.
- **Filiación cuasimatrimonial:** La del hijo procreado dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada.
- **Filiación extramatrimonial:** La del hijo procreado fuera del matrimonio o de la unión de hecho declarada y registrada.
- **Filiación civil o adoptiva:** La del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta.

1.10.1 Filiación matrimonial

La ley sustantiva civil no norma principios necesarios para precisar el nexo que crea la maternidad. Como se trata de un hecho que llega a ser notorio en la mujer durante el proceso de la gestación, guarda silencio en cuanto a los efectos de la misma, y si alguna vez se refiere a ella, lo hace relacionándola con la presunción de paternidad, puede ocurrir que la madre oculte el embarazo y el nacimiento de un hijo concebido dentro del matrimonio.

¹¹ Rogina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**, pág. 278.

Es pertinente que la ley sustantiva civil fijara determinados principios concernientes a la maternidad, ya que el hijo puede en un momento dado requerir la prueba de la misma, así como la mujer en otro supuesto, impugnar la maternidad que se le atribuye. Respecto a la paternidad, el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio: 1º. El hijo nacido dentro de la celebración del mismo, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Se admite la denominada impugnación de paternidad que sólo puede basarse en la prueba de haber sido físicamente imposible el marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia. También supeditado a la impugnación de paternidad, se presume hijo del marido, el nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Esta disposición es protectora de la situación del hijo nacido después de la celebración de las nupcias.

En la protección del hijo la impugnación de la paternidad no puede tener lugar: 1º. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo el marido conocimiento de la preñez; 2º. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el registro civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; 3º. Si por documento público o privado, hubiese reconocido al hijo.

El ejemplo de máxima protección del hijo se encuentra en que el marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio alegando el adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que le hubiese ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo; en cuyo caso, si podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación. Como vemos la ley sustantiva civil procura regular la forma de establecer que la filiación matrimonial persista o no ese vínculo en el momento de que se solicite su

reconocimiento. Ahora bien, y en cuanto a la prueba de la filiación, está constituido esencialmente por la certificación matrimonial. Si se demandare la filiación o se impugnare la paternidad, todos los medios de prueba documental según las circunstancias de cada caso.

En caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté en cinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de noventa días contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer quedare en cinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente dentro del mismo término, a fin de que en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

Dos clases de acciones pueden derivarse de la filiación legítima: una, las que van dirigidas a impugnar el estado de filiación que alguno tiene o cree tener (acciones de desconocimiento o impugnación de filiación legítima, y otras, las que tienen por finalidad reindicar este estado por quien de hecho lo ostenta (acciones de reclamación de filiación legítima) acción que también es denominada acción de reclamación de estado.

Finalmente el presupuesto de que la madre, disuelto su matrimonio, celebrará nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, en cuyo caso, el hijo que nazca dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero. Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio; contra ambas presunciones se admite prueba en contrario, pero únicamente tendiente a establecer la imposibilidad del presunto padre a tener acceso con la mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al matrimonio por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

En todo caso, debe tenerse presente que en el juicio de filiación será parte la madre, si viviere; tiene por objeto evitar que en un litigio de tanta importancia para la madre, pueda ser tramitado sin su consentimiento.

En cuanto a la acción de reclamación de filiación legítima o reclamación de estado (que tiene por objeto reivindicar el estado de filiación por quien, de hecho, no lo ostentan) encuentra basamento en la presunción que a favor del hijo se establece que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados;

El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

1.10.2 Filiación cuasimatrimonial

Todas las anteriores consideraciones de la filiación matrimonial son aplicables debido a que se refiere: A los hijos procreados por personas unidas de hecho debidamente declarada y registrada, institución que por derecho, se equipara al matrimonio.

1.10.3 Filiación extramatrimonial

Se refiere a los hijos nacidos fuera del matrimonio y de la unión de hecho, y se prueba; con relación a la madre por el solo hecho del nacimiento y, por el padre que declare la paternidad.

El reconocimiento voluntario, es el que se hace por los padres conjunta o separadamente, haciendo constar en forma legal que han tenido un hijo fuera del matrimonio, designándolo como tal. El reconocimiento judicial o forzoso, tiene lugar cuando, a petición del hijo y en los casos determinados por la ley, la paternidad se declara por los tribunales.

Cuando existe matrimonio, el hijo tiene a su favor la presunción legal de su paternidad. El problema surge cuando no existe ese vínculo, por lo que el hijo debe ser reconocido por el padre sea en forma voluntaria o por acción judicial o reconocimiento forzoso. Sin embargo, sea de matrimonio o fuera de él, el hijo goza de los mismos derechos, pero para que viva en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.

Cuando la filiación no se prueba del matrimonio, ni de la unión de hecho registrada de los padres, se prueba y se establece, con relación a la madre por el solo hecho del nacimiento y con respecto al padre por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial firme que declare la paternidad, no queda excluido el caso excepcional de que la madre reconozca al hijo, o bien se demande la declaración de maternidad, esto último en el supuesto de que si no constó quien es la madre en la partida correspondiente del registro civil.

El reconocimiento voluntario, se denomina también reconocimiento propiamente dicho, se realiza por la directa y voluntaria intervención del padre. Este reconocimiento es un acto jurídico unilateral o bilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen por el padre todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. En efecto, contempla la posibilidad de que los padres puedan reconocer al hijo, conjunta o separadamente. El reconocimiento hecho por solo uno de los padres solo produce efecto respecto de él; y el padre que no intervino, en el acto, así como el propio hijo o un tercero interesado legítimamente, puede impugnar ese reconocimiento dentro de los seis meses a contar del día en que tal hecho fue conocido por ellos.

Si el padre o la madre hacen el reconocimiento separadamente, no están obligados a revelar el nombre de la persona con quien procrearon al hijo; y al padre le es prohibido hacer reconocimiento de hijos atribuyendo la maternidad, a una mujer casada con otra persona, ya que en este caso sería hijo del marido de la madre, mientras no se pruebe lo contrario, por lo que esta prohibición se exceptúa si el marido impugno la paternidad y obtuvo sentencia favorable.

En caso de muerte o incapacidad del padre o de la madre, el hijo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el materno respectivamente, si el padre es menor de edad, el reconocimiento debe hacerse con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentre el menor, y a falta de éstos, con autorización judicial.

Postura diferente toma la ley, en el caso de que la mujer sea la menor de edad, pero mayor de catorce años, en cuyo caso si le atribuye capacidad civil para reconocer a sus hijos sin necesidad de obtener el o los consentimientos que exige el varón. En el caso que el padre sea menor de edad, tiene por objeto evitar que un hecho de tanta trascendencia quede a merced de una expresión de voluntad emanada de persona que aún no esta en pleno goce de su capacidad civil para el ejercicio de los derechos civiles; sin embargo, el reconocimiento de un hijo es un acto personalísimo, que lo mismo, no puede estar supeditado a la intervención de voluntades ajenas como no sea simplemente, para formalizar el acto, es lógico que se le atribuya capacidad civil a la mujer mayor de catorce años para reconocer a sus hijos, porque la maternidad es algo, que, a quien constó absolutamente es a la propia madre, y cuyo reconocimiento no escapa a las personas de su mas cercano parentesco, o en su caso encargadas de su guarda

El reconocimiento es un acto solemne y puede hacerse:

- a) En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el Registrador Civil;
- b) Por acta especial ante el mismo registrador;

- c) Por escritura pública;
- d) Por testamento;
- e) Por confesión judicial;

En los casos previstos en los incisos c, d y e debe presentarse al registrador civil testimonio y certificación del documento en que conste el reconocimiento para su inscripción y anotación de la partida de nacimiento respectiva.

Dicho reconocimiento no es revocable por quien lo hizo y cuando sea hecho en testamento aún cuando éste se revoca, no se tiene por revocado el reconocimiento ni se puede sujetar a ninguna modalidad; igualmente persisten los efectos del reconocimiento hecho en testamento aunque este se declare nulo por falta de requisitos testamentarios especiales que no habrían anulado si sólo se hubiera otorgado el reconocimiento.

Estas últimas disposiciones favorecen al hijo y tiene por objeto evitar toda incertidumbre respecto a la paternidad o a la maternidad. La calidad de hijo legalmente establecida por el reconocimiento, no puede quedar sujeto a cambios por la voluntad de quien asume la calidad de padre o en su caso la maternidad, si de la mujer se tratase.

El reconocimiento forzoso, se le denomina también reconocimiento judicial o reconocimiento por declaración judicial, y tiene lugar cuando, a petición del hijo, en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesto a los padres. No se trata en realidad de un reconocimiento forzoso o judicial, sino que se trata de una declaración judicial de filiación.

Se otorga derecho al hijo que no fue reconocido voluntariamente, a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto a él. Es la facultad concedida por la ley al hijo no reconocido para solicitar a los tribunales una

declaración sobre su paternidad, que podrá alcanzarse si se encuentran previstos por la propia ley y si aporta la prueba necesaria.

La paternidad puede ser judicialmente declarada:

- **Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca:** Al respecto, surge la duda si ese reconocimiento debe constar en forma expresa y categórica o si es suficiente que del texto de esos documentos se infiera sin lugar a dudas el reconocimiento;
- **Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre:** Quiere decir que al hijo únicamente le falta que su calidad de tal sea declarada y conste en el registro civil, se requiere que el presunto hijo haya sido tratado en esa situación por sus padres o los familiares de éstos, y que además concorra cualquiera de las circunstancias siguientes: a) Que haya proveído a su subsistencia y educación (debe entenderse que lo hacen los presuntos padres o los familiares de éstos); b) Que el hijo haya usado, constante y públicamente el apellido del padre; c) Que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia.
- **En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.**
- **Cuando el presunto padre haya vivido con la mujer durante la época de la concepción, las presunciones sobre que son hijos de los padres que han vivido maridablemente:** Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que se iniciaron sus relaciones de hecho y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que se cesó la vida en común. El problema sería probar el extremo de la relación de hecho de los padres, bien puede admitirse la prueba testimonial analizada con cautela y prudencia por el juzgador y referida a otros medios probatorios de mayor eficacia.

