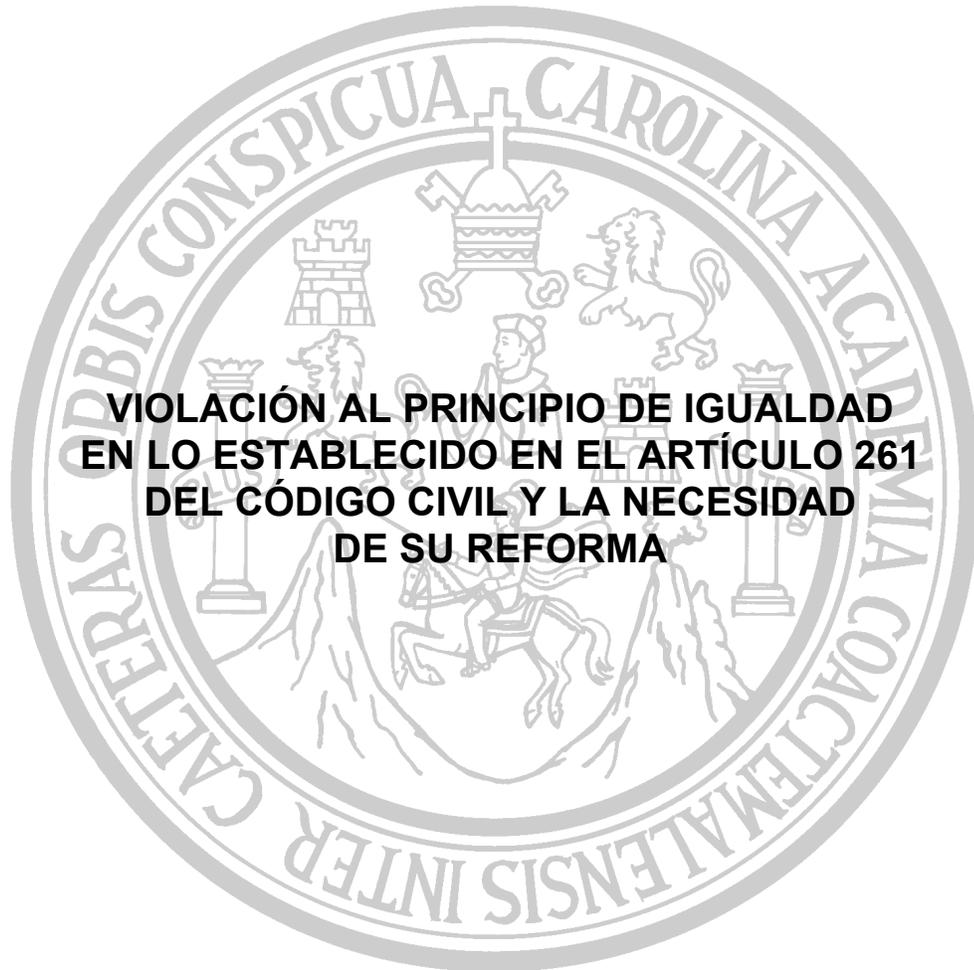


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD
EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 261
DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NECESIDAD
DE SU REFORMA**

EFRÉN BALDOMERO GUILLERMO LIMA

GUATEMALA, JUNIO 2008

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

**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO
261 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

EFRÉN BALDOMERO GUILLERMO LIMA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2008



**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. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTA:	Licda. Marisol Morales Chew
SECRETARIO:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado
VOCAL:	Lic. Héctor David España Pinetta

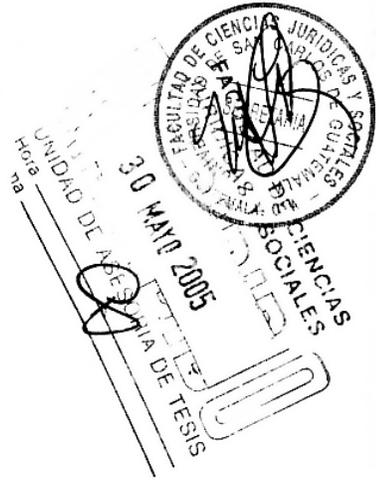
Segunda Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Saulo De León Estrada
SECRETARIO:	Lic. Leonel Armando López Mayorga
VOCAL:	Licda. Marisol Morales Chew

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

Lic. MARCO ANTONIO DÍAZ DELGADO
ABOGADO Y NOTARIO
3ª. Calle 6-24 zona 2, Cobán, Alta Verapaz
Colegiado No. 1911

Cobán, Alta Verapaz
25 de febrero de 2005



LICENCIADO:
BONERGE AMÍLCAR MEJÍA ORELLANA
DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Señor Decano, en cumplimiento al oficio sin número de fecha uno de junio de dos mil cuatro, emitido por el Ex-Decano Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios, por medio de la cual se me designó como Asesor de tesis del Br. Efrén Baldomero Guillermo Lima, para la realización de su trabajo intitulado VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA, en mi calidad de Asesor, atentamente informo a usted lo siguiente: Con el Br. Efrén Baldomero Guillermo Lima se convino en que para la realización de su trabajo era necesario efectuar algunos cambios en el Plan de Investigación que originalmente se había aprobado. Considerando que el trabajo elaborado cumple con los requisitos básicos establecidos por esa Unidad Académica para trabajo de tesis, recomiendo que, después de la correspondiente revisión por parte del profesional designado para el efecto, sea aprobada para los efectos de la graduación de su autor.

Aprovecho la ocasión para presentarles mis muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

Lic. Marco Antonio Díaz Delgado
Asesor
Colegiado No. 1911
~~Lic. Marco Antonio Díaz Delgado~~
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, diecinueve de julio del año dos mil cinco-

Atentamente, pase al **LIC. JUAN ANTONIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ**, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante **EFRÉN BALDOMERO GUILLERMO LIMA**, Intitulado: **"VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA"** y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente. -

~~MIKE/llh~~



JUAN ANTONIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
ABOGADO Y NOTARIO
10ª. Calle, 6-37, Zona 1, Oficina 402 Ciudad
Tels. 22383588, 22534484
Colegiado 4803



Guatemala, 22 de agosto del 2005



Licenciado:

BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala

Señor Decano:

En cumplimiento de la resolución emanada de esa casa de estudios, me permito informarle que he procedido a revisar el trabajo de tesis del Bachiller: **EFREN BALDOMERO GUILLERMO LIMA**, intitulado **"VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA"**. Reuniéndome periódicamente con el ponente y haciendo las sugerencias que demanda la revisión correspondiente.

El tema trabajado por el bachiller **EFREN BALDOMERO GUILLERMO LIMA**, merece atención especial por cuanto y en cuanto que verdaderamente viola el principio de igualdad, por lo que debe reformarse por el bienestar de los menores de edad de acuerdo con lo establecido también en la convención internacional sobre los derechos del niño.

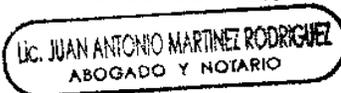
Realmente el trabajo fue desarrollado con bastante propiedad, habilidad investigativa y pleno conocimiento, situación que se refleja con cada una de los capítulos que integran el mismo.

En conclusión, dicho trabajo es satisfactorio llenando los requisitos de la Ley específica que la materia exige, en tal virtud considero pertinente emitir el presente dictamen favorable para que continúe su tramitación académica sometiendo oportunamente la presente tesis al examen público correspondiente.

Sin otro particular, patentizo al Señor Decano las muestras de mi alta consideración.

Atentamente,

Lic. Juan Antonio Martínez Rodríguez
Colegiado 4803.
Revisor de Tesis



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, tres de noviembre del año dos mil cinco---

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del estudiante **EFREN BALDOMERO GUILLERMO LIMA**, intulado "VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA", Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.-----

~~MEAE/llh~~

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]





ACTO QUE DEDÍCO

A DIOS: Por iluminar mí camino y ser un amigo que nunca falla.

A MI PADRE: Emilio Baldomero Guillermo Ligorría (+)

Por su amor y apoyo incondicional, a quien ofrezco este triunfo, como recompensa a su más sublime esfuerzo y sacrificio.

A MI MADRE: María Humbelina Lima Delgado.

Fortaleza, bondad y humildad, base fundamental en mi vida, y como una forma de agradecer su amor inquebrantable.

A MI ESPOSA: Suany Sulema Santa María Sierra

Por su amor y comprensión, gracias porque siempre he contado con su apoyo incondicional y por formar parte de mis aspiraciones, sacrificios y logros más deseados. La amo.

A MIS HIJOS: Efrén Luís Emilio y Efrén Cristhian Fabricio, como ejemplo del logro que se obtiene con esfuerzo y sacrificio.

A MIS HERMANOS: Alba Leopoldina, Frida Mireya, Glenda Guadalupe, Carmen y Walter Leonel, como ejemplo de superación, unidad y afecto.

A MIS SOBRINOS: Como ejemplo de superación, toda aspiración se hace realidad si actuamos con dedicación, esmero y perseverancia.

A MIS AMIGOS: Con cariño y respeto, en especial a: Mirna Eloisa Blanco Aguilar de Ponce, Alice Azucena Barrutia Mendoza, Maribel Villalobos Morales, Lic. Edin Caal Bol, Lic. Edgar Castillo Mendizábal, Antonio Reyes Mérida y Marta Díaz Ortiz.

EN ESPECIAL A: Licda. Marisol Morales Chew, José Edmundo Lima Delgado, Ilse Requena de Lima, Luís Santa María de la Cruz y Rosa Elena Sierra Romero, por el apoyo incondicional, cariño y respeto.

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

Como recompensa a la oportunidad que tuve de realizarme como profesional en esta casa de estudios.



ÌNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

1	Instituciones del derecho de familia y el ámbito jurídico-legal	1
1.1	Definición de derecho de familia.....	1
1.2	Instituciones y legislación aplicable al derecho de familia.....	3
1.2.1	La protección de la familia en la Constitución Política de la República de Guatemala.....	3
1.3	Instituciones del derecho de familia y el Código Civil.....	5
1.3.1	El matrimonio.....	6
1.3.1.1	Naturaleza jurídica del matrimonio.....	9
1.3.2	La unión de hecho.....	10
1.3.3	Definición de separación.....	12
1.3.3.1	Efectos de la separación.....	13
1.3.3.2	Efectos propios de la separación.....	14
1.3.3.3	Definición de divorcio.....	14
1.3.3.4	Causas comunes para obtener el divorcio.....	15
1.3.3.5	Efecto propio del divorcio.....	17
1.3.3.6	Libertad de estado.....	17
1.3.3.7	Efectos de la separación y el divorcio.....	17
1.3.4	Definición de parentesco.....	18
1.3.5	Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial y la	



patria potestad.....	20
1.3.6 Definición de adopción.....	20
1.3.7 Los alimentos.....	21
1.3.8 La tutela.....	22
1.3.9 El patrimonio familiar.....	22
1.4 Instituciones del derecho de familia y el Código Procesal Civil y Mercantil.....	23
1.5 Ley de Tribunales de Familia.....	24

CAPÍTULO II

2. Efectos de la separación y el divorcio con relación a la guarda y custodia de los hijos por parte de los padres.....	25
2.1 Efectos de la separación y el divorcio.....	25
2.2 Institución de la guarda y custodia.....	27
2.3 Conflictos más comunes respecto a la guarda y custodia de los hijos cuando se produce la separación o el divorcio.....	30

CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 261 del Código Civil con relación a la madre soltera o separada y su carácter violatorio al principio de igualdad.....	35
3.1 Análisis del Artículo 261 del Código Civil.....	35
3.2 Los derechos de los padres frente a los hijos.....	37
3.3 El derecho de los menores.....	39



3.4	Breves antecedentes de la igualdad como principio.....	
3.4.1	Definición del principio de igualdad.....	45

CAPÍTULO IV

4.	Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo.....	47
4.1	Entrevista y Cuestionario.....	47
4.2	Bases para el establecimiento de una propuesta de reforma al Artículo 261 del Código Civil.....	61
	CONCLUSIONES.....	63
	RECOMENDACIONES.....	65
	BIBLIOGRAFÍA.....	67



INTRODUCCIÓN

El Artículo 261 del Código Civil establece: “Madre soltera o separada. Cuando el padre o la madre no sean casados ni están unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que esta convenga en que pasen a poder del padre o que sean internados en un establecimiento de educación.

A juicio del autor de la tesis, lo establecido en esta norma es violatorio al Derecho de Igualdad en relación de la calidad del padre y de madre frente a la obligación legal y moral del cuidado de los hijos, por lo que como resultado del trabajo bibliográfico, documental y de campo se infiere que la norma en referencia sea modificada en concordancia con lo que establece en forma integral no solo en el Código Civil sino en la Constitución Política de la República de Guatemala y los principios de igualdad que se encuentran contemplados en los Instrumentos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos.

La reforma de la presente norma jurídica debe estimarse en dos vías: 1) Que se viola el principio de igualdad sobre el derecho que tiene el padre y el derecho que tiene la madre de los hijos, independientemente que sean o no casados; 2) Que no se toma en cuenta el interés superior de los hijos, cuando estos puedan decidir con quien de sus padres estar, debido a la separación.

El presente trabajo se realizó con el propósito principal de establecer mediante una investigación bibliográfica, documental y de campo ¿Por qué es violatorio al principio de igualdad el contenido del Artículo 261 del Código Civil respecto al padre y la madre frente a la decisión de los hijos en caso de separación?, mediante la relación a los derechos de los padres frente a los hijos y lo que sucede con el contenido e interpretación y/o aplicación del Artículo citado y su relación a la violación al principio de igualdad y la necesidad de su reforma.

(ii)



El Legislador al aprobar el contenido del Artículo 261 del Código Civil garantiza a la soltera o separada la guarda y custodia de los hijos, mismos derechos que no son concedidos al padre, por tal razón existe violación al principio de igualdad en relación a la calidad de padre y madre respectivamente. En caso de litigio ante tribunal de familia, el Juzgador en base al Artículo antes descrito, resuelve en definitiva otorgándole la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre cuando esta es soltera o separada. Una de las garantías constitucionales radica en la igualdad en dignidad y derechos en hombres y mujeres sin establecerse discriminación alguna, en consecuencia es preciso que el legislador reforme dicha norma, la cual se encuentra establecida en el Código Civil Decreto Número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Para lograr determinar lo anteriormente descrito, el autor realizó la investigación doctrinaria y científica, entendiéndose como marco teórico la serie de teorías que se han ocupado de estudiar y encontrar soluciones en los diferentes tópicos a investigar.

El presente trabajo de investigación se ha dividido en dos fases: La primera, que implica el análisis doctrinario de las instituciones del Derecho de Familia y Ámbito Jurídico Legal; Instituciones y Legislación aplicable al Derecho de Familia; Instituciones del Derecho de Familia y el Código Civil entre las cuales se pueden mencionar las siguientes: matrimonio, unión de hecho, la separación y el divorcio, el parentesco, paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial y la patria potestad, adopción, los alimentos, la tutela, el patrimonio familiar; instituciones del derecho de familia y el Código Procesal Civil y Mercantil; Ley de Tribunales de Familia; Efectos de la separación y el divorcio con relación a la guarda y custodia de los hijos por parte de los padres; La Institución de la Guarda y Custodia; Conflictos más comunes respecto a la guarda y custodia de los hijos cuando se produce la separación y el divorcio; Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 261 del Código Civil con relación a la madre soltera o separada y su carácter violatorio al principio de igualdad; Dentro de este análisis doctrinario legal, se tomó en cuenta los conceptos vertidos relativos al tema por estudiosos civilistas y especialmente del Derecho de Familia, tal es el caso de Couture, Eduardo; Aguirre Godoy, Cabanellas, Guillermo; Chiovenda, José, Cappelletti, Mauro, entre otros.

(iii)



La segunda fase: Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo, que consistió en el análisis de la legislación existente e interpretación del trabajo de campo, que implicó entrevistas y cuestionarios realizadas ante distintos Jueces de Primera Instancia, así como Abogados litigantes en este ramo.

Los temas principales se encuentran contenidos en cuatro capítulos: en su orden se describen de la siguiente manera: capítulo uno: Instituciones del Derecho de Familia y Ámbito Jurídico Legal; capítulo dos: Efectos de la separación y el divorcio con relación a la guarda y custodia de los hijos por parte de los padres; capítulo tres: Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 261 del Código Civil con relación a la madre soltera o separada y su carácter violatorio al principio de igualdad; capítulo cuatro: Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo.

Lo más importante dentro del presente trabajo de investigación fue establecer la importancia que tiene el principio de igualdad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala e Instrumentos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos. Así mismo se analizó el contenido, interpretación y/o aplicación del Artículo 261 del Decreto No. 106 del Jefe de Gobierno de Guatemala; estableciéndose la violación al principio de igualdad y la necesidad de adecuarlo a las normas civiles y constitucionales y a la realidad jurídico-social de Guatemala.

Para realizar el presente trabajo se utilizó el método analítico y sintético en virtud que permitió al autor, descomponer todo el contenido doctrinario en sus partes para poder estudiar cada uno de los temas por separado con la finalidad de descubrir la esencia del fenómeno y viceversa en el caso del método sintético. Así mismo se utilizó los métodos inductivo, deductivo y estadístico, este último principalmente para la realización del trabajo de campo.

Dentro de las técnicas de estudio, se aplicó la técnica bibliográfica, en virtud que se auxilió de material bibliográfico y documental en cuanto al tema en relación a las leyes, textos, documentos, diccionarios jurídicos, enciclopedias, entre otros., así también

(iv)

recolección de material y organización y análisis del material utilizado en el transcurso de la elaboración del trabajo en referencia.





CAPÍTULO I

1. Instituciones del derecho de familia y ámbito jurídico-legal

1.1 Definición de derecho de familia

El Derecho de Familia, considerado como un “conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de las relaciones familiares y cuya naturaleza jurídica ha provocado una serie de controversias al otorgarle unos, de autonomía frente al Derecho Privado, otros parangonándola por aproximación al Derecho Público”, y así Pissanelli, citado por Cassio y Romero estima que, aunque perteneciendo el Derecho de Familia al Derecho Privado, goza de más proximidad con el Derecho Público¹ y Crome a que alude Cassio y Romero en la obra mencionada, le da al Derecho de Familia otra orientación, considerándola como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general Nipperdey citado en la referida obra diferenciando el Derecho de Familia del Derecho Privado, lo estima como un cuerpo extraño en la codificación del Derecho Privado.

Existen otras teorías que tratan el tema del Derecho de Familia, y lo han considerado como parte de una estructura social, dentro de los teóricos, se encuentra Gierke, que dice que la familia pertenece a la regulación del Derecho de los grupos sociales, como derecho intermedio entre el que disciplina al individuo y al Estado.

Antonio Cicu, sostiene la teoría de la diferenciación del Derecho de Familia, respecto del Derecho Público y del Derecho Privado “ a juicio de Cicu antes de penetrar en el fondo de la cuestión de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, es preciso realizar una previa labor de reajustar los conceptos sobre los que se opera al tratar de diferenciar al

¹ Diccionario de Derecho Privado, pág. 434



Derecho público y el Derecho privado. Pasa revista a las diversas posiciones doctrinales que, en torno a la distinción de referencia, se han sostenido por los autores y, fijando la atención en dos elementos capitales individuo y estado, llega a la conclusión de que el primero considerado en el seno del segundo, solo puede ocupar una posición, la de dependencia.

El individuo no es observado como elemento material o biológico del Estado, sino como auténtico ente espiritual, con voluntad de actuación y fines esenciales. Reputa comunes las voluntades y los fines, y siempre superiores a los del individuo aislado. Por ello, sienta como principio la necesidad de un ente supremo que discipline y organice esas esencias: el Estado. Las voluntades individuales, al mismo tiempo, convergen para satisfacer un interés único superior, sobre el particular y siguiendo en parte las orientaciones de Cicu otro autor, singularizado por su modernismo en razón de ideas, Castán Tobeñas, asienta como conclusiones las siguientes:

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



- Que singularizándose el Derecho de Familia por la particularidad de sus normas, destaca de las demás ramas del Derecho Privado”.²

Instituciones y legislación aplicable al derecho de familia

En convenios internacionales ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos, Constitución Política de Guatemala, Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil, Código Penal, Ley de Tribunales de Familia, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar entre otras, contienen principios y normas jurídicas que regulan a la familia, en las cuales prevalece la protección que el Estado debe otorgarle a la misma, y que se encuentra situado como un derecho humano inherente a cada una de las personas, para lograr su desarrollo integral.