Con respecto a la acción judicial de filiación solo puede entablarse en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo en los casos siguientes: a) Cuando el hijo sea póstumo; b) Cuando la persona contra quien se dirige la acción hubiera fallecido durante la menor edad del hijo; y, c) En los casos mencionados, es decir en los casos en que la paternidad pueda ser judicialmente declarada.

La acción concedida al derecho de la mujer a ser indemnizada por daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso, o de minoridad al tiempo de la concepción y declaratoria a que se refieren en los casos de violación estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; y cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción, no procederán en los siguientes casos: a) Si durante la época de la concepción, la mujer llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta a la del presunto padre; y, b) Si durante la época de la concepción fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la mujer.

- **Legitimación:** Es aquella figura jurídica por cuyo medio un hijo no matrimonial adquiere la calidad de hijo de matrimonio, en virtud de posterior unión conyugal de los padres, tipificándose, entonces la denominada legitimación por subsiguiente matrimonio. El objeto de la legitimación consiste en que el hijo adquiera todos los derechos de los hijos nacidos, o en su caso concebidos del matrimonio.

La única restricción que podría tener un hijo nacido fuera de matrimonio es no vivir junto a su padre o madre, si estos fueran casados, por supuesto, con otra persona que no sea ni su padre ni su madre, según el caso.

CAPÍTULO II

2. La intervención judicial en los casos en que existe pugna entre el padre y la madre respecto de los hijos

2.1 Antecedentes

Es importante hacer énfasis en la institución de la familia, en virtud que esta institución tiene su base en el matrimonio que enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes.

Para lograr la consecución de los objetivos y finalidades de la familia, necesariamente tiene que existir un ordenamiento, una directriz y algo que respetar cuando se pretende olvidar las leyes naturales y morales; este ordenamiento que tiene que ser jurídico no es más que el derecho de familia, que engloba el conjunto de instituciones creadas para lograr esos objetivos y finalidades.

Tanto el matrimonio como la unión de hecho dan lugar a la familia, ya que ambas instituciones tienen por objeto que los cónyuges convivan, procreen, alimenten y eduquen a sus hijos y se auxilien entre si. De estas dos instituciones se derivan todas las obligaciones que puedan tener los padres con sus hijos y viceversa, pues en el matrimonio y la unión de hecho, es en donde de mejor manera se cumplen estas obligaciones aunque se deriven de la filiación.

El problema radica en la ruptura de la armonía familiar, pues se llega a la separación y al divorcio o al cese de la unión de hecho; sin embargo, aunque se disuelva o modifique el vínculo conyugal que unía a los padres por una u otra forma, se dio la relación paterno-filial o materno-filial y esto obliga a los padres a cumplir ciertas obligaciones y poseer ciertos derechos que emana, en primer lugar, del derecho natural y en segundo de un ordenamiento jurídico. Este conjunto de derechos y obligaciones se

representan en forma general en la institución de la patria potestad que a su vez genera la institución de la guarda y cuidado.

2.2 Los derechos humanos como principio general del derecho interno

Antes de abordar el tema de la intervención judicial en los casos en que existe pugna entre el padre y la madre para el ejercicio de la patria potestad de los hijos se debe analizar qué son los derechos humanos y en ese sentido, se puede decir que son aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural del hombre.

Cuando hablamos de la palabra derecho, hacemos hincapié en un poder o facultad de actuar, un permiso para obrar en un determinado sentido o para exigir una conducta de otro sujeto.

Son llamados humanos porque son del hombre, de la persona humana, de cada uno de nosotros. El hombre es el único destinatario de estos derechos. Por ende, reclaman reconocimiento, respeto, tutela y promoción de parte de todos, y especialmente de la autoridad. Estos derechos son inherentes a la persona humana, así también son inalienables, imprescriptibles. No están bajo el comando del poder político, sino que están dirigidos exclusivamente por el hombre.

Así como todos los hombres poseen un derecho, siempre otro hombre o estado deberá asumir una conducta frente a esos derechos, de cumplir con determinadas obligaciones de dar, hacer u omitir.

Mucho tienen que ver los derechos humanos con la democracia. Los Estados donde se les reconoce, respeta, tutela y promueve son democráticos. Y los que no los reconocen son no democráticos, o bien, autoritarios o totalitarios. Para que estos derechos humanos puedan realizarse, y reconocerse dentro de un ámbito real, el Estado, debe encontrarse en democracia.

La democracia es la que permite que todos los hombres participen realmente del gobierno de manera activa e igualitaria, cooperando con el reconocimiento, respeto, tutela y promoción de los derechos humanos.

En todos los sistemas donde no existe base de democracia, existen diversas situaciones donde falta equidad y justicia. En cambio cuando media democracia, el hombre está inserto en una sociedad donde la convivencia es organizada, donde cada ciudadano tiene la garantía de que sus derechos serán respetados y tutelados al igual que él debe respetar a los demás; donde la convivencia es acorde a la dignidad de la persona teniendo en cuenta su libertad y sus derechos humanos.

El Estado cumple un papel fundamental, porque las autoridades deben, además de reconocerlos, ponerlos en práctica dentro de la sociedad, para que puedan desarrollarse en un ambiente próspero.

2.2.1 Evolución histórica de los derechos humanos

La expresión de "derechos humanos", es de origen reciente. Su fórmula de inspiración francesa, "derechos del hombre", se remonta a las últimas décadas del Siglo XVIII. Pero la idea de una ley o legislador que define y protege los derechos de los hombres es muy antigua.

El Código de Hammurabi, se protegía con penas desproporcionadamente crueles. En Roma se los garantizaban solamente al ciudadano romano que eran los únicos que podían formar parte en el gobierno, la administración de la justicia, la elección de funcionarios públicos. A pesar de esto se logró constituir una definición práctica de los derechos del hombre. El derecho romano según fue aplicado en el common law, como el derecho civil del continente europeo, ofrece un patrón objetivo para juzgar la conducta desde el punto de vista de los derechos y libertades individuales. Ambos admitieron la concepción moderna de un orden público protector de la dignidad humana.

En Inglaterra se libraron batallas en defensa de los derechos Ingleses, para limitar el poder del rey. De esta lucha emergen documentos: la Petition of Right de 1628, y el Bill of Rights de 1689.

Las ideas de estos documentos se reflejan luego en las revoluciones norteamericanas y francesas del Siglo XVIII: con la Declaración de Independencia Norteamericana, Declaración de Derechos de Virginia de 1776, Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración de los Derechos Norteamericana.

El año 1789, específicamente al 26 de agosto de ese año donde la asamblea constituyente francesa votó por unanimidad un conjunto de principios considerados esenciales en las sociedades humanas y en las que habían de basarse la Constitución Francesa (1791), y después otras muchas constituciones modernas. Tales principios, enunciados en 17 Artículos, integran la llamada "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".

En cuanto a su contenido político y social no representaban una aportación original, pues su espíritu había sido ya aceptado en Inglaterra en 1689 por Guillermo III, y casi en iguales términos los había sancionado con anterioridad en Estados Unidos el Congreso de Filadelfia. No obstante, la gran repercusión de la Revolución Francesa los universalizó y entraron a formar parte de la conciencia europea como expresión de las aspiraciones democráticas.

Dicha declaración, en sus artículos, establece: la misma política y social de los ciudadanos, el derecho a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a resistir la opresión, el libre ejercicio de los derechos naturales, la libertad de palabra y de imprenta... y demás derechos inherentes al hombre.

En esta etapa comienzan a dictarse las constituciones de carácter liberal, que protegían los derechos civiles y políticos, buscaban la protección de las libertades de

propiedad, y de vida. Esta etapa es llamada "Derechos de Primera Generación", donde vemos un decaimiento del absolutismo político y monárquico.

Como respuesta a una etapa de crisis de los derechos humanos, por distintas situaciones, entre ellas el comunismo o la revolución Industrial de Inglaterra. Esta etapa se llama "Derechos de Segunda Generación", que son específicamente derechos sociales y económicos, que contenían la esperanza de los hombres de mejorar sus condiciones de vida dentro de la sociedad, en lo económico y en lo cultural, ya que a medida en que otras valoraciones novedosas entran a los conjuntos culturales de las diferentes sociedades, el repertorio de derechos civiles y políticos recibe una reclamación ampliatoria.

Estos derechos deben defenderse, mantenerse, subsistir; pero a la vez hay que añadirles otros. Estas ideas comienzan a plasmarse en las constituciones de México de 1917 y en la de Alemania de Weimar en 1919.

Los derechos humanos se establecieron en el derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial, y se establecieron documentos destinados a su protección por su importancia y necesidad de respeto.

Podemos emplear varios ejemplos:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;
- La Declaración de los Derechos del Niño, de 1959;
- La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1959;
- La Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, de 1969;

- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes, de 1984;
- La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, entre otros.

Estos nuevos derechos que se apodan derechos de segunda generación tienen que cumplir una forma social, el individuo tiene que ejercerlo con un sentido o función social.

Los "Derechos de Tercera Generación", son los derechos humanos, esta etapa todavía no ha terminado y está integrada por el derecho a la preservación del medio ambiente, al desarrollo económico de todos los pueblos, derecho a la paz, de los recursos naturales, del patrimonio cultural y artístico, etc.

2.2.2 Distintas acepciones

En la actualidad la palabra derechos humanos no es la única que se utilizó para señalar los derechos inherentes al hombre, sino que son nombrados de múltiples maneras. Esto ocurre por diversas causas, entre las que podría nombrar, el diferente idioma, el uso lingüístico de cada sociedad, las diferentes culturas, la doctrina de los autores, las distintas posturas, etc.

Entre las diversas denominaciones tenemos:

- **Derechos del hombre:** Se utiliza la palabra "hombre", para asignar a aquellos derechos que son inherentes a la persona, en razón de su naturaleza humana, por lo cual todos los hombres son titulares de ellos, por igual. Esta denominación tiene sus orígenes en la declaración francesa de 1789, la cual apunta al hombre como titular de los derechos.
- **Derechos individuales:** Se refiere a la individualidad de cada persona, su origen es de raíz liberal-individualista, hace hincapié en que al tratarse de una

persona humana u hombre, se trata de un "individuo". A su vez esta expresión se le puede realizar una crítica, porque el hombre en comparación con el resto de los animales, es una persona, y no es cualquier individuo. También se le puede criticar el hecho de que al reducir al hombre a un individuo, se lo estaría apartando de la sociedad y del Estado, se estaría marcando un ser solitario y fuera de la sociedad.