1.2.1. La protección de la familia en la Constitución Política de la República de Guatemala

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

La Constitución protege a la persona y a la familia, y lo considera como un deber del Estado, y que se encuentra situado como un derecho humano, de carácter colectivo o social. A nivel internacional existe una serie de normativas que regulan respecto a la familia, como sucede en el caso de la mujer, el niño, la mujer casada, etc. Que también tienen trascendencia colectiva en cuanto a la sociedad guatemalteca, y se sitúa en este apartado, por lo que la Constitución Política de la República, establece en el Artículo 46

² Ibid.



respecto a la preeminencia del Derecho internacional fundamentalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Carta Magna reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, el Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.” Según lo preceptúa el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala que tienen relación con el Derecho de Familia y el Derecho de los niños, se encuentra:

- Derecho a la vida: Según el Artículo 3 que dice “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.
- Derecho de Petición: Artículo 28 “Los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.
- Libertad de religión: Artículo 36, que dice que se establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.
- Derechos inherentes a la persona humana. Establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular, tal como lo preceptúa el Artículo 44.



- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de Derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno, tal como lo preceptúa el Artículo 46.

- Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, el Artículo 47 indica: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

- Dentro de los Derechos sociales se regula: lo relativo a la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, acciones contra causas de desintegración familiar. Todo lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos 48 a 56 de la Constitución. Política de la República de Guatemala.

- Establece el Derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, eje de toda sociedad, tal como lo preceptúa el Artículo 57.

1.3 Instituciones del derecho de familia y el Código Civil

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



1.3.1 El matrimonio

Matrimonio etimológicamente significa carga, gravamen, o cuidado de la madre; viene de la palabra matriz y minimum, carga o cuidado de la madre más que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio.³ Regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos.

En un sentido amplio, Hervada define el matrimonio como: «unión del varón y de la mujer formando una unidad en las naturalezas».⁴ En el examen de este concepto, podemos destacar los siguientes aspectos:

- Se trata de una unión que tiene su causa eficiente en el consentimiento libremente manifestado. Se emite en el momento inicial del matrimonio y despliega su eficacia a lo largo de la vida conyugal; en este sentido el referido autor afirma: «la voluntad humana es sólo la causa de que entre un varón y una mujer concretos nazca el vínculo. Pero en qué consiste ese vínculo -su fuerza, su contenido- es algo predeterminado por la naturaleza y el sentido de la distinción sexual».
- Unión del varón y de la mujer. El vínculo jurídico, al unir a los cónyuges, no lo hace a través de sus cualidades, ni de su amor, ni de su psicología, ni de su temperamento. Une -y con ello produce la más fuerte unión que puede existir entre dos seres humanos- las potencias relacionadas con la distinción sexual; por ello, la heterosexualidad es requisito necesario del matrimonio. “El consentimiento, afirma

³ Valverde Calixto, **D. Tratado de Derecho Civil Español**. Tomo V. pág. 231

⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. pág. 432



Hervada⁵ actualiza entre un varón y una mujer concretos, lo que está potencialmente contenido en la estructura misma de la persona en cuanto varón o mujer”.

➤ Forman unidad en la naturaleza.

El único matrimonio realmente existente es el que los dos esposos hacen con su descendencia de manera personal e intransferible consentimiento matrimonial, en este sentido decimos que el matrimonio constituye una realidad única; tienen el poder de generar el primero de los vínculos jurídicos, anida en ellos una potestad soberana. No puede confundirse el matrimonio con los ritos o formalidades de la celebración (ceremonia civil o religiosa). Conviene destacar la realidad única del matrimonio, porque se ha atribuido una importancia excesiva a la función de la publicidad de la forma; sin la ceremonia legal la unión entre el hombre y la mujer carecería de contenido conyugal ante Dios y ante la Iglesia (si la ceremonia omitida fuera la canónica) o carecería de contenido conyugal ante la sociedad y el Estado (si fuera la ceremonia civil la que había sido de una u otra forma omitida). El contenido conyugal tiende a pasar en ambos casos a un segundo plano. Lo fundamental sería que se respetase el rito o formalidad legal, establecida por las respectivas autoridades.

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

Si partimos del concepto de estado civil que define De Castro resulta evidente la importancia que para los casados y para la sociedad tiene el estado civil matrimonial.

⁵ Ibid. pág. 345



Podemos decir que en relación al matrimonio, existen sólo dos estados civiles: casado (conviviente, separado de hecho o separado judicialmente) o no casado (soltero, viudo o divorciado). El estado civil de casado produce efectos sobre los esposos, en cuanto afecta a su capacidad y poder de disposición, unas veces ampliándolo y otras limitando la capacidad: el matrimonio produce de derecho la emancipación restringe la capacidad de decisión, cada cónyuge no puede adoptar sin contar con el consentimiento del otro; cada cónyuge es heredero forzoso del otro con la consiguiente limitación en la potestad de donar o en la facultad de disponer mortis causa; la condición de cónyuge agrava la responsabilidad penal en caso de comisión de determinados delitos; tal condición se tiene en cuenta como causa de incompatibilidad para determinados actos: actuación como juez, árbitro, testigo en testamento, actuación como notario, etc. Al mismo tiempo la condición de casado supone la atribución de derechos sucesorios, derecho de alimentos, al mismo tiempo que importantes restricciones en la facultad de disposición patrimonial, o el sometimiento a severas reglas de responsabilidad.

Pero también “tiene efectos respecto de terceros, y se convierte en cuestión de orden público”. Las normas que regulan el matrimonio como institución tienen un fuerte componente de ius cogens (Derecho de gentes). Por la necesidad de dar certeza al estado civil, se establece como título de legitimación, la inscripción en el Registro Civil, se dota de efectos erga omnes, es decir, para la colectividad, que se haga público, a las sentencias que afectan al estado civil de casado; de otro lado el régimen económico matrimonial, en sus aspectos patrimoniales, resulta una cuestión de especial interés público.

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



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

1.3.1.1 Naturaleza jurídica del matrimonio:

El matrimonio es una institución social por medio de la cual un hombre y una mujer se unen con el propósito de convivir juntos, con el ánimo permanente, es decir, para siempre, y de esa convivencia formar una familia propia, en la procreación, educación y desarrollo integral de los hijos, lo cual tiene un fin mediato que es contribuir a la reproducción de la especie humana.

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

Para la constitución del matrimonio, los contrayentes, deben observar los requisitos legales, que son:

- Que en el caso de los menores de edad, como regla general, deben contraer matrimonio los mayores de edad, pero se permite el matrimonio de menores de edad, es decir, en el varón que sea mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años, siempre y cuando medie la autorización de los padres o representantes legales.



- Puede celebrarse el matrimonio por poder, y para ello se necesita de un mandato con cláusula especial, así también en cuanto al lugar de celebración, también puede ser en el extranjero y para ello deben cumplirse los requisitos legales y formales del lugar de su celebración, y surtirá todos sus efectos en la república de Guatemala.

- Existen impedimentos absolutos y relativos para contraer matrimonio, y para su celebración, los funcionarios autorizados son el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. Puede autorizarlo también el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa.

- Existen derechos y deberes de los contrayentes para con el matrimonio, con respecto a que la contrayente puede llevar el apellido del esposo; lo que respecta a la representación conyugal, obligaciones de ambos cónyuges para el sostenimiento del hogar y de los hijos, el régimen económico que regirá el matrimonio.

1.3.2 La unión de hecho

Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por más de tres años y que tiene los mismos efectos jurídicos sociales que el matrimonio.

La unión, según el Diccionario significa “junta, enlace, mezcla, agrupación, alianza, confederación, armonía, coincidencia, casamiento, incorporación de un beneficio o prehenda eclesiástica a otros, unidad, unificación, nombre de distintas instituciones desde internacionales a sindicatos locales”.⁶

⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. pág. 678



También significa que es una palabra que proviene del latín unione, f. Acción de unir o unirse en sus diversas acepciones: del alma y el cuerpo; entre hermanos; matrimonial; del oxígeno y del hidrógeno; de dos partidos; de los beneficios; de la herida; de dos sílabas; a la comitiva.”⁷

Es la acción y efecto de unir o unirse. “Sortija compuesta de dos enlazadas. Chile. Entredós de bordado o encaje. SIN. 3 Concordia. Convivencia f. Acción de convivir. 2 Buena armonía entre los que conviven.”⁸

La unión de hecho aplicada al Derecho de Familia y específicamente como lo establece el Código Civil es la legalización de una unión libre, convivida, por más de tres años, implicando que la misma tenga que ser declarada, y que reúna las mismas características que reúne una pareja en el caso del matrimonio.

El Artículo 173 del Código Civil indica: “Cuando procede declararla. La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el Alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco”.

De conformidad con la ley, la unión de hecho para ser declarada, debe hacerse constar por medio de acta municipal o escritura pública faccionada por notario hábil para su ejercicio. El aviso se debe dar al Registro Civil del lugar donde tengan su vecindad los

⁷ Ibid. pág. 765

⁸ Enciclopedia Encarta 2000, pág. 876



convivientes, así como en caso de que se hubiere hecho alguna declaración de bienes debe darse el aviso correspondiente también al Registro General de la Propiedad.

Puede darse el caso de que uno de los convivientes no desee que su unión sea declarada, o bien cuando haya fallecido uno de ellos, y el otro desea que se haga constar la unión de hecho, (declararla judicialmente), para efectos de los casos de filiación, paternidad, o bien para los efectos de los bienes, entonces en este caso, ya no debe intervenir, ni el Alcalde Municipal, ni un notario, sino debe hacerse la solicitud ante el Juez de Primera Instancia de Familia del lugar donde tengan sentado el hogar de la convivencia.

En el caso de los menores, la ley establece que conforme el Artículo 177 del Código Civil “ Los alcaldes o notarios no podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor o, en su caso, autorización del juez”.

En la declaratoria de la unión de hecho, cabe señalar que a partir de ese momento, le son aplicables, y por ende se encuentra bajo el amparo o protección de la ley, como sucede en el caso del matrimonio, tanto para lo que respecta a la filiación, paternidad, como para los alimentos, los bienes, etc.

1.3.3 Definición de separación

El Diccionario al respecto indica: “que es una situación en que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla”. Esa separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo entre los cónyuges, o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. Pero a esa situación se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causa de divorcio. “En



las legislaciones en que el divorcio lleva consigo la ruptura del vínculo no se produce una mera separación, sino la disolución total del matrimonio, y de ahí que el concepto de separación esté más bien referido a las legislaciones que no admiten el divorcio vincular, en que queda subsistente el matrimonio e interrumpida tan sólo la convivencia y la cohabitación”.⁹

El Artículo 153 del Código Civil al respecto indica: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio”. El Artículo 154 del mismo cuerpo legal indica: “Separación y divorcio. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: 1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges y 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. “La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio”.

La separación como el divorcio se producen como consecuencia de un matrimonio, entendiendo a este como una institución social por medio de la cual un hombre y una mujer se unen, con el ánimo de convivencia, de procrear a sus hijos, de educarlos, de instruirlos, de cuidarlos, a quienes se les encomienda por igual la guarda y cuidado de los hijos.

1.3.3.1 Efectos de la separación

Los efectos de la separación son los mismos que se producen con el divorcio, y al respecto, el Artículo 159 del Código Civil indica: “Son efectos civiles y comunes de la separación y el divorcio, los siguientes: 1º. La liquidación del patrimonio conyugal; 2º. El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso y 3º. La suspensión o

⁹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 322



pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de la parte interesada”.

1.3.3.2 Efectos propios de la separación:

El Artículo 160 del Código Civil indica: “Son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes

- El derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge; y

- Derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

1.3.3.3 Definición de divorcio

El Diccionario establece que el divorcio “es la acción y efecto de divorciar y a divorciarse, de separar un juez competente por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio) o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho. Por lo que concierne al Derecho de Familia que el divorcio vincular sea admisible o no, es cuestión debatida con amplitud constante y apasionadamente. Hay legislaciones que únicamente admiten la separación de cuerpos, con los consiguientes efectos sobre el régimen de bienes y la custodia de los hijos, porque entienden que, al romperse el vínculo y poder los cónyuges contraer nuevo matrimonio, se suprime la estabilidad de la familia, base de la sociedad, lo que resulta nocivo para la educación de los hijos, que pueden sufrir por ello graves problemas psíquicos. Otras legislaciones, quizá la mayoría, admiten el divorcio con ruptura del vínculo, pues estiman inútil y hasta perjudicial mantener la ficción



de que existe unión cuando realmente no hay tal, e incluso la situación de los hijos es peor por tener que ser involuntarios testigos de las desinteligencias; serias en general, de sus padres. Sin contar con que el prohibir a los divorciados el contraer nuevas nupcias, los suele llevar a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que facilita el concubinato, creador de graves problemas para los amantes, sus ascendientes y también respecto a terceros”.¹⁰

1.3.3.4 Causas comunes para obtener el divorcio

El Artículo 155 del Código Civil regula las causas por las cuales cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación o el divorcio y estas son:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas las injurias graves y ofensivas 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 voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada por más de un año;

¹⁰ **Ibid.** pág. 261



- 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 o 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 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 decencia;
- 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 es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.



1.3.3.5 Efecto propio del divorcio:

Es efecto propio del divorcio “La disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio”.

1.3.3.6 Libertad de estado:

La separación, una vez registrada, deja libres de estado a hombre y mujer, pero sin que esto perjudique las obligaciones que ambos tienen que cumplir con respecto a los hijos quienes conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados, no obstante cualquier estipulación de los padres.

1.3.3.7 Efectos de la separación y del divorcio:

Se les denomina efectos civiles comunes de la separación y del divorcio, siendo los siguientes:

- La liquidación del patrimonio conyugal.
- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso; y
- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.



1.3.4 Definición de parentesco

Se entiende como el vínculo que liga a una persona con otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco (consanguíneo) por alianza (afinidad) o voluntad (adopción). Se regula en los Artículos 190 al 198 del Código Civil. El Artículo 190 del Código Civil establece: “Clases de parentesco. La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes pero no forman grado”. La Constitución Política de la República declara que los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes.

1.3.5 Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial y la patria potestad.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, dice: “paternidad, indica calidad de padre, procreación por varón, relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando está concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente”.

La Patria Potestad, indica el mismo diccionario al tener relación con el concepto de paternidad, que “Es el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden, gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual periodo”.

Generalmente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos está atribuida al padre y solo por muerte de este, o por haber incurrido en la pérdida de la patria potestad, pasa a la madre. Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad,



corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre. Tiene su origen natural y legal a la vez, la patria potestad: a) Por nacimiento de legítimo matrimonio, b) Por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de una o más hijos; c) Por reconocimiento de la filiación natural; d) Por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción; e) Y como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado”.

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

En el grupo matrimonial, la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar”.

Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Para el exponente este principio rector esta representado por la patria potestad”.¹¹

Etimológicamente la palabra patria potestad, viene del latín patrias, a lo relativo al padre y potestad, potestad, dominio, autoridad.¹²

¹¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español**. Tomo V. pág.. 244

¹² **Ibid.** pág.. 244



Planiol, citado por Clemente Soto Álvarez, define la patria potestad como “Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.¹³

1.3.6 Definición de Adopción:

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, establece que “La adopción es la acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”. La determinación no ya de las formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales, indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y de los adoptados, como se decía al principio, al estado civil, a la existencia o no de los hijos, efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por casi la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza”.¹⁴

Según Federico Puig Peña, “Es aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación, semejantes a las que tienen lugar en la afiliación legítima”.¹⁵

¹³ Soto Álvarez, Clemente. **Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil**. pag. 3

¹⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 433

¹⁵ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 456



Barahona Muñoz, al respecto establece que “iniciaremos este tema con la idea general que, la palabra adopción significa “proteger”, pero este termino es bastante amplio y abstracto, por lo tanto, como un concepto general, pero más específico, diremos que es el acto a través del cual se crea un vínculo jurídico de filiación entre dos personas, distinto del vínculo que nace de la voluntad de los sujetos que en este acto intervienen. Todo acto de adopción conlleva efectos socioeconómicos y legales”.¹⁶

Conforme el Código Civil, el Artículo 228 establece: “la adopción es un acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor de edad que es hijo de otra persona. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento cuando hubiere existido la adopción de hecho durante la minoría”.

1.3.7 Los alimentos

Los alimentos como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, se regulan como una obligación y en caso de no cumplirse o negarse, radica en la comisión de un hecho delictivo. Es así como se pretende que el hecho de proporcionar alimentos radica en la necesidad de vida, de sobrevivir, de alimentarse.

Esos alimentos deben ser proporcionados como lo establece el Código Civil, tratando de cubrir todos los aspectos que implica su definición, es decir, la comida, la vivienda, el vestuario, la educación, inclusive, la recreación. Es por ello, que los alimentos deben proporcionarse de acuerdo a la capacidad de la persona que debe proporcionarlos y la necesidad de quien los recibe.



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.

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

1.3.8 La tutela

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

1.3.9 El patrimonio familiar

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

¹⁶ **Ibid.** pág. 6



En el Derecho moderno -escribe Rojina Villegas- en su obra Derecho Mexicano, pag. 62 “una institución de gran importancia da singular valor a los intereses económicos para la protección patrimonial de la familia, originando un régimen jurídico especial que impide la enajenación o gravamen de aquellos bienes que se han considerado indispensables para la subsistencia misma del grupo, constituyéndose así un pequeño patrimonio familiar”

1.4 Instituciones del derecho de familia y el Código Procesal Civil y Mercantil.

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

- Del juicio ordinario: La jurisdicción ordinaria es la que regula los casos en general que no tengan señalado un procedimiento especial, como por ejemplo, el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio, la acción judicial de paternidad y filiación, etc.
- Juicio oral: Dentro de las características fundamentales del proceso oral, se encuentra que el mismo se sustancia por medio de la palabra y tiene la finalidad de obtener la declaración de voluntad a través del cumplimiento de los principios de celeridad, economía, publicidad, oralidad, concentración e inmediación, etc. Entre los asuntos que se tramitan por esta vía se encuentran: los de menor cuantía, los de ínfima cuantía, los relativos a la obligación de prestar alimentos, la rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta la obligación legal o por medio del contrato, etc.



- Proceso Ejecutivo en la vía de apremio. Este proceso, como los demás procesos de ejecución, van dirigidos a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena y entre sus principales características se encuentra: Que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe existir un título ejecutivo. El título ejecutivo debe entenderse como el documento que apareja ejecución, porque prueba por si mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia práctica se reclama. Para el caso del Derecho de Familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

1.5 Ley de tribunales de familia

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

- Juzgados de familia que conocen de los asuntos de Primera Instancia, por las Salas de Apelaciones de Familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.
- Como tercer órgano jurisdiccional que conoce de asuntos de familia, lo representan los juzgados de paz, a manera de prevención, debiendo posteriormente remitir lo actuado al Juzgado de Primera Instancia de Familia de la cabecera departamental.



CAPÍTULO II

2. Efectos de la separación y el divorcio con relación a la guarda y custodia de los hijos por parte de los padres

2.1 Efectos de la separación y el divorcio

Cuando en el caso del matrimonio o bien en el caso de la unión de hecho, una pareja afronta crisis y conflictos que trascienden como sucede en el caso de la violencia intra familiar, los malos tratos, la infidelidad, el uso de drogas o estupefacientes, y otras circunstancias que se regulan en el Artículo 155 del Código Civil pueden dar lugar a la separación y consecuentemente al divorcio, así también en el caso de la unión de hecho, a la disolución de la declaración de unión de hecho.

El Artículo 154 del Código Civil establece dos casos que pueden hacer posible que se produzca la declaratoria de la separación de personas y el divorcio, como sucede en el caso del mutuo acuerdo entre los cónyuges y la voluntad de uno de ellos por causa determinada. Para su tramitación se rige por las normas que se regulan en el Código Procesal Civil y Mercantil para ambos casos.

En cuanto a la separación y el divorcio, los efectos legales se regulan en el Artículo 159 del Código Civil y dice: Son efectos civiles comunes de la separación y del divorcio los siguientes:

- La liquidación del patrimonio conyugal

- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso, y



- La suspensión o pérdida de la patria potestad cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada”.

Los efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, la ley regula los siguientes:

- El derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge y,
- El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido

Dentro de los requisitos que deben cumplir los cónyuges cuando desean divorciarse por mutuo consentimiento, se encuentran:

- La obligatoriedad de establecer a quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio.
- Establecer 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



- La garantía que se presta para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges previo a declararse la disolución del vínculo conyugal por parte del juez dentro del juicio a través de una sentencia.

2.2 La institución de la guarda y custodia:

Cuando se produce la separación o el divorcio, siempre existe no sólo entre la pareja, sino entre los familiares, y cuando se acude a la ley, a quién se le confían los hijos. En el caso de los padres, siempre existe divergencia cuando el matrimonio se encuentra bien conformado, porque sucede al contrario en otros casos, en que no se discute lo relacionado a la guarda y custodia, porque existe una paternidad irresponsable, incluso en el pago de los alimentos que la ley lo obliga en calidad de padre, y que como ha sucedido en la realidad y en muchos casos, los alimentos, dentro del concepto integral que comprende de conformidad con la ley, la responsabilidad únicamente pesa sobre la madre.