- **Derechos de la persona humana:** Alude a que el nombre es ontológicamente una persona humana, y se encuentra relacionada con la concepción de los derechos del hombre, porque el hombre por su condición de persona humana es titular de estos derechos.
- **Derechos subjetivos:** Hace referencia a que lo subjetivo es lo propio de un sujeto, como es en el caso del hombre, nos estaría marcando de lo que le pertenece. Esta expresión viene en contraposición del "derecho objetivo".
- **Derechos públicos subjetivos:** Es a partir del momento en que los derechos aparecen insertados en la normativa constitucional. La palabra "público", nos estaría ubicando al hombre frente al Estado, dentro del ámbito del derecho público. Aparecen hacia fines del Siglo XVIII, con el constitucionalismo.
- **Derechos fundamentales:** Al decir fundamentales, nos estamos refiriendo a la importancia de estos derechos y de su reconocimiento para todos los hombres, hoy en día también se sostiene que hablamos de derecho fundamental cuando aparecen en el derecho positivo. Pero mas allá de esta concepción, los derechos humanos al encontrarse fundados en la naturaleza humana, no pueden tomar valor en el momento en el que ingresan a una norma, porque tienen un valor anterior.
- **Derechos naturales:** Arrastra una fuerte carga filosófica. Lo de "naturales" parece, en primer lugar, obedecer a una profesión de fe en el derecho natural, en

un orden natural como fundamento de los derechos del hombre; mas moderadamente, y en segundo término, significa que los derechos que le son debidos al hombre, le son debidos en razón de las exigencias propias de la naturaleza humana, con lo que de alguna manera hay que compartir la idea de que el hombre tiene naturaleza.

- **Derechos innatos:** Al decir innatos nos estamos refiriendo a que estos derechos, se encuentran en la naturaleza misma del hombre, se encuentran adheridos a él.

- **Derechos constitucionales:** Son los derechos que se encuentran insertados dentro de la constitución, los cuales al estar incorporados dentro de la Constitución tienen constancia y están reconocidos.

- **Derechos positivizados:** Son los derechos que aparecen dentro de un orden normativo, y poseen vigencia normológica.

- **Libertades públicas:** Es de origen francés y está relacionada con los derechos individuales, los derechos públicos subjetivos, los derechos civiles de primera generación, etc. Las podemos ubicar dentro de los "derechos positivizados". La crítica es que estas libertades no introducen a los derechos de segunda generación, o sea, los derechos sociales.

2.2.3 El fundamento de los derechos humanos

Los derechos humanos se fundamentan en la naturaleza humana, tales derechos le son inherentes al hombre en cuanto tal, en cuanto tiene naturaleza, esencia de tal. Desde la antigüedad ha sido buscada la explicación sobre la naturaleza humana.

Los estoicos, percibieron la natural inclinación a hacer el bien, considerándolo como el primer principio, innato en la naturaleza del hombre; "haz el bien y evita el mal".

Cicerón encuentra el fundamento de los derechos humanos en la recta razón, que es la encargada de discernir lo bueno en la conducta humana como justo y verdadero, y lo malo como injusto.

Pero a su vez, la recta razón natural es más bien la que nos permite discernir los verdaderos derechos humanos, su alcance y jerarquía, pero no es el fundamento de los derechos humanos. Sino que, como yo he resaltado, la base de los mismos se encuentra en la naturaleza humana por lo cual estos son para todos los hombres, como consecuencia, ser la dignidad de la naturaleza humana, su fundamento.

La naturaleza humana otorga titularidad a estos derechos universales, inviolables e irrenunciables; por lo tanto, al encontrar allí su fundamentación, deducimos que no pertenecen al hombre por una disposición estatal, sino que le pertenecen por el solo hecho de ser persona humana.

Estos derechos deben ser:

- **Reconocidos:** En todos los hombres por igual, este reconocimiento debe ser real y fundamental. Deben ser reconocidos para poder ser defendidos.
- **Respetados:** Para poder efectivamente proteger la dignidad humana y para hacer que su realización sea posible. El derecho es el respeto, es la propuesta social del respeto.
- **Tutelados:** Una vez reconocidos y respetados, debo protegerlos, la tutela corresponde a cada hombre, al estado y a la comunidad internacional.
- **Promovidos:** Deben ser constantemente promovidos, esto es, que deben darse a conocer y ser elevados en todo sentido, para evitar que sean violados.

Podemos añadir que los derechos humanos, en cuanto a derechos subjetivos, se encuentran en dependencia con la ley natural. Llamamos ley natural a aquellas proposiciones universales del entendimiento práctico que la razón humana formula a partir del conocimiento del orden inmanente en la realidad de las cosas.

La ley natural es la participación de la ley eterna en el hombre. Los principios que esta contiene corresponden a las inclinaciones del hombre. El fundamento absoluto no es la voluntad del hombre, esto que no somos seres absolutos, sino limitados y contingentes.

2.2.4 La universalidad de los derechos humanos

Los derechos humanos son universales porque pertenecen a todos los hombres, a todos por igual, en todo tiempo y lugar; se encuentran de manera innata ligados a la naturaleza del hombre.

Asimismo, la universalidad es una de las características de la ley natural, de la cual los derechos humanos se encuentran en dependencia universal, es común a todos los pueblos y naciones.

Es la posibilidad de que ante una misma situación la solución sea siempre la misma. Santo Tomas de Aquino dice que la ley natural es común a todos; en cuanto a los primeros principios comunes, es lo mismo en todos los hombres, tanto por la rectitud de su inteligencia, como por el conocimiento que de ellos se tiene.

En cuanto a los preceptos particulares, que son a modo de conclusiones derivados de los principios comunes, la ley natural es la misma en la generalidad de los casos, pero en su aplicación pueden darse excepciones por razón de las circunstancias; y en cuanto a su conocimiento, este puede fallar en casos concretos, bien por fallo en el razonamiento, bien por ignorancia a causa de la perversión de la razón debido a las pasiones o a los malos hábitos.

Los derechos humanos significan una estimativa axiológica en virtud del valor justicia, que se impone al Estado y al derecho positivo.

Respecto a la universalidad de los derechos humanos podemos señalar que comienza a partir del Siglo XVIII, con la independencia y la Revolución Americana de las Colonias Inglesas, y con la revolución francesa. En este tiempo comienza el constitucionalismo moderno y comienzan a surgir las declaraciones de derecho. Este movimiento adquiere gran difusión en el mundo.

Con la universalización de los derechos se expresa que se vuelven generales en todo el mundo. Durante esta época, comienza la formulación de los derechos de la primera generación, los derechos civiles y políticos, los cuales en ese entonces fueron también denominados derechos públicos subjetivos y derechos individuales. La universalización se funda especialmente en la difusión de estos principios, porque cada estado fue introduciendo y formulando en sus constituciones los derechos del hombre.

Con relación a la universalidad, hablamos de la internacionalización. Esta comienza en la segunda mitad del Siglo XX, es un fenómeno que acontece en el plano internacional; por el cual el problema de los derechos ya no es exclusivo resorte de cada estado en su jurisdicción interna, sino además del derecho internacional público. A la vez el derecho internacional público se ocupa y preocupa de ellos, y formula su propia declaración de derecho en documentos internacionales, como el de las Naciones Unidas de 1948 y en demás tratados, pactos y convenciones.

Con esto, el hombre ha adquirido la calidad de un sujeto del derecho internacional, ya que todo hombre puede llevar denuncias o quejas ante las organizaciones supra-estatales, para que sus derechos sean respetados y defendidos.

Universalizar los derechos es admitir que todos los hombres siempre y en todas partes deben gozar de "unos" derechos porque el hombre es persona. Internacionalizar los derechos es hacer exigible en virtud del derecho internacional público que todo estado reconozca "unos" derechos a todos los hombres, también porque el hombre es

persona. Cuando decimos que los derechos están cargados de historicidad, es porque dependen de la situación de lugar y de época, de cultura, creencias y valoraciones sociales. Aunque los derechos se consideren los mismos, no son siempre iguales en el modo de su realización.

2.2.5. Los derechos humanos como principio general del derecho

Para establecer la relación existente entre los derechos humanos y los principios generales del derecho, se hace necesario hacer una reseña acerca de estos últimos.

Con "principios generales del derecho" se quieren significar dos cosas, según la historia positiva son los principios que están en el derecho positivo; según la filosofía ius materialista son los principios en los cuales tiene su origen el ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico nos dice que ellos informan un ordenamiento jurídico dado, que están expresados en las normas positivas y que son sacados por inducción de ellas. Eran los que se encontraban en el derecho romano, en el derecho común. Su pretensión es que el derecho positivo es por si solo suficiente para resolver todos los problemas.

El ius naturalismo sostiene que se hace referencia a principios suprapositivos, que informan y dan fundamento al derecho positivo. Según una normatividad ius naturalista que expresa el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de cada legislación positiva. Se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre. Son principios superiores que informan todo el derecho universal.

La idea de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, causa, razón. Ellos gozan de principalidad – generalidad – juricidad.

Estos tienen un doble papel: ser ellos se fundamenta el derecho positivo, y son fuente de base técnica, pues subsidiariamente en ellos deberá apoyarse el juez para

resolver el caso ante la falta de la norma expresa o al comprobar la no-aplicabilidad de las demás que integran el ordenamiento jurídico. Valen antes que la ley, en la ley y después de ella; afirman y enuncian valores.

Podemos decir que son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su influencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legal o consuetudinaria.

La remisión de tales principios los es a un juicio de valor, que es lo que se denomina derecho natural.

Los derechos humanos están insertos dentro de los principios generales del derecho. Unos principios humanos que merecen respeto, tutela, reconocimiento, promoción, vigencia, sociología, deben considerarse hoy como situados dentro, o formando parte de los principios generales del derecho, al menos dentro del orbe cultural al que pertenecemos.

La función y finalidad de los derechos humanos, en principio podemos decir que ellos sirven de ideas de fuerza, ya que disponen vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente y para acelerar el cambio y la transformación.