Por otro lado, la descomposición social ha permitido no sólo que la mujer haya evolucionado en las distintas esferas del quehacer, como sucede en el trabajo, en la educación superior, etc., sino también la evolución ha trascendido a esferas de la infidelidad, de la irresponsabilidad en calidad de madre. Claro está, que dentro de éstos casos, frente a la generalidad, son relativamente limitados, pero que pese a ello, se están evidenciando y preocupantemente se están acrecentando.

Según las normas del Código Civil, le proporciona a cada uno de los cónyuges y en el caso de la unión de hecho declarada, que rige las normas que le sean aplicables para el caso, del matrimonio, la responsabilidad que cada uno de los cónyuges tiene frente a sus hijos, y que no sólo se encuentra establecido en el Código Civil, como sucede en el Artículo 253 del Código Civil que dice: "Obligaciones de ambos padres.



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 también, el Artículo 167 que dice: “Obligación de los padres separados. Cualquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación”, sino también en la Constitución Política de la República, se establece la protección de la familia como una obligación o un deber del Estado, y ejercitar acciones contra causas de desintegración familiar, es decir, que debe realizar políticas que conlleven evitar que las familias se desintegren, en virtud que producen efectos negativos en los hijos, y que trasciende efectivamente hacia la colectividad.

Existen normas también de orden internacional que regulan lo relativo a la protección de la familia, y especialmente en cuanto a la protección de los hijos, en el caso de que se produzca una separación o el divorcio entre los padres de éstos, como se establece en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que entre otras cosas, regula el deber del juzgador, en caso de pugna entre padre y madre respecto a la guarda y cuidado de los hijos, de preguntarle al menor el deseo de éste de quedarse con cualquiera de los dos, y de velar por respetar el deseo del menor entre lo que respecta a velar por el interés superior de éste.

Por ello, puede hacerse una diferenciación entre una guarda de hecho y una guarda legal. La guarda de hecho, podría establecerse que se refiere a la que se suscita entre los cónyuges cuando hay acuerdo entre ambos, con quién quedarán confiados los hijos en el caso de que se produzca la separación o el divorcio. En el caso de la Guarda Legal, puede interpretarse como una “figura jurídica que contempla la posibilidad de que una persona, denominada guardador, garantice la protección de la



vida y los bienes de un menor. El moderno Derecho ha ampliado de forma notable las situaciones de protección del menor, con acusado protagonismo de los poderes públicos. Las instituciones de guarda legal desbordan el viejo marco civil de la patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho, si bien conservando tales denominaciones pueden ser ejercidas, además de por las personas físicas, por personas jurídicas administrativas o por otras creadas al efecto. El sujeto destinatario de esta actividad es un menor, no necesariamente abandonado, pues también puede tratarse de los que se encuentren en condiciones de riesgo (físico, psíquico o educativo) o en situación de desamparo; para ello el ordenamiento sitúa el principio de obrar en interés del menor por encima de cualquier otro derecho o interés que entre en colisión con aquel principio.

La actividad pública, bajo control judicial y la Procuraduría General de la Nación, debe entenderse subsidiaria de la actuación de la familia, por lo cual en sus actuaciones deberá estar sometida a criterios de estricta legalidad y sus poderes y funciones deberán interpretarse en coordinación estricta con los derechos fundamentales y libertades públicas de los padres, tutores o guardadores y procurando la colaboración del menor y de la familia. Su carácter de administración tuitiva no puede entenderse como actuación directa, sino en todo caso subsidiaria, y por ello sólo será constitutiva de la acción familiar por resolución expresa y motivada en la forma conveniente del juez. La orientación de la guarda legal presupone que los menores que sean objeto de ella serán, siempre que sea posible, integrados en la familia natural; de no ser esto posible o siendo inconveniente para el menor integrarse en otra familia y en casos extremos se mantendrán en establecimientos públicos”.¹⁷

¹⁷ **Ibid.** pág.344



2.3 Conflictos más comunes respecto a la guarda y custodia de los hijos cuando se produce la separación o el divorcio

En el caso de la separación matrimonial, que implica la modificación del régimen matrimonial y que trasciende hasta el efecto de la interrupción de la vida conyugal, en el matrimonio, como se dijo anteriormente, cada cónyuge solicitar al juez la separación, es decir, que pronuncie el derecho de cada uno a vivir con independencia y alejado del otro, regulando la situación familiar que resulte de esa vida autónoma o separada, cambiar de forma de vida entre ambos, lo cual implica necesariamente que se produzca cambios también o efectos en los niños, porque mientras que cohabitaban conjuntamente padre, madre e hijos, en el caso de que se produce la separación o el divorcio, cohabitan regularmente madre e hijos, o bien padre e hijos.

Los tribunales dictarán sentencia de separación cuando un cónyuge haya dado “causa” para ella, es decir, si es culpable de las causales que se enumeran en el Artículo 155 del Código Civil, que son:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensivas 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 voluntario 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 o 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 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 es causa para obtener el divorcio; la separación de personas declarada en sentencia firme.

La duración de la separación es indefinida, termina por divorcio o por la reconciliación de los cónyuges, quienes deben poner ésta en conocimiento del juez.

La separación no disuelve el vínculo matrimonial, que sigue mediando entre los esposos; éstos, aunque separados, son todavía marido y mujer. Para que sea admitida la demanda de separación, debe haber transcurrido un tiempo prudencial desde que se celebró el matrimonio (al menos un año) y si la demanda se presenta de mutuo acuerdo entre los cónyuges hay que acompañarla de un documento en el que conste el pacto entre los cónyuges sobre cuestiones tales como: a cargo de qué cónyuge quedarán los hijos comunes, el régimen de visitas del otro cónyuge, el régimen de pensiones, el uso de la vivienda familiar, entre otras, regulados en el Artículo 163 del Código Civil.

Los efectos específicos de la sentencia de separación son los siguientes: 1º. Suspensión de la vida en común de los casados; 2º. Disolución del régimen económico matrimonial; 3º. En cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, guarda y custodia de los mismos, uso de la vivienda familiar y abono de las pensiones compensatorias alimenticias, se estará a lo que se determine en la sentencia. Si más adelante los cónyuges separados se reconciliaran, deben ponerlo en conocimiento del juez, para dejar sin efecto la sentencia de separación.

Entonces, en el caso de los menores, en términos normales o generales, sucede la discusión entre los cónyuges de que con quien quedarán los hijos. Cuando existe disputa entre ambos, debe intervenir el juez. El Artículo 166 del Código Civil indica: “A quién se confían los hijos. Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el



juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”. El Artículo 256 del Código Civil establece: “Pugna entre el padre y la madre. Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo”.





CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 261 del código civil con relación a la madre soltera o separada y su carácter violatorio al principio de igualdad

3.1 Análisis del Artículo 261 del Código Civil

El Artículo 261 del Código Civil indica: “Madre soltera o separada”. Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166. En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo en poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley, y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente”.

De acuerdo al anterior Artículo, conviene efectuar el siguiente análisis:

- La norma se encuentra ubicada en el apartado de lo que regula el Código Civil respecto al ejercicio de la patria potestad, y entonces, debe entenderse que tanto padre como madre, independientemente de que sean casados o no tienen el derecho al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos. Como se anotó en el primer capítulo, la patria potestad comprende la facultad que tienen los padres sobre los hijos menores, que hace que ese ejercicio permita el bienestar integral del menor y que ese bienestar integral comprende, el cuidado, la alimentación, la educación, etc., del menor, y que es a cargo de cada uno de los padres, independientemente, como se dijo, si se encuentran separados o se encuentran divorciados, unidos de hecho, o en matrimonio.



- El Artículo hace una distinción entre el padre y la madre, así también esa distinción va en función también de el estado civil de ambos, porque evidentemente, le otorga derecho preferente a la madre soltera o separada, respecto a la guarda y custodia de los hijos, cuando dice que en ese supuesto, los hijos estarán en poder de la madre, haciendo la salvedad de que si ella lo conviene puede decidir que pasen a poder del padre o bien ella puede decidir si son internados en un establecimiento de educación o de atención de menores.
- Evidentemente, la norma le otorga derecho preferente a la mujer cuando ésta se encuentra en estado soltero o separada, porque le da la facultad de que ella decida sobre la guarda y custodia de sus hijos, y como sucede en la mayoría de casos, la madre decide quedarse con sus hijos, y prohibirle por razones de hecho, o bien solicitadas al juez o jueza de familia, por causas imputables al padre de los menores, que no se relacionen.
- Hace la distinción entre una mujer casada y no casada, cuando dice que si la separación de los padres, por el hecho de que se están disputando la guarda y custodia de los hijos, procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto de lo que regula el Artículo 166 del Código Civil y este Artículo dice: “A quien se confían los hijos. Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.
- En el último párrafo del Artículo objeto de análisis, se establece que por existir pugna entre la guarda y custodia del padre, y que en el caso de lo que regula el Artículo 261



del Código Civil, respecto a la decisión o a la facultad o bien, al derecho preferente que la ley le otorga a la mujer, cuando esta es soltera o separada respecto a la custodia de los hijos, permite también, de que debido a ese status, el varón, es decir, el padre del menor, no tenga mayores oportunidades, porque establece o ha previsto de que en caso de que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley, y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente”. Es por ello, que puede inferirse que en el caso de la mujer soltera o separada, el ejercicio de la patria potestad, puede ser cuestionada en relación al padre, porque no le permite alguna oportunidad de poder discutir a nivel judicial sobre la oportunidad de que se le pueda brindar para cuidar y atender a sus hijos, encontrando en ese sentido, un carácter violatorio al principio de igualdad que se ha discutido a nivel de grupos femeninos y que en esta materia, con relación al hombre, por no convenir a sus intereses, no se ha discutido este tema, para equiparar la ley al principio de igualdad, porque rige para situaciones similares, condiciones desiguales para las mismas partes, en éste caso, para el padre y la madre del menor en disputa sobre la guarda y custodia.

3.2 Los derechos de los padres frente a los hijos

Los padres tienen derechos y obligaciones. Dentro de las obligaciones, concretamente, se refieren a la responsabilidad de ambos de alimentar, cuidar, educar, recrear, etc., a los hijos, así también, de responder material y moralmente por ellos, ante las diversas situaciones que se les presenten, a cualquier edad. El Artículo 253 del Código Civil al respecto, indica: “Obligaciones de ambos padres. 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 con los deberes inherentes a la patria potestad”. Dentro de los derechos, se encuentra, el



derecho de representar al menor, y esta representación la tienen tanto padre como madre. El Artículo 254 del Código Civil indica: Representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil, administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.

Como se interpreta en el contenido de las normas anteriormente citadas, se puede inferir, que tanto derechos como obligaciones, las ejercen conjunta o separadamente el padre o la madre, pero el problema, podría establecerse que radica a partir del momento en que el padre y la madre se encuentren separados, ya sea proveniente del matrimonio, o bien proveniente de una unión de hecho declarada, o en todo caso de una unión de hecho sin haber sido declarada, porque no existiría disputa al convivir juntos tanto padre como madre.

En este tema de la discusión sobre la guarda y custodia de los hijos, casi siempre, cuando no hay acuerdo, radican directamente al Juez de Familia, quien en definitiva tiene que resolver, y que en muchos casos, se auxilia de informes de trabajadores sociales, de psicólogos y cualquier otro experto que juzgue conveniente, para cumplir con los preceptos legales, contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil, sobre proteger el interés superior del niño, y ello, permite que a cierta edad, al niño pueda preguntársele con quien de los padres quiere vivir, o bien si desea vivir con cualquier otro pariente tanto del padre como de la madre. Sin embargo, pese a esa disputa, tanto el padre como la madre, no pierden el derecho de relacionarse con los hijos, y esta relación familiar, puede ser limitada, o no autorizada, en casos que pueden lesionar gravemente la salud mental o física de los menores, lo cual lo puede hacer constar el juez, al resolver motivadamente respecto de ello, a solicitud de cualquiera de los cónyuges.



3.3 El derecho de los menores

En el Derecho de Menores, también entendido como Derecho infantil, comprende una legislación destinada a proteger los derechos del menor. En el marco de la ley, los niños están considerados bajo dos aspectos: en cuanto individuos, siempre han gozado de una posición especial, en particular en lo relativo a lo que se les consciente hacer. “Dentro de la familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el Derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran los padres (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos”.

En la mayor parte de los sistemas legales desarrollados, los intereses del menor prevalecen sobre cualquier otra cuestión. La relación entre padres e hijos queda reflejada en el plano legal en la expresión “responsabilidad de los padres” para con el hijo, responsabilidad que conlleva una serie de obligaciones, como la educación del hijo y la decisión de a qué escuela va, aunque el énfasis primordial recae sobre el deber de criar al niño. Esto amplía la postura legal anterior más elemental —el deber que existe en Derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño— a todos los aspectos asociados a la condición de ser padres. Desde el momento en que los padres reconocen a su hijo, adquieren esta responsabilidad, y la seguirán teniendo aunque se divorcien o separen. En caso de conflicto, aunque no esté reconocida por la ley esta responsabilidad, se puede acudir a un tribunal para solicitar que se otorgue el reconocimiento. Si el hijo es ilegítimo, la responsabilidad corresponde sólo a la madre, aunque el padre puede acudir a un tribunal para pedir que se le otorgue esta responsabilidad.

Este tipo de disputas surge cuando los padres comienzan a tener dificultades dentro de su relación. En tales casos los tribunales tienen el poder para determinar lo que sucederá con los hijos. Un principio importante, sin embargo, es que el tribunal no debe pronunciarse si es posible resolver la cuestión por medio de un acuerdo entre los padres, ya que se considera que esto es lo mejor para el niño.



En tales casos, la cláusula más importante es la de residencia, que determina dónde han de vivir los hijos. En la gran mayoría de los casos se concede a la madre, aunque algunos niños residan con el padre, siendo posible dividir la residencia entre ambas partes. Este tipo de cláusula suele venir acompañada de otra que se define “de contacto”, que permite que el progenitor que no vive con los niños pueda verlos de forma periódica y con regularidad.

Otras cláusulas hacen referencia a temas específicos y son utilizadas para resolver desacuerdos concretos, como el tipo de escuela a la que asistirá el niño. Las cláusulas de medidas prohibidas, que se utilizan casi siempre en los casos de mayor dificultad, pueden impedir que uno de los padres se lleve al niño al extranjero si existe el temor de que no tenga intención de regresar.

En todos los casos en que los niños sean parte implicada, el tribunal está obligado a considerar el bienestar del niño como primer elemento a tener en cuenta. En estos casos no se siguen las reglas estrictas de presentación de pruebas, tomándose en consideración cualquier factor relevante antes de adoptar una decisión.

Una parte esencial de las leyes de protección al menor hace referencia a las competencias de que disponen las agencias estatales (por lo común los servicios locales de asuntos sociales o instituciones benéficas) para intervenir cuando se cree que los niños se encuentran en una situación de riesgo. Estas agencias corren el peligro, por una parte, de ser criticadas por no tomar ninguna medida que hubiera podido evitar daños graves al niño, o incluso su fallecimiento, y por otra, de ser acusadas de exceso de celo al apartar a los niños de sus familias. Este segundo aspecto ha dado como resultado la restricción, en el Derecho contemporáneo, de los amplios poderes discrecionales con que cuentan los asistentes sociales y la participación de los tribunales, en una etapa bastante temprana del problema, para dictar medidas que debían aplicar dichos asistentes. La ley refuerza asimismo la



política de los servicios sociales de intentar resolver los problemas sin romper la familia. Con este fin se utiliza por lo general la cláusula de supervisión, que proporciona una base formal a la labor del asistente social.

Los casos más serios pueden necesitar una cláusula de asistencia, que deja la responsabilidad de los padres en manos de la autoridad local, lo que conllevará que el niño sea apartado de su familia y enviado con otra. Si los problemas se resuelven el niño volverá con su familia, pero si no es así, se pedirá al tribunal que permita que el niño pueda ser dado en adopción, si es pequeño, o pueda ser ingresado en alguna institución de auxilio a la infancia hasta que alcance la mayoría de edad.

En los casos urgentes, el tribunal determinará una cláusula de protección de emergencia para posibilitar que el niño sea apartado de un entorno que se considera peligroso. En circunstancias extremas la policía puede ejercer este poder durante un corto período antes de acudir al dictamen del tribunal. El conocimiento reciente de la amplitud del abuso sexual infantil ha proporcionado especial trascendencia a estas decisiones. Lo que en muchas instancias se consideraba una injusta acusación de los padres, de acuerdo a lo establecido por el viejo sistema legal, ha desembocado en una mayor participación de los tribunales en el marco legislativo actual. El problema además empeora porque a menudo la única prueba para establecer que se trata de un caso de abuso la constituyen declaraciones efectuadas por niños muy pequeños.

Para los casos más difíciles se ha mantenido la antigua jurisdicción de tutela del Tribunal Supremo, lo que confiere a este órgano la responsabilidad de los padres y será quien trate de forma detallada el futuro y bienestar del niño.



Recientemente se ha producido un avance en el derecho, estableciendo los mecanismos jurídicos, que garantizan que, en el caso de que los padres estén separados, el progenitor que no viva con el niño pague el costo de la manutención y educación del hijo, reemplazándose así los inadecuados métodos aplicados hasta entonces. Este nuevo régimen ha recibido numerosas críticas. Los padres o madres ausentes se quejan de que las cláusulas que se aplican imponen exigencias que son desproporcionadas y onerosas, sobre todo para aquellos que tienen ya una segunda familia.

En materia del Derecho Internacional del Derecho de Menores, en “1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños deberían tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor. La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión. La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos, a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor.”¹⁸

3.4 Breves antecedentes de la igualdad como principio

A juicio de quien escribe, uno de los antecedentes más importantes que se refieren a la igualdad como derecho o como principio, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta Declaración, contiene una declaración

¹⁸ **Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe.** pág.,. 326



general de derechos elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1789 a fin de proporcionar un marco previo a la redacción de una constitución en los primeros momentos de la Revolución Francesa.

“La Asamblea Nacional nombró una comisión encargada de elaborar un proyecto constitucional el 6 de julio. Este grupo entregó un informe tres días después en el que recomendaba que la nueva constitución incluyera como preámbulo una exposición general de los principios universales que se pretendía consagrar en la misma. El marqués de La Fayette, que contó con la colaboración del autor de la Declaración de Independencia estadounidense, Thomas Jefferson, embajador en París en aquel tiempo, presentó un borrador el 11 de julio que fue criticado inmediatamente por los reformistas moderados, quienes consideraban que la naturaleza abstracta de sus principios provocaría la abolición de la monarquía y el caos social, temor que se extendió durante las siguientes semanas cuando la intranquilidad del pueblo generó una incontrolable espiral de violencia.

El debate se reanudó a comienzos de agosto, siendo la cuestión prioritaria decidir si el proyecto constitucional debía ser revisado o bien reemplazado. Los reformistas, influidos por la legislación británica y las obras de Charles-Louis de Montesquieu, jurista de la primera mitad del siglo XVIII, opinaban que la declaración debía enumerar los deberes y derechos de los ciudadanos y servir únicamente como una enmienda a las leyes anteriores. Por su parte, los radicales, defensores de las teorías de Jean-Jacques Rousseau y del modelo constitucional de Estados Unidos, insistían en que era necesaria una declaración abstracta de principios con respecto a la cual pudiera ser evaluada y contrastada la nueva Constitución nacional.

Este debate se decidió finalmente en favor de los radicales, pero provocó una serie de disputas sobre los mecanismos constitucionales que adoptaría el nuevo orden, en el que "el origen fundamental de toda soberanía recae en la nación" (Artículo 3). La



discusión se centró en torno al papel del monarca: los radicales consiguieron incluir una norma que denegaba a las proclamas reales carácter legislativo, pero la propuesta central de que la legislación aprobada por la Asamblea no fuera vetada por el poder ejecutivo quedó mitigada para que el rey pudiera anular determinadas leyes con las que estuviera en desacuerdo. La Declaración definía los derechos naturales del hombre, entre los que consideraba básicos la libertad (individual, de pensamiento, de prensa y credo), la igualdad (que debía ser garantizada al ciudadano por el Estado en los ámbitos legislativo, judicial y fiscal), la seguridad y la resistencia a la opresión.

Aunque estos principios fundamentales constituyeron la base del liberalismo político del siglo XIX, no fueron aplicados en la Francia revolucionaria: el monarca no aceptó que sus anteriores súbditos fueran ahora soberanos, y la Asamblea Legislativa aceptó el veto del rey. Al cabo de tres años, se abolió la monarquía y se proclamó la República. Otras dos declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano fueron aprobadas posteriormente durante el transcurso de la Revolución Francesa. La Declaración de 1793 tuvo un carácter más democrático (defendía el derecho a la sublevación frente a la tiranía y prohibía la esclavitud) y precedió a La Constitución de 1793. La Declaración de 1795, más próxima a la de 1789, supuso el preámbulo de la Constitución del año III.

La Declaración tuvo gran repercusión en España y en la América española y fue uno de los elementos fundamentales que estimularon la implantación de nuevas ideas.