El orden jurídico-político, es el encargado de garantizar su tutela y defensa, para poder mantener un orden social. Por lo tanto, en la función de los derechos humanos podemos destacar la importancia de la filosofía de los derechos humanos, la cual nos da la base necesaria, para que luego surja una determinada ideología basada en la democracia y esta nos del pie para poder insertar dentro del derecho positivo, las normas basadas en los derechos humanos, dentro del ámbito social.

La función de instalar al hombre dentro de una comunidad política de acuerdo con su dignidad de persona. Esta función es la que no ubica al hombre dentro de una sociedad con todo un ámbito de libertad, autonomía y derechos, y a su vez la función

del Estado de garantizarle a la persona el desarrollo necesario, para que pueda vivir en libertad y ejercer sus derechos, sin que haya dentro del Estado un abuso del poder y este sea fuente de la democracia. Para que esta función entre en vigencia es necesario que haya normas constitucionales que la avalen.

La función de que los derechos humanos estén dentro de un orden público jurídico del Estado. Esta función se debe fundar en un sistema de valores, el cual cumple la función no solo de orientar, sino también de promover el desarrollo de los derechos.

La función de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, para que los hombres puedan ser verdaderos titulares de derecho, y así puedan acceder al ejercicio de sus derechos, por medio de un sistema de órganos y vías idóneas que le garanticen su ejercicio.

La función de lograr que el hombre tenga sus necesidades básicas cubiertas, para poder realmente desarrollarse con una buena base económica, cultural y social. Esta función debería tenerla necesariamente en cuenta, tanto el Estado como aquellos que realmente han alcanzado su verdadero desarrollo económico; porque son los que se deberían ocupar de dar las posibilidades a aquellos sectores que se encuentran marginados e inmersos en la miseria. Es una función para la cual tendría que cooperar toda la sociedad en unión y haciendo uso de su democracia, se debería tener en cuenta a los sectores que tienen mayor necesidad otorgándoles posibilidades de desarrollo, por ejemplo por medios subsidiarios, creando mayores fuentes de trabajo, considerando a los hombres por su verdadera dignidad de personas humanas.

Con las obligaciones que recíprocamente los derechos humanos, se puede hacer referencia a los derechos del sujeto activo frente al sujeto pasivo en relación de alteridad. Uno es el de la obligación, o débito, o prestación que tiene que cumplir el sujeto pasivo para dar satisfacción al derecho del sujeto activo.

El tema de las obligaciones en el derecho, se debe analizar en el campo del derecho constitucional, porque es en el donde se sitúan los derechos humanos.

El hombre, al encontrarse titular, como es en este caso de un derecho humano, tiene en frente un sujeto que debe cumplir con una obligación, esta obligación es de carácter esencial, es la relación de alteridad del sujeto activo frente al sujeto pasivo, el cual debe cumplir una obligación de dar, prestar, hacer u omitir una determinada conducta.

Las obligaciones a cargo del sujeto pasivo frente al derecho del sujeto activo son muy importantes, porque no hay derechos personales sin obligaciones correlativas o recíprocas. La importancia de las obligaciones constitucionales que existen para satisfacer los derechos del hombre se comprende cuando captamos y asumimos que cuando la obligación no se cumple, el derecho recíproco no queda abastecido, sufre violación o se vuelve teórico. Por lo tanto debe haber algún medio o vía para exigir el cumplimiento de la obligación, para sancionar al sujeto pasivo incumplidor de su deber, o para repeler de alguna manera el incumplimiento.

2.2.6 Vías tutelares

Los medios o vías para exigir que la obligación se cumpla sirven para sancionar su incumplimiento, o para remediar la violación o para repararla. Tales medios han de estar a disposición del titular del derecho tanto cuando el sujeto pasivo cargado con la obligación sea el estado, como cuando lo sean uno o más particulares.

Los medios han de ser judiciales, para acceder a un juez o tribunal del poder judicial. Las vías tutelares de derechos, se deben encontrar bajo la disposición de los titulares de derechos, o sea las personas humanas. Quienes deben exigir el cumplimiento de las obligaciones frente al sujeto pasivo, ya sea un particular o el Estado.

Las vías tutelares de derechos, deben ser fundamentalmente judiciales; deben encontrarse dentro del derecho constitucional procesal; y nos estamos refiriendo al ámbito de las garantías que son las que permiten hacer valer los derechos, cuando estos son violados o ignorados por el sujeto pasivo.

Los derechos humanos deben estar reconocidos dentro de la Constitución, si hay alguna violación a uno de estos derechos ya sea por el Estado o por algún particular, se estaría lesionando a la constitución, y se trataría de una conducta inconstitucional, por ende debe haber vías que controlen la constitucionalidad. Estas vías, que han de ser jurídicas, deben permitir el acceso a un tribunal, la legitimación del justiciable, la tutela de lo que él cree ser su derecho, y a impartir justicia por parte del tribunal.

Por lo tanto, encontramos como vías tutelares: la constitución, las vías procesales comunes, las vías procesales sumarias y sumarísimas, el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo.

Si los derechos humanos están reconocidos en la constitución, la lesión originada a un derecho por el Estado y por los particulares no es solo una lesión al titular del derecho sino también es lesión de la constitución, y por ende la conducta es inconstitucional.

Los tratados internacionales, forman parte como fuente del derecho interno, a partir del momento en el que una fuente interna les da recepción a su sistema jurídico. Estos tratados surgen a partir de la internacionalización de los derechos humanos, dando lugar para una mayor garantía de instancias internacionales o supraestatales.

Las leyes internas deben complementar a la constitución como fuente de los derechos humanos. Con esto se pretende decir que las leyes internas deben apoyar, ampliar y detallar los derechos humanos, en vez de contradecirlos. Las leyes no pueden violar los principios establecidos en la constitución, porque esta es la ley suprema.

El derecho judicial, es una fuente de gran importancia, ya que tiene la posibilidad de elevar otras fuentes y lograr la vigencia sociológica de los derechos humanos.

Dentro del derecho de los derechos humanos encontramos una rama que se denomina "El derecho internacional de los derechos humanos", que se hace presente desde que el derecho internacional público ha incluido en su campo la cuestión de los derechos y libertades esenciales y fundamentales del hombre.

Tres pactos acentúan esta tendencia, evidente desde la Carta de las Naciones Unidas, cuando el derecho internacional público puso para el bien común internacional, la protección internacional de los derechos del hombre, y comienza a darles cobertura mediante tratados, convenciones, pactos y organizaciones.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos revisten carácter de derecho mínimo, y esto puede entenderse en un doble sentido: por un lado, en ellos se incluyen los derechos fundamentales con su contenido esencial; por otro lado además que las fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descriptivo de esos derechos y su contenido con elasticidad y generalidad para facilitar la ratificación y adhesión de los estados, para que el derecho interno de éstos no tropiece con barreas muy rígidas.

Las principales características que se les atribuyen a los derechos humanos son:

- **Inherentes:** Porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento por parte del Estado.
- **Universales:** Por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.

- **Absolutos:** Porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.
- **Inalienables:** Por ser irrenunciables, al pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título.
- **Inviolables:** Porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.
- **Imprescriptibles:** Porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de sí se hace uso de ellos o no.
- **Indisolubles:** Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial, al tener igual grado de importancia.
- **Indivisibles:** Porque no tiene jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos por encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.
- **Irreversibles:** Porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.
- **Progresivos:** Porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona.

Es importante tener presente la relación de interdependencia existente entre los derechos humanos, es decir, que la vigencia de unos es precondition para la plena realización de los otros, de forma tal que la violación o desconocimiento de alguno de ellos termina por afectar otros derechos. Sería el caso, por ejemplo, el del derecho a la libertad de reunión y asociación y el de libertad sindical, no podría asumirse el respeto del primero si existiera imposibilidad de constituir sindicatos y viceversa.

2.3 Intervención judicial

En nuestra ley sustantiva civil, Decreto Ley 106, cuando se invoca la figura de la guarda y custodia en un juicio, se citan para el efecto específicamente los Artículos 253 y 260, y el Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que establecen lo siguiente:

Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación de divorcio o de la separación al cuidado de la madre; y los hijos varones mayores de diez años al cuidado del padre. Sin embargo, si a criterio del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los juicios determinarán igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder.

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. Así mismo los hijos deben vivir con sus padres casados o unidos. Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar casa paterna o materna o aquella en que sus padres lo han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.

En los casos de divorcio y separación, que es uno de los puntos trascendentales dentro del derecho de familia, 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.

Es decir, en la sentencia es el juez el que determinará a quien corresponde la custodia de los hijos; siendo el objetivo primordial de la guarda y cuidado de los hijos menores, procurarles un buen futuro en todos los aspectos de su vida, física, psíquica, intelectual y moral. Esta función debe ser llevada a cabo por la persona más capacitada para tal efecto y la más idónea para su protección.

Se debe tener un buen criterio, que refleje las circunstancias que se han observado y, además, basándose en opiniones especializadas que puedan dar una mejor orientación.

El juez también deberá conocer el deseo del niño de estar con esa persona, analizando si ese deseo no es por conveniencia o influencia erróneamente implantada por el interesado. Lo anterior en base a la convención internacional sobre los derechos del niño. El niño tiene oportunidad en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte siempre que esté en condiciones de formarse para decidir, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio.

2.3.1 Proceso judicial

El proceso judicial, es el método para resolver un conflicto jurídico entre iguales, que supone e impone la existencia de dos partes enfrentadas entre sí (el actor y el demandado) en un plano de igualdad procesal, y, con la concurrencia de un tercero imparcial e independiente, es decir, objetivo que no tenga interés en la litis, que no sea

parte o forme parte con alguno de los sujetos procesales, pues en definitiva resolverá decidiendo a quien le asiste la razón desde la perspectiva de su calidad de juez que resuelve el conflicto jurídico sometido a su conocimiento, para lo cual se habrán de respetar las reglas del proceso.

Implica, simplemente renunciar a la solución privada para que el Estado resuelva el conflicto que surgió en la realidad social, a través de un representante (juez) mediante una decisión atributiva de reconocimiento de la razón a favor de solo una de las partes del conflicto.

La doctrina señala que el debido proceso, quizás sea el mayor logro jurídico obtenido por la civilización y en los últimos tiempos mucho se ha escrito acerca de qué es el debido proceso, y todos los textos constitucionales lo reconocen aunque con diferentes puntos de vista, la mayoría lo desarrolla en forma negativa como ocurre con la nuestra y otros en forma positiva lo cual no significa necesariamente que todos entiendan lo mismo de este reconocido derecho fundamental.