La Declaración definía los derechos naturales del hombre, entre los que consideraba básicos la libertad (individual, de pensamiento, de prensa y credo), la igualdad (que debía ser garantizada al ciudadano por el Estado en los ámbitos legislativo, judicial y fiscal), la seguridad y la resistencia a la opresión.”¹⁹

¹⁹ **ibid.** pág. 467

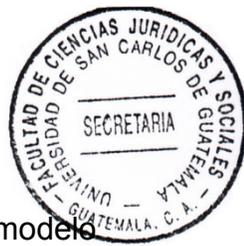


Es por ello, que se permite inferir, que a partir de esta declaración surge el principio de igualdad, y que posteriormente a esa época se fue incluyendo en todos los demás instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que han generado la comunidad de naciones, con el objeto de lograr la paz mundial a través de la garantía de los Estados miembros de respetar los principios fundamentales y supremos para alcanzar esa paz, como la libertad, igualdad, la no discriminación, etc.

3.4.1 Definición del principio de igualdad:

Según el Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe, la condición de ser una cosa igual que otra; calidad de igual: la de dos cantidades; de ánimo; de oportunidades, situación en que los individuos tienen los mismos derechos y opciones, no teóricamente, sino de hecho, y en que no se atiende a las diferencias sociales. Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo. Expresión de la equivalencia de dos cantidades.

Aplicando el principio de igualdad a la calidad de padres, o de cónyuges, se puede inferir, cónyuges, aquellos cuya relación personal está basada en el matrimonio existente entre ellos y que da lugar a un tejido de derechos y deberes recíprocos que en las sociedades modernas están presididos por el principio de plena igualdad y subordinado su ejercicio al actuar en interés de la familia. Los cónyuges están obligados a vivir juntos. Esto no quiere decir que por específicas necesidades familiares no puedan tener distintos domicilios cuando así lo requieran sus concretas necesidades. La convivencia, como obligación recíproca de los cónyuges, presupone voluntad de vida en común y ausencia de libertad para establecer de forma unilateral domicilio individual separado, no un dato de hecho que debe darse en cualquier caso y circunstancia. Deben guardarse fidelidad, constituyendo su contrario, el adulterio, causa de separación y de divorcio. También se deben ayuda y socorro mutuos. Estos



deberes no pueden ser hoy objeto de un tratamiento abstracto a partir de un modelo predeterminado que se toma como paradigmático, sino que deben integrarse a partir de una estrecha colaboración que, tan sólo para verificar su ausencia o su grave defecto, podrá valorarse por el comportamiento que el común de las gentes estima apropiado una vez que han sido apreciadas las circunstancias económicas, sociales y profesionales de los cónyuges y las del medio en que se desenvuelven. No obstante, las legislaciones modernas obligan a ambos cónyuges a contribuir de forma material, de acuerdo con sus posibilidades económicas y profesionales, al levantamiento de las cargas familiares y del matrimonio conforme a su régimen económico-matrimonial y a sus propios acuerdos.



CAPÍTULO IV

4. Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo:

4.1 Entrevistas y Cuestionario

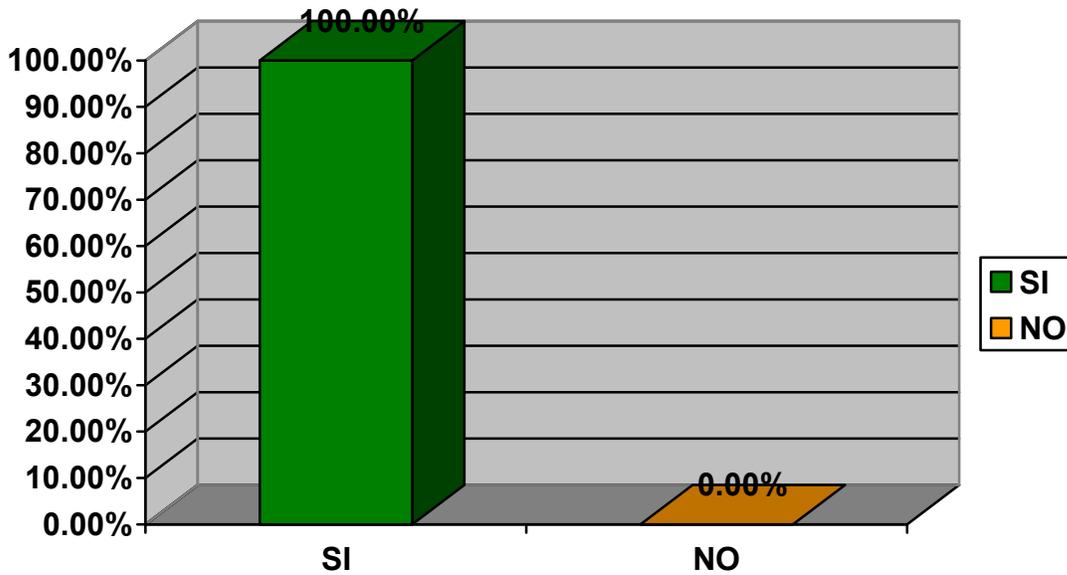
La técnica empleada en el trabajo de campo fue “entrevista y cuestionario” la cual consistió en la elaboración de once preguntas formuladas a jueces de familia y abogados litigantes en el ramo de familia, por lo que a continuación se presentan los resultados siguientes:



Cuadro No. 1

Pregunta: ¿Considera que en el derecho de familia, el padre y la madre tienen iguales derechos frente a los hijos?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	15	100.00%
No	00	0.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



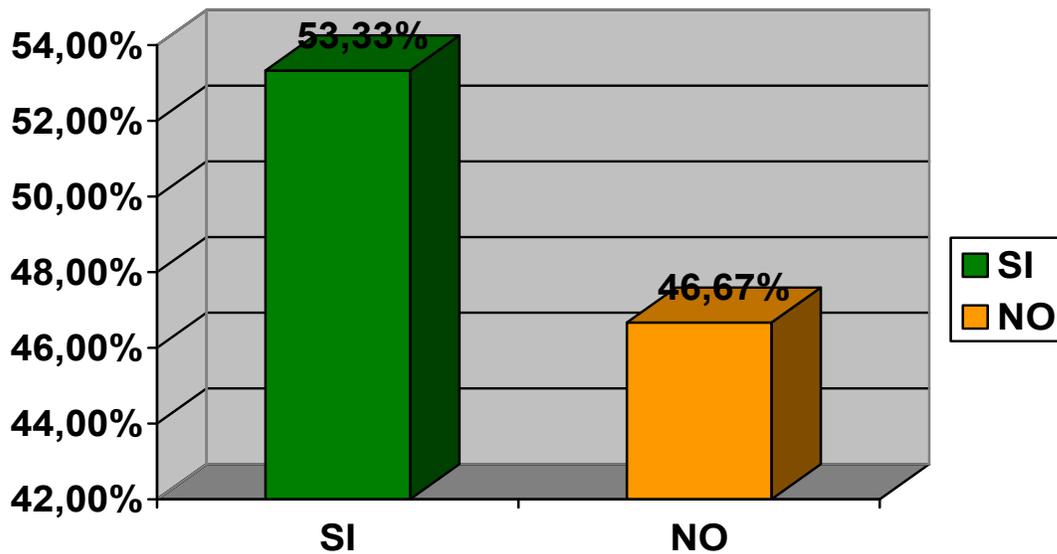
Respecto al cuadro anterior, algunos ampliaron la respuesta, e indicaron que tanto padre como madre tienen los mismos derechos frente a los hijos, en el ejercicio de la patria potestad, pero que en muchos casos, se le quita el derecho al padre o madre, debido a la mala conducta observada y verificada especialmente por el juez, y que en algunos casos, se ha decidido con anuencia de los niños, cuando estos se encuentran en edad de hablar y decidir, dejarlos bajo el cuidado de otra persona que no es el padre o la madre.



Cuadro No. 2

Pregunta: ¿Considera que las normas del código civil protegen más a la mujer?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	08	53.33%
No	07	46.67%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



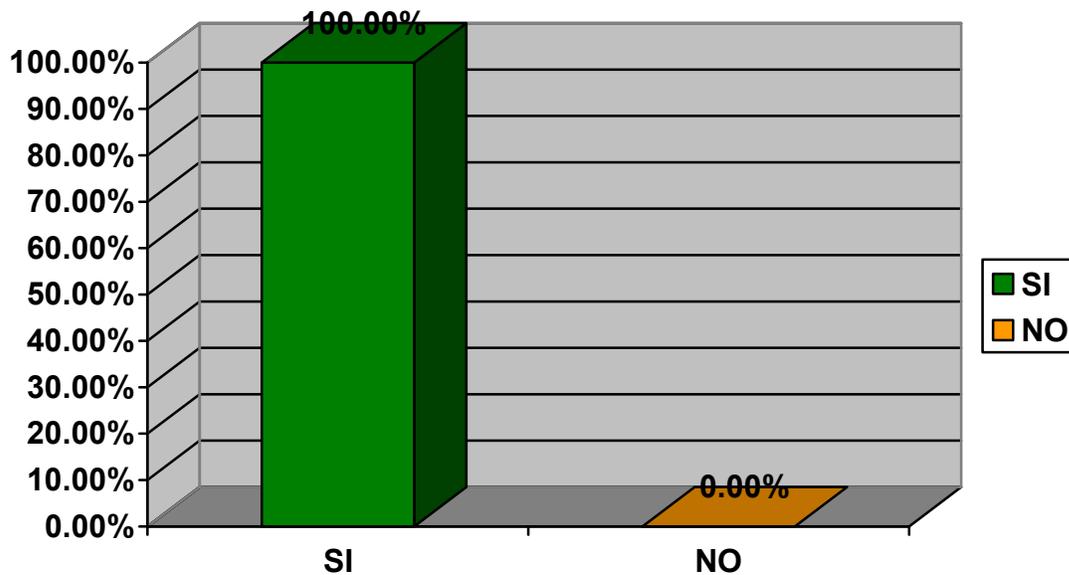
En la pregunta anterior, manifestaron los entrevistados de que en algunas normas se protege más a la mujer, incluso, se pudiera pensar que sobreprotege y que ello obedece a que el cónyuge varón sea discriminado, pero que en otros casos, mantiene un nivel de igualdad, al otorgarle tanto al padre como a la madre, derechos obligaciones en igualdad de condiciones para con los hijos.