Nuestra Constitución, lo regula en el Artículo 12 estableciendo: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...” o sea se debe obtener un fallo y una sentencia en la cual se hayan observado y respetado los derechos de los justiciables.

El derecho general de defensa destaca con preponderancia entre otros, particularmente el de audiencia para las partes. De donde se deduce que en cada fase o etapa procesal el juzgador debe ir realizando las interconexiones entre las partes procesales, a efecto de que éstas hagan uso de ese derecho fundamental y puedan ir realizando los actos procesales que les corresponde, máxime en lo relacionado con la aportación de los medios de prueba ofrecidos tanto en la demanda para probar el actor su pretensión como en la oposición, para acreditar el demandado su tesis (que podrá ser sobre hechos extintivos, impeditivos o modificatorios), es decir, sobre cada una de

las partes pesa una carga procesal, lo que les permite controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas que aportan.

En los casos de familia, no obstante el derecho de defensa que tienen las partes, cuando existen controversias para el ejercicio de la patria potestad de los hijos, el juez al tener facultades discrecionales, puede acordar la práctica de ciertas diligencias atendiendo las circunstancias del caso, evitando que la falta de prueba conduzca a una solución judicial contraria a los derechos de las partes y para ello el Artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil le reconoce una facultad discrecional contra la que no se admite recurso alguno, lo cual no significa que haya sustitución procesal, o hacerle la prueba a la parte que fue omisa en cumplir con esa carga que le asigna la ley procesal, tampoco equivale a una facultad arbitraria, sino hacer lo que se debe hacer, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto en todo caso, velar por el interés superior del niño.

2.3.2 Juzgados que conocen cuando existe pugna entre el padre y la madre respecto a la custodia, guarda o patria potestad de los hijos

En el año de mil novecientos sesenta y cuatro, el Jefe de Gobierno de la República Coronel Enrique Peralta Azurdia, instituyó el Decreto Ley 206 Ley de Tribunales de Familia, dedicada específicamente a los procesos relativos a la familia. Por su medio se crearon los tribunales de familia en Guatemala y se consagraron así algunas normas de carácter tutelar para la familia y el procedimiento que dichos órganos deben seguir.

De conformidad con el Artículo 2 de la Ley de Tribunales de Familia, corresponden a los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección a las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

La Ley de Tribunales de Familia principia con tres considerandos, que son verdaderos postulados del derecho de familia guatemalteco y que así deben ser tomados en la práctica, especialmente en los conflictos que se susciten por su aplicación, especialmente el considerando número dos que literalmente dice “Que para la eficacia de esa protección al núcleo familiar debe establecerse un sistema procesal actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio”.

El carácter tutelar del derecho de familia, se encuentra claramente expuesto en el Artículo doce que preceptúa: “Los tribunales de familia tiene facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenaran sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía”.

El contenido del artículo anteriormente mencionado es de suma importancia y cabe hacer las siguientes consideraciones:

Concede a los tribunales de familia facultades discrecionales, cosa que normalmente es propia de los órganos administrativos y deja al funcionario la facultad de obrar de acuerdo a su leal y saber entender siempre, naturalmente dentro del marco de la ley;

Faculta al juzgador a dictar medidas pertinentes a efecto de que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida y sin necesidad de prestar garantía, lo cual corrobora el carácter tutelar que tiene la ley;

Señala la obligación del tribunal de investigar la verdad histórica y no atenerse solamente a la verdad formal, en las controversias que se planteen;

Señala como imperativo apreciar las pruebas de conformidad con la sana crítica, lo cual permite al juez hacer uso de la lógica y de su experiencia para resolver con justicia.

2.3.3 El juicio oral para tramitar las controversias surgidas con relación a la patria potestad de los hijos

El Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia preceptúa, que “En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los tribunales de familia, rige el procedimiento del juicio oral”, que está establecido del Artículo 199 al 210 del Código Procesal Civil y Mercantil y cuyos aspectos procesales son los siguientes:

- **Demanda:** De acuerdo con lo que preceptúa el Artículo 201 del Código Procesal Civil y Mercantil, la demandada puede presentarse verbalmente, en cuyo caso el secretario del tribunal de familia correspondiente, tendrá que levantar el acta respectiva, y que asimismo podrá hacerse por escrito, y que en ambos casos se deberá de cumplir con los requisitos establecidos en los Artículos 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil debiendo el actor acompañar a su demanda los documentos en que funde su derecho y si no los tuviere a su disposición los mencionará con la individualidad posible, expresando lo que de ellos resulte, y designará el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales. La demanda puede ser ampliada entre el término comprendido entre el emplazamiento y la primera audiencia, o al celebrarse esta. Aunque la ley no menciona la modificación, existe la posibilidad no solo porque la ampliación es ya de por sí una modificación de la demanda sino por la aplicación supletoria del Artículo ciento diez del Código Procesal Civil y Mercantil pues de conformidad con lo establece el Artículo 200 del cuerpo legal referido, son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a las normas generales de dicho juicio oral. Si esta circunstancia ocurre antes de la

primera audiencia, debe emplazarse nuevamente al demandado por tres días y si se lleva a cabo durante la primera audiencia, la ley le otorga la facultad al demandado de contestar la demanda en el mismo acto o de acogerse al plazo que la ley le otorga en cuyo caso el juez debe suspender la audiencia.

- **Emplazamiento:** Si la demanda correspondiente se ajusta a las prescripciones legales, el juez señalará día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral, previniéndolas a que presenten sus pruebas en la audiencia que se señale para el efecto, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía de la parte que no compareciere. Entre el emplazamiento del demandado y la audiencia, deben mediar por lo menos tres días, término que será ampliado en razón de la distancia. El demandado debe disponer de por lo menos tres días para preparar su defensa, atendiendo a la naturaleza del juicio oral, ya que las partes deben presentarse con todos sus medios de prueba.

- **Conciliación:** En la primera audiencia que señale el juez de familia, al iniciarse la diligencia, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuanimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríe las leyes; es importante resaltar que en caso de existir arreglo entre las partes, el juez debe verificar que dicho arreglo no implique menoscabo al interés superior del niño. Si la conciliación fuere parcial, el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo. Esta etapa del juicio oral tiene como característica que es obligatoria y se debe producir al comienzo de la diligencia con el propósito de que si las partes llegan a un convenio, el trámite del juicio se dará por finalizado.

- **Excepciones:** Al haberse verificado la conciliación, sin resultado positivo, y si el demandado no se conforma con las pretensiones del actor, debe expresar con claridad en la primera audiencia, los hechos en que funda su oposición. Todas las excepciones se opondrán en el momento de contestar la demanda o la reconvenición, pero las nacidas con posterioridad y las de cosa juzgada,

caducidad, prescripción, pago, transacción y litispendencia, se podrán interponer en cualquier tiempo, mientras no se haya dictado sentencia en segunda instancia. El juez debe resolver en la primera audiencia las excepciones previas que pudiere, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 121, pero puede también resolverlas en auto separado. Las demás excepciones se resolverán en sentencia. Si la parte actora ofreciere en esa oportunidad prueba para contradecir las excepciones del demandado, puede el juez señalar la audiencia en que deba recibirse.

Todos los incidentes que por su naturaleza no puedan o no deban resolverse previamente, se decidirán en sentencia. En igual forma se resolverán las nulidades que se planteen. En todo caso se oirá por veinticuatro horas a la otra parte, salvo que el incidente o nulidad que se plantee deba resolverse inmediatamente. La prueba se recibirá en una de las audiencias que señale el juez de familia.

- **Contestación de la demanda:** La contestación de la demanda debe llenar los mismos requisitos establecidos para la demanda y puede hacerse oralmente en la primera audiencia. Sin embargo puede presentarse por escrito hasta o en el momento de la primera audiencia. Con la contestación de la demanda verificada antes o en la audiencia, quedan determinados los hechos sobre los cuales va a versar el juicio oral, por lo que ya no es posible ninguna ampliación o modificación de la demandada, puesto que la demandada puede ser modificada o ampliada antes de que haya sido contestada.
- **Reconvención:** En el juicio oral, la reconvención puede presentarse por escrito antes de la primera audiencia o bien durante la celebración de ésta, puede hacerse en la audiencia oralmente y debe plantearse al contestar la demanda. Los efectos que produce son los mismos ya que el juez a menos que el actor reconvenido desee contestarla en la misma audiencia deberá suspenderla.

- **Audiencias:** Las partes en la primera audiencia que se señale para el efecto tienen la obligación de concurrir a la misma con sus respectivos medios de prueba. Si en esta audiencia no fuere posible rendir todas las pruebas, se señalará nueva audiencia dentro de un término que no debe exceder de quince días. Extraordinariamente y siempre que por circunstancias ajenas al Tribunal o a las partes, no hubiere sido posible aportar todas las pruebas, el juez podrá señalar una tercera audiencia exclusivamente para ese objeto. Esta audiencia se practicará dentro del término de diez días. Cuando se proponga la prueba de declaración de la parte, el juez determinará la audiencia en que deba practicarse. En igual forma se procederá para el reconocimiento de documentos. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la facultad que tiene el juez para ordenar diligencias para mejor proveer, de acuerdo con el Artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil. También están facultados los jueces que conozcan de estos juicios, para señalar términos extraordinarios, cuando algún medio de prueba de rendirse fuera del territorio de la república.

Si el demandado se allanare a la demanda o confesare los hechos expuestos en la misma, el juez dictará sentencia dentro del tercer día. Cuando el demandado no comparezca a la primera audiencia, sin causa justificada, el juez fallará, siempre que se hubiere recibido la prueba ofrecida por el actor. Dentro de los cinco días a partir de la última audiencia, el juez dictará sentencia.

- **Recursos:** En este tipo de proceso sólo será apelable la sentencia.
- **Trámite en segunda instancia:** El tribunal superior, al recibir los autos, señalará día para la vista, que se verificará dentro de los ocho días siguientes. Verificada ésta, si no se hubieren ordenado diligencias para mejor proveer, se dictará sentencia dentro de los tres días siguientes. La ejecución de la sentencia se llevará a cabo en la forma establecida en el Código Procesal Civil y Mercantil, pero los términos se entenderá reducidos en la mitad.

2.3.4 La función del trabajador social en los conflictos del derecho de familia

Los jueces de familia tienen la potestad de ordenar a los trabajadores sociales adscritos al tribunal, las investigaciones necesarias, para que estos actúen de inmediato, en forma acuciosa y rápida, para que rindan informes con toda veracidad y objetividad, a fin de que los problemas planteados puedan ser resueltos con conocimiento pleno de la realidad de las situaciones, las funciones del trabajador social consisten en:

- Ayudar a las personas a desarrollar las capacidades que les permitan resolver sus problemas sociales, individuales y/o colectivos.
- Promover la facultad de autodeterminación, adaptación y desarrollo de las personas.
- Promover y actuar por el establecimiento de servicios y políticas sociales justas o de alternativas para los recursos socioeconómicos existentes.
- Facilitar información y conexiones sociales con los organismos de recursos socioeconómicos (articular redes).
- Conocer, gestionar y promocionar los recursos existentes entre sus potenciales usuarios y los profesionales de otras ramas de las ciencias que pueden estar en contacto con sus potenciales usuarios.

Los ámbitos de actuación profesional comprenden gran diversidad de actos (todos aquellos sectores poblacionales que precisan de una atención especial): tercera edad, discapacitados, personas maltratadas (en especial, mujeres, menores y ancianos),

reclusos, inmigración, menores en situación de riesgo, exclusión social, gente sin hogar, drogodependientes, entre otros temas.

Una herramienta de su trabajo es el informe social, la historia social, la ficha, diagnóstico social, el proyecto de intervención, las hojas de seguimiento, etc.

En la actualidad el trabajo social también desarrolla su acción en el llamado tercer sector (asociaciones, fundaciones, colectivos y ONGs) y en menos medida en la empresa privada. Actualmente, se suman como herramientas los informes periciales, propios del sistema oral de justicia.

También en los contextos escolares, son mediadores de conflictos entre integrantes de la comunidad educativa, realizan terapia de tratamiento con familias, grupos, individuos, para buscar la resolución de sus problemas de interrelaciones sociales y que son causantes de sufrimiento.

El trabajo social, tiene su fundamento en ideales humanitarios. Su actuación profesional busca el bienestar, desarrollo y protección de los derechos sociales de las personas, promoviendo los derechos humanos en su accionar, y desarrollando procesos de intervención en los diversos ámbitos de la sociedad, considerando la vinculación que posee la persona con su medio, promoviendo el desarrollo familiar, grupal y comunitario como ejes de intervención, desarrolla un proceso de intervención en los diversos sistemas sociales, en su interrelación. Su origen es el mismo que las ciencias sociales.

Además, posee un cuerpo de conocimientos propios, y sistémicos, un saber práctico, un código deontológico, entre otras características propias de las profesiones.

Los trabajadores sociales, son profesionales que se dedican a conseguir el bienestar y la autorrealización de los seres humanos; al desarrollo y utilización correcta de los conocimientos respecto al comportamiento humano y social; al desarrollo de los

recursos necesarios para atender las aspiraciones y necesidades de los individuos y grupos, nacionales e internacionales; y a la consecución de la justicia social. Basándose en la declaración internacional de principios éticos del trabajo social, el trabajador social está obligado a reconocer estos criterios de conducta ética.

Utiliza una serie de técnicas, que permiten diagnosticar, proponer un proceso de intervención social, ejecutar, y evaluar los procesos sociales con los usuarios, familias, grupos y comunidades, en la resolución de sus problemas sociales o familiares, comunitarios o conflictos sociales (escolares, laborales, conyugales, filiales, relacionales, entre otros).

Su campo profesional va desde la planificación de políticas sociales, hasta su ejecución operativa, evaluación, seguimiento y desarrollo de programas y proyectos, en lo público y privado; así en procesos reparatorios y terapéuticos, como en procesos de rehabilitación y mediación (resolución de conflictos), de bienestar laboral y posee conocimiento para abarcar todo el ciclo vital de las personas, generando acciones de intervención de acuerdo a las necesidades humanas.

La profesión de trabajo social, promueve la resolución de problemas en las relaciones humanas, el cambio social, el poder de las personas mediante el ejercicio de sus derechos y su liberación y la mejora de la sociedad. Mediante la utilización de teorías sobre el comportamiento humano y los sistemas sociales, el trabajo social, interviene en los puntos en los que las personas interactúan con su entorno. Los principios de los derechos humanos y la justicia social son esenciales para el trabajo social.

El trabajo social, se refiere al ámbito de acción de profesionales que contribuyen a investigar, diagnosticar, asesorar, orientar, capacitar, e intervenir en favor de personas o comunidades en su acceso a los servicios de asistencia social o políticas sociales. Su principal tarea es gestionar, rehabilitar, coordinar y reinsertar a las personas o comunidades que presentan carencias o problemas en su calidad de vida. Estas

carencias pueden ser de carácter sectorial en el acceso o prestaciones de salud, pensiones, educación, vivienda, económicas, etc. o más generales que los ponen en una situación de riesgo social. Para ello reciben una formación del campo de conocimiento de las ciencias sociales.

La profesión de trabajo social promueve el cambio social, la resolución de problemas en las relaciones humanas y el fortalecimiento y la liberación del pueblo para incrementar el bienestar. Mediante la utilización de teorías sobre comportamiento humano y los sistemas sociales, el trabajo social interviene en los puntos en los que las personas interactúan con su entorno. Los principios de los derechos humanos y la justicia social son fundamentales para el trabajo social.

El trabajo social en sus distintas expresiones se dirige a las múltiples y complejas relaciones entre las personas y sus ambientes. Su misión es la de facilitar que todas las personas desarrollen plenamente sus potencialidades, enriquezcan sus vidas y la prevención de las disfunciones. El trabajo social profesional está enfocado a la solución de problemas y al cambio. Por ello, los trabajadores sociales son agentes de cambio en la sociedad y en las vidas de las personas, familias y comunidades para las que trabajan. El trabajo social es un sistema de valores, teoría y práctica interrelacionados entre sí.

CAPÍTULO III

3. Interpretación del Artículo 256 del Código Civil y sus repercusiones en cuanto al principio del interés superior del niño, necesidad de su abordaje jurídico legal

3.1 Aspectos considerativos

De conformidad con lo que preceptúa el Artículo cuarenta y seis de la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho internacional en materia de derechos humanos, tiene preeminencia sobre el derecho interno; esto significa que todo instrumento internacional en materia de derechos humanos ratificado por Guatemala, que contenga preceptos y garantías mas amplias que los contenidos en nuestro derecho interno, cederán en cuanto a su contenido a la aplicación de lo establecido en el tratado respectivo; sin que ello implique la limitación a la soberanía de cualquier país.

Los tratados concluidos, son de cumplimiento obligatorio para los estados que los han firmado, pues este principio, constituye la base de la estabilidad internacional.

Los tratados no pueden imponer obligaciones, sino únicamente a los sujetos de derecho internacional que son parte de ellos y le otorga a cada una de las partes del tratado, el derecho de exigir a la otra u otras partes o Estados, el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Uno de los instrumentos mas importantes en materia de derechos del niño, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual constituye un conjunto de normas jurídicas que establecen los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes a nivel mundial, aprobados por la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), es la codificación de varias normas relativas a los derechos de la niñez, dispersas en diferentes declaraciones, tratados o instrumentos de carácter internacional, mas el establecimiento de ciertos derechos propios de los niños, niñas y adolescentes, que se fundamentan por el derecho de ser seres humanos en proceso de desarrollo.

La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce y garantiza el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de niño, velando porque crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Las finalidades y objetivos plasmados en el tratado internacional, se inspiran en que el niño necesita protección y cuidados especiales por su falta de madurez física y mental, garantizando incluso la debida protección legal, antes y después de su nacimiento.

El tratado define al niño, como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La normativa internacional dispone que el niño debe inscribirse inmediatamente después de su nacimiento y que tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados están obligados a garantizar que el niño no sea separado de sus padres, excepto por disposición judicial.

3.2 Principio de interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los menores, en todos los actos en que intervengan y/o disposiciones en que sus intereses se materialicen, ya sea en instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, tendrán una consideración primordial que atenderá el interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, está basada en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos. Estas normas básicas -denominadas también derechos humanos- establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Se basan

en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo, independientemente de su raza, color, género, idioma, religión, opiniones, orígenes, riqueza, nacimiento o capacidad, y por tanto se aplican a los seres humanos en todas partes. Acompañan a estos derechos la obligación de los gobiernos y los individuos de no infringir los derechos paralelos de los demás. Estas normas son interdependientes e indivisibles; no es posible garantizar algunos derechos a costa de otros.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan y querían asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.

La convención establece estos derechos en 54 artículos y dos protocolos facultativos. Define los derechos humanos básicos que disfrutaban los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social.

Los cuatro principios fundamentales de la convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Al aceptar las obligaciones de la convención (mediante la ratificación o la adhesión), los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la

infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la convención están obligados a la estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

El Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: "...Que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno...". Y al tomarse en consideración este precepto, el juez de familia tiene recursos e instrumentos, entre ellos, atender a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, ponderar en la aplicación, acudir a los principios generales del derecho, y como se establece en el Artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial "... en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, impartir justicia conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país...", en estos casos el interés superior del niño debe de ser atendido por los tribunales de familia.

En cuanto a la jerarquía de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno, la Corte de Constitucionalidad en expediente 280-90. Sentencia de fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa. Gaceta Jurisprudencial 18. Reiterado en el expediente 199-95. Opinión consultiva de 18-05-95. Gaceta Jurisprudencial 37. Establece en dicho sentido lo siguiente: "...parte del principio hermenéutico de que la constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y

menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia constitución, y este ingreso se daría no por vía de su Artículo 46, sino -en consonancia con el Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos- por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice: "Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana..."

En ese mismo sentido la Corte de Constitucionalidad, jurisprudencialmente ha considerado que la constitución debe interpretarse como un conjunto armónico; el significado de cada una de sus normas debe determinarse en armonía con el resto, ninguna de ellas debe ser considerada aisladamente, y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a una norma con las restantes. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre frente al poder estatal y, en consecuencia, la interpretación de la constitución debe orientarse siempre en ese sentido. Sus preceptos jurídicos no están aislados, forman parte de un todo cuyo conjunto debe ser analizado para encontrar su significado; la norma jurídica constitucional debe interpretarse de acuerdo con el contenido y finalidad de la institución a la que pertenece, es necesario analizar los principios generales dentro de los cuales se desenvuelve y percatarse tanto de la realidad que va a ser normada por ella, como de las valoraciones en que la misma se inspira y del propósito de la norma en cuestión. Los procedimientos de interpretación constitucional establecen que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras y que se entenderán según su contexto, como un conjunto, en el cual el significado de cada parte debe armonizarse con el de las restantes.

Destaca en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando los tribunales, las instituciones de bienestar social o las autoridades administrativas, deberán de atender y respetar el interés superior del niño en todos aquellos asuntos que se ventilan en sus respectivas dependencias. Se examinarán con atención las opiniones del niño.

Establece el derecho del niño a participar en su propio desarrollo, a expresar opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones relativas a su vida.

Por lo antes expuesto, el juez de familia debe resolver también de acuerdo al deseo de los hijos e interés manifestado por el niño, debe escucharlo y debe tomarse en cuenta, pues son decisiones relativas a su vida, siempre atendiendo al interés superior del niño. En la actualidad no solo los padres deben pelear ni tomar como armas para hacerse daño mutuamente la guarda y custodia de los niños, quien decide en última instancia, y tomando en consideración de un informe de servicio social, al respecto de que con quien debe vivir el niño, también el niño tiene oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte y siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece los derechos que es preciso convertir en realidad para que los niños y niñas desarrollen su pleno potencial y no sufran a causa del hambre, la necesidad, el abandono y los malos tratos. Refleja una nueva visión sobre la infancia. Los niños y niñas no son la propiedad de sus familias ni tampoco son objetos indefensos de la caridad. Son seres humanos y son también los titulares de sus propios derechos. La convención ofrece una visión del niño como un individuo y como miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su etapa de desarrollo. Al reconocer los derechos de la infancia de esta manera, la convención se centra firmemente en todos los aspectos del niño y la niña.

La convención y su aceptación en tantos países han servido para defender la dignidad humana fundamental de todos los niños y niñas y la necesidad urgente de asegurar su bienestar y su desarrollo. La convención deja muy clara la idea de que una calidad básica de vida debe ser el derecho de todos los niños y las niñas, en lugar de un privilegio que disfrutaran solamente unos cuantos.

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño está dirigida a los gobiernos como representantes del pueblo, en realidad se refiere a las responsabilidades a todos los miembros de la sociedad. En general, sólo es posible convertir estas normas en realidad cuando todo el mundo las respeta, los padres y madres y los miembros de la familia y de la comunidad; los profesionales y otras personas que trabajan en las escuelas, en otras instituciones públicas y privadas, al servicio de la infancia, en los juzgados y a todos los niveles del gobierno- y cuando todos y cada uno de estos individuos llevan a cabo sus funciones con respecto a estas normas

Los gobiernos están obligados a reconocer la gama completa de los derechos humanos de todos los niños y niñas y a tenerlos en cuenta en las decisiones legislativas y en las políticas. Aunque muchos Estados han comenzado escuchar seriamente los puntos de vista de la infancia acerca de numerosas cuestiones importantes, el proceso de cambio se encuentra todavía en sus primeras etapas.

Los niños y niñas tienen derecho a expresar sus opiniones y a que sus puntos de vista se tomen seriamente y se les conceda el debido valor. Pero también tienen la responsabilidad de respetar los derechos de los demás, especialmente los de sus padres y sus madres.

La convención se refiere específicamente a la familia como un grupo fundamental de la sociedad y el entorno natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, especialmente los menores de edad. Bajo la Convención, los Estados están obligados a respetar la responsabilidad primaria de los progenitores en el cuidado y la orientación de sus hijos y a apoyar a los progenitores a este respecto, proporcionándoles asistencia material y programas de apoyo. Los Estados están también obligados a evitar que los niños y niñas tengan que separarse de sus familias, a menos que la separación sea necesaria para el interés superior del niño.

Bajo la Convención, los Estados parte tienen la obligación de enmendar y promulgar leyes y políticas destinadas a poner plenamente en práctica la convención. Como

resultado, este documento ha inspirado un proceso de implementación jurídica nacional y de cambio social en todas las regiones del mundo. Los gobiernos locales y nacionales han enmendado leyes para tener en cuenta el interés superior del niño y han adoptado políticas sociales que promueven la puesta en vigor de los derechos de la infancia. Tanto las comunidades como los individuos, entre ellos niños y niñas, han participado activamente ofreciendo sus puntos de vista y pidiendo cambios.

Los principios que se señalan en el marco internacional de derechos humanos se aplican tanto para los niños como para los adultos. La infancia está mencionada concretamente en muchos de los instrumentos de derechos humanos; las normas se modifican o se adaptan específicamente cuando las necesidades y preocupaciones en torno a un derecho se aplican concretamente a la niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta Convención articula los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental que tenemos de la infancia.

Esta recopilación y clarificación de los derechos humanos de la infancia establece el entorno y ofrece los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la convención, además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Los artículos también exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos.

Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia. La Convención hace hincapié en estos principios y se refiere a la responsabilidad de los niños y niñas de respetar los derechos de los demás, especialmente sus progenitores. Por el mismo motivo, la comprensión que tienen los niños de los temas que se suscitan en la convención

depende de su edad. Ayudar a la niñez a comprender sus derechos no significa que los progenitores deben obligarles a tomar decisiones cuyas consecuencias no puede asumir aún debido a su edad.

La convención reconoce expresamente que la función principal en la crianza de los niños recae en sus progenitores. El texto alienta a padres y madres a abordar con sus hijos cuestiones relacionadas con sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades" (Artículo 5). Los progenitores, que conocen intuitivamente el nivel de desarrollo de su hijo, llevan a cabo esta tarea de forma natural. Los temas que debatan, la forma en que respondan a las preguntas, o los métodos disciplinarios que utilicen, dependerán de si el niño o niña tiene 3, 9 o 16 años.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer instrumento que incorporó toda la escala de derechos humanos internacionales, entre ellos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como aspectos de la legislación humanitaria.

Los artículos de la Convención pueden agruparse en cuatro categorías de derechos y una serie de principios rectores. Otras provisiones de la Convención (Artículos 43 a 54) analizan la aplicación de medidas relacionadas con la convención, y explican la manera en que los gobiernos, y organizaciones internacionales como UNICEF, colaboran para asegurar la protección de los derechos de la infancia.

- **Principios rectores:** Los principios rectores de la convención incluyen la no discriminación; la adhesión al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el derecho a la participación. Estos principios son la base para que todos y cada uno de los derechos se conviertan en realidad.
- **Derechos a la supervivencia y el desarrollo:** Estos son derechos a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada,

vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos. Estos derechos exigen no solamente que existan los medios para lograr que se cumplan, sino también acceso a ellos. Una serie de artículos específicos abordan las necesidades de los niños y niñas refugiados, los niños y niñas con discapacidades y los niños y niñas de los grupos minoritarios o indígenas.

- **Derecho a la protección:** Estos derechos incluyen la protección contra todo tipo de malos tratos, abandono, explotación y crueldad, e incluso el derecho a una protección especial en tiempos de guerra y protección contra los abusos del sistema de justicia criminal.

- **Derecho a la participación:** Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a expresar su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Los derechos a la participación incluyen el derecho a emitir sus opiniones y a que se les escuche, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación. El disfrute de estos derechos en su proceso de crecimiento ayuda a los niños y niñas a promover la realización de todos sus derechos y les prepara para desempeñar una función activa en la sociedad.

La Convención señala la igualdad y la mutua relación que existe entre los derechos. Además de las obligaciones de los gobiernos, los niños, las niñas y sus progenitores tienen la responsabilidad de respetar los derechos de los demás, especialmente los de cada uno de ellos. La comprensión que tengan los niños y niñas de los derechos dependerá de su edad y los progenitores deben adaptar los temas que conversan con ellos, de la misma manera en que responden a sus preguntas o emplean métodos de disciplina adaptados a la edad y la madurez de cada niño.

3.3 Análisis del Artículo 256 del Código Civil

De conformidad con lo que establece el Artículo 256 del Código Civil, cuando haya pugna entre el padre y la madre en relación a la patria potestad de los hijos menores, el juez de familia debe resolver la situación jurídica en la forma más conveniente para el menor; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no establece parámetros, ni lineamientos en cuanto a la designación de la patria potestad a cualquiera de los padres, separados de hecho durante el matrimonio y/o la unión de hecho, que son los casos en los que hace necesaria esta declaración judicial, ya que fuera de los mismos, la ley establece que la patria potestad se ejerce exclusivamente por el padre o la madre en cuyo poder este el hijo es decir quien tenga la guarda y custodia del menor. Ante la deficiencia apuntada, se requiere que el juzgador efectúe una aplicación amplia del derecho nacional e internacional, velando por lo que más convenga al menor como sujeto de derechos, pues la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que se debe de entender por derechos del niño todas las facultades inherentes a los niños que deben ser acatadas por los adultos, determinados por un conjunto de normas de derecho público. Que el niño debe crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole.

3.4 Necesidad de su abordaje jurídico legal

A partir de 1990, con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado de Guatemala se obligó a cumplir con las normas en ella contenidas en materia de protección hacia los niños y niñas, lo cual implica adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias a fin de transformar los distintos órganos del Estado y lograr una mejor atención a la niñez.

3.5 La interpretación de la institución de la guarda y custodia en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño

La institución de guarda y custodia o, guarda y cuidado, parte de sus orígenes en la familia, entendiéndose ésta como aquella institución que se asienta sobre las bases del matrimonio. Para realizar los objetivos y finalidades de la familia, existe un ordenamiento o marco legal, como una directriz, principalmente cuando se pretende olvidar las leyes naturales del hombre que tiene relación con el amor y respeto mutuos.

Todo lo relacionado a los efectos de la familia, la filiación, la tutela, patria potestad que en su conjunto incluyen derechos y obligaciones, se consideran que se representan concretamente en lo que es la institución de la patria potestad, y en la institución de la guarda y cuidado; siendo estas dos instituciones diferentes en los siguientes aspectos: 1º. En cuanto a la guarda y custodia; el padre o la madre conjunta o individualmente tiene la obligación y derecho de procurarle al menor un buen futuro en todos los aspectos de la vida, física, psíquica, intelectual y moral. Dicha función debe ser cumplida por la persona mas apta, idónea y capacitada; 2º. Mientras que la patria potestad la tienen conjuntamente ambos padres, los representan y administran sus bienes; 3º. En la guarda y custodia es medio de cumplir parte de las obligaciones que atañan a la patria potestad, institución propia de los padres o la puede tener un tercero, no es renunciable; 4º. Guarda y custodia si permite la renuncia de ejecutar su función. La guarda y cuidado es una relación puramente personal entre quien la tiene y el menor, no produce efecto contra terceros.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no contamos con la regulación de esta importante institución, ni en su concepto ni en sus objetivos y finalidades, aplicándose en los juicios de guarda y custodia subsidiariamente las normas de la institución de la patria potestad.

3.6 Repercusiones en cuanto a la intervención judicial

En virtud que uno de los aspectos principales de la convención internacional es la regulación en cuanto a que los tribunales, las instituciones de bienestar social o las autoridades administrativas, una consideración primordial a que se atenderá es el interés superior del niño, la Convención establece nuevos preceptos. Estableciendo de esta forma el derecho del niño a participar en su propio desarrollo, a expresar opiniones y a que éstas se tengan en cuanto en las decisiones relativas a su vida.

Por lo que en ese mismo sentido, siendo que de conformidad con el Artículo doscientos cincuenta y seis del Código Civil es el juez de familia, quien decide en última instancia, tomando en consideración para el efecto el informe de servicio social, al respecto de quien debe de vivir con el niño, se debe dar la oportunidad al menor de pronunciarse en el proceso judicial, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio.

En la actualidad se desarrollan varios procesos contenciosos en materia de divorcio, en donde el punto contradictorio es la guarda y custodia de los hijos menores de edad, dándose los siguientes casos:

Se han emitido fallos en donde uno de los padres logra ya sea por tecnicismos legales o bien porque el juez así lo decidió, (tomando en consideración únicamente el informe del trabajador social), la guarda y custodia de los hijos; es decir, con quien tiene que quedarse a vivir, lo que no es congruente con la Convención sobre los Derechos del Niño sin resolver de acuerdo al interés superior del niño.

Generalmente el juez de familia dicta sentencia, en relación a la guarda y custodia del menor, atendiendo lo que para el efecto establece el Artículo 166 del Código Civil, el cual establece: “Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y

cuidado de los menores con base a 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.

Si el objetivo principal de la guarda y cuidado de menores, es de procurarles un buen futuro, en todos los aspectos de su vida física, psíquica, intelectual y moral, una relación efectiva, emocional y psicológica, para la realización de los objetivos que representa.

Esta debe ser ejercida por la persona mas apta e idónea, y en el hogar y vivienda que permitan en todos los aspectos el mejor desarrollo del menor.

Antes de tomarse una decisión sobre la guarda y custodia del niño y a quién de los padres conviene confiar el hijo menor, se debe investigar a ambos padres de una forma profesional para tomar la mejor decisión, con base en estudios o informes de trabajador social y otros informes de personas especializadas en áreas relacionadas con casos de familia, médicos, psicólogos, pues un trabajador social no puede establecer sobre el estado físico, psicológico o emocional de los menores, o los padres o un tercero; ni un psicólogo sobre el estado físico del menor o de los padres, pues el informe social, y a veces, la opinión de un psicólogo no es suficiente, y éstos influyen mucho en la decisión del juez al dictar sentencia y debe ser el juez quien personalmente debe escuchar a los menores como personas que tienen raciocinio y pueden expresar sus deseos e interés de vivir con el padre que ellos desean, siendo analizado por el juez y personal especializado si ese deseo no es por conveniencia o presionado por alguno de los padres, tomando en cuenta que a cierta edad el niño puede elegir el grado de madurez emocional al manifestar su opinión, siendo un derecho del menor, plasmado en la convención internacional sobre los derechos del niño, que es ley vigente en Guatemala en este tipo de casos. Pues lo que se busca es el interés superior del niño, siendo una garantía en materia de derechos humanos del niño.

CONCLUSIONES

1. Los actos de familia son habitualmente solemnes, o sea, requieren de ciertas formalidades (por ejemplo, el matrimonio, la adopción, etc.); y comúnmente no pueden ser objeto de modalidades, es decir no pueden estar sujetas a plazo.

2. Los derechos de familia, que derivan de los actos de familia, son por regla general irrenunciables, inalienables, intransmisibles e imprescriptibles y, además, tienden a ser derechos-deberes (como la patria potestad). Sin embargo, los beneficios económicos provenientes de ellos, en algunos casos, pueden renunciarse o prescribir.

3. En cuanto a la tenencia provisional y definitiva de los hijos menores, se tendrá en cuenta, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y aún sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, resolverse en función de ese interés sin que el padre o la madre puedan alegar preferente derecho.

4. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no contamos con la regulación de la institución de la guarda y custodia, ni en su concepto, ni en sus objetivos y finalidades, aplicándose en los juicios de guarda y custodia subsidiariamente las normas de la institución de la patria potestad.

5. La institución de guarda y custodia, está representado por un conjunto de derechos y obligaciones devenientes de la patria potestad que puede cumplirse por los padres o por una tercera persona, sin incluir la representación del menor ni la administración de sus bienes, funciones propias de la patria potestad, y por excelencia de los padres y a falta de ellos necesariamente un tutor.

6. El objetivo principal de la guarda y cuidado de menores, es de procurarles a los menores un buen futuro, en todos los aspectos de su vida física, psíquica, intelectual y moral, una relación efectiva, emocional y psicológica, para la realización de los objetivos

que representa; será ejercida por la persona más apta e idónea, y en el hogar y vivienda que permita en todos los aspectos el mejor desarrollo del menor.

7. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, ha reiterado al establecer que los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala ingresan al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria.

8. La preeminencia del derecho internacional convencional de los derechos humanos sobre el derecho interno, incluida la constitución, está plenamente garantizada en el Artículo 46 de la misma y en los Artículos 3 y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Ello debería ser siempre así, mientras tales derechos no se disminuyan, restrinjan o tergiversen, sino todo lo contrario, ya que se trata siempre de lograr protección de la persona.

RECOMENDACIONES

1. Es importante que el Código Civil de Guatemala se reforme, en el sentido que se regule la institución de la guarda y custodia, estableciéndose sus objetivos y finalidades; para que de esta forma se invoque y se aplique en los procesos civiles sus preceptos.

2. En todo juicio de naturaleza civil, en donde los intereses de los menores de edad puedan ser disminuidos, transgredidos, y/o tergiversados, es importante invocar el interés superior del niño, que debe de prevalecer en todas las etapas del juicio, e incluso debe de observarse para fundamentar la decisión judicial final.

3. En las sentencias de los juicios de guarda y custodia, debe verificarse si la persona designada como encargada de la guarda y custodia del menor, está cumpliendo con el conjunto de derechos y obligaciones estipuladas en la sentencia respectiva; para el efecto el tribunal correspondiente debe de designar al trabajador social respectivo para que verifique el correcto cumplimiento de la obligaciones contraídas.

4. Los trabajadores sociales, como auxiliares de los tribunales del ramo de familia, deben de conocer el contenido de la convención internacional sobre los derechos del niño, a efecto de aplicar el principio del interés superior del niño en todos los actos en que intervengan.

5. Los tribunales de familia, en todos los casos que se sometan a su consideración, en donde los intereses de los menores se vean disminuidos, tergiversados o estén en conflicto con cualquier otra circunstancia, tienen el deber de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, a efecto de verificar que el principio del interés superior del niño se aplique en cualquier juicio de naturaleza civil y de familia.

6. Las autoridades judiciales y/o administrativas, de conformidad con el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen el deber de verificar que en todo

asunto en donde el interés del niño este en conflicto con cualquier circunstancia, que el niño participe en su propio desarrollo, garantizando que el menor exprese su opinión y que esta decisión se tenga en cuenta en las decisiones relativas a su vida.

7. El informe final que presenta el trabajador social en los casos en que están en conflicto intereses de menores, deben de ser tomados en consideración en las decisiones judiciales, porque los mismos permiten diagnosticar, proponer un proceso de intervención social, ejecutar, y evaluar los procesos sociales con los usuarios, familias, grupos y comunidades, en la resolución de sus problemas sociales o familiares, comunitarios o conflictos sociales (escolares, laborales, conyugales, filiales, relacionales, entre otros.

8. La Convención sobre los Derechos del Niño, debe ser de observancia general por parte de los administradores de justicia, porque dicho cuerpo normativo de carácter internacional, se inspiran en que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. T. I y II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Universitaria; Guatemala, Guatemala: 1980.
- ALVAREZ MORALES DE FERNANDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Tesis de Graduación, Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil. Nociones generales de las personas, de la familia**. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973, Ed. Universitaria. Guatemala.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral. Derecho de Familia, relaciones conyugales**. 9º. Edición. Madrid, Reus, 1976.
- DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Valencia Juan Mariana y Sanz, 1868.
- DE PINAL, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Edición.
- DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. 3ª. Ed., Madrid, España, 1983.
- GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil**. Valladolid, Colegio Santiago, España, 1924.
- GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2ª. Reimpresión de la 3ª. Ed. T. I. (s.l.i) (s.f.).
- PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil: La familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela**. Bosch Ed., 1985.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español. T. V. familia y sucesiones**. Ed. Arazandi, Pamplona, España, 1974.
- RICCI FRANCISCO, Francisco. **Derecho civil teórico práctico del contrato del matrimonio de la compraventa**. Madrid, España Moderna, s.f.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil. Introducción, Personas y Familia**. Vol. I, Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1978.

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** Ed. Mimosa, México, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho Civil Español, Derecho de Familia, Parte Especial,** T. IV. Talleres Tipográficos, Madrid, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana María. **Breve comentario sobre el decreto ley 106,** s.f.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

Convención sobre los Derechos del Niño. 1989.

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

Código Civil. Decreto Ley 106. 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107. 1964.