Cuadro No. 3

Pregunta: ¿Considera de acuerdo a su experiencia que se han producido en un alto porcentaje separaciones o divorcios?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	15	100.00%
No	00	0.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



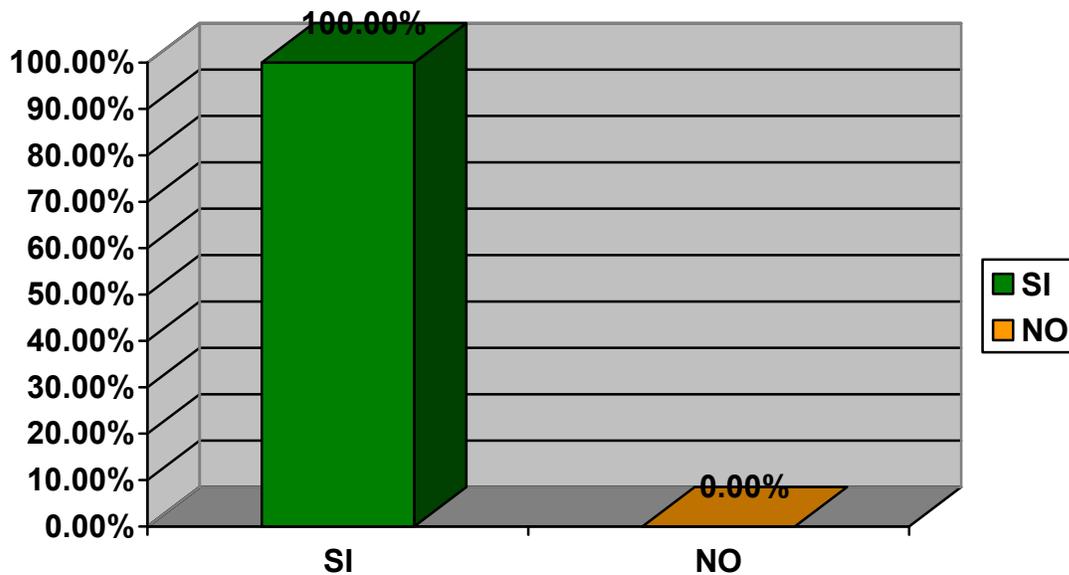
En la pregunta anterior, manifestaron el total de los entrevistados que a la fecha, han incrementado los casos de separación y divorcio, a consecuencia de maltrato físico y psicológico regularmente por parte del varón, en otros casos por falta de ayuda económica para el sostenimiento del hogar, etc. y lo que llama la atención es que en la mayoría de los casos se trata de personas de corta edad.



Cuadro No.4

Pregunta: ¿Considera que en las separaciones o divorcios, los mayormente perjudicados son los hijos?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	15	100.00%
No	<u>00</u>	0.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



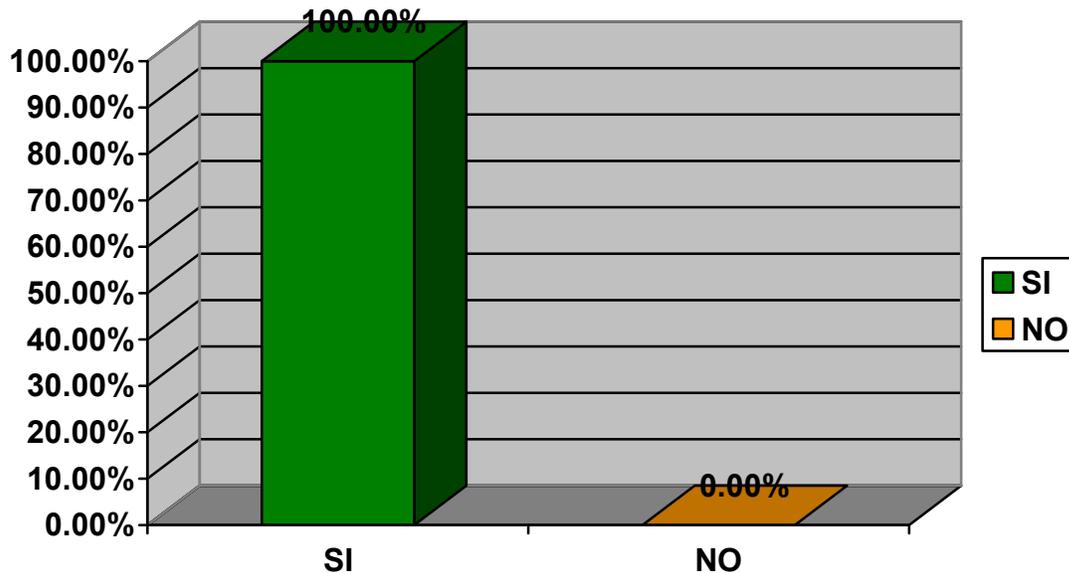
Con respecto a esta pregunta, los entrevistados, respondieron afirmativamente que los hijos son las personas más afectadas, a consecuencia de una separación o divorcio, en virtud que viven en hogares desintegrados y no cuentan con el apoyo moral y económico de ambos padres, afectándoles en su desarrollo integral, así mismo les perjudica en su conducta y desenvolvimiento dentro de la sociedad.



Cuadro No. 5

Pregunta: ¿Cree usted que la ley civil, protege el interés superior del niño cuando existe disputa entre el padre y la madre?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	15	100.00%
No	00	0.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



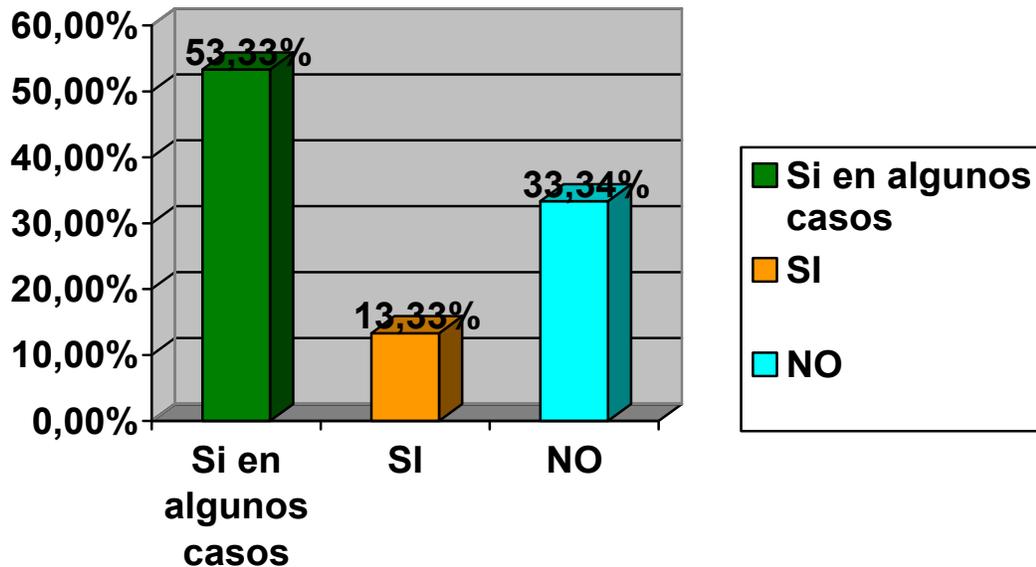
En la pregunta anterior los entrevistados, respondieron afirmativamente que las leyes aplicables al derecho de la familia protegen los derechos de los niños, en las situaciones de disputa entre el padre y la madre. Sin embargo reconocen que en la mayoría de los casos conceden la patria potestad a favor de la madre tomando en cuenta el hecho natural de progenitora, y que ella es la persona más indicada de cuidar y proteger a su hijo, previo al análisis y valoración que se le hace a los informes de la Trabajadora Social adscrita al Tribunal correspondiente, quien actúa bajo juramento de ley.



Cuadro No. 6

Pregunta: ¿Considera que los jueces preguntan a los menores con quien de los padres se quiere quedar en caso de disputa entre ellos?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si, en algunos casos	08	53.33%
Si	02	13.33%
No	05	33.34%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



Con respecto a la presente pregunta algunos entrevistados manifestaron que interrogan a los menores con quien de sus padres quieren quedarse, otros contestaron que a veces lo hacen y otros expresaron que en ningún momento formulan dicha pregunta. Se puede inferir que el Juez al resolver debe tomar en cuenta la decisión del menor, debido a que este conoce las causas por las cuales no desea estar con uno de sus padres.



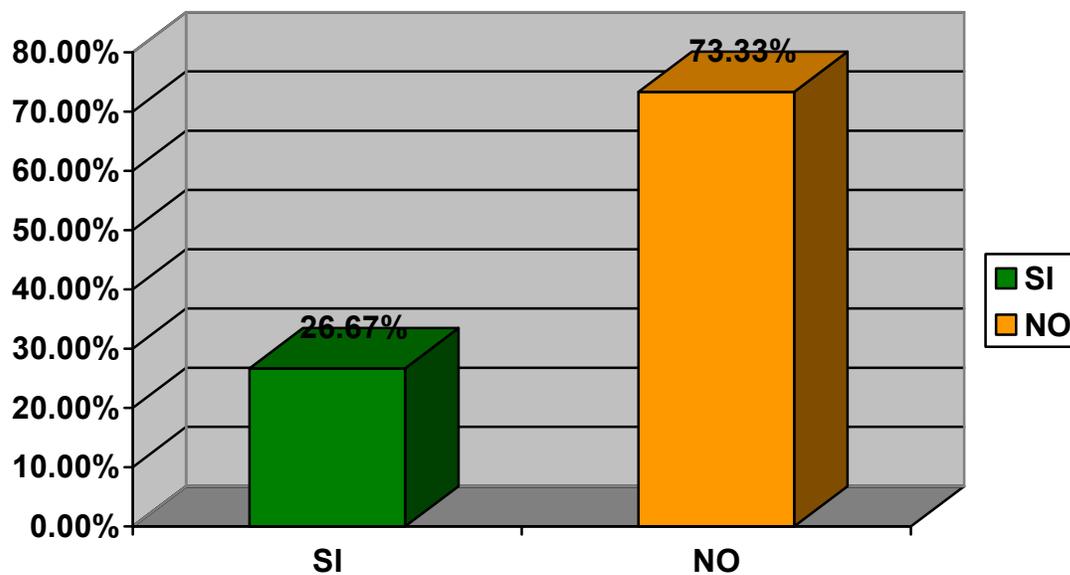
En todos los casos en que los niños sean parte implicada, el tribunal está obligado a considerar el bienestar del niño como primer elemento a tener en cuenta, tomándose en consideración cualquier factor relevante antes de adoptar una decisión.



Cuadro No.7

Pregunta. ¿Considera que los jueces hacen aplicación de las normas de la convención internacional sobre los derechos del niño en el caso de disputas entre el padre y la madre sobre la guarda y custodia?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	04	26.67%
No	11	73.33%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>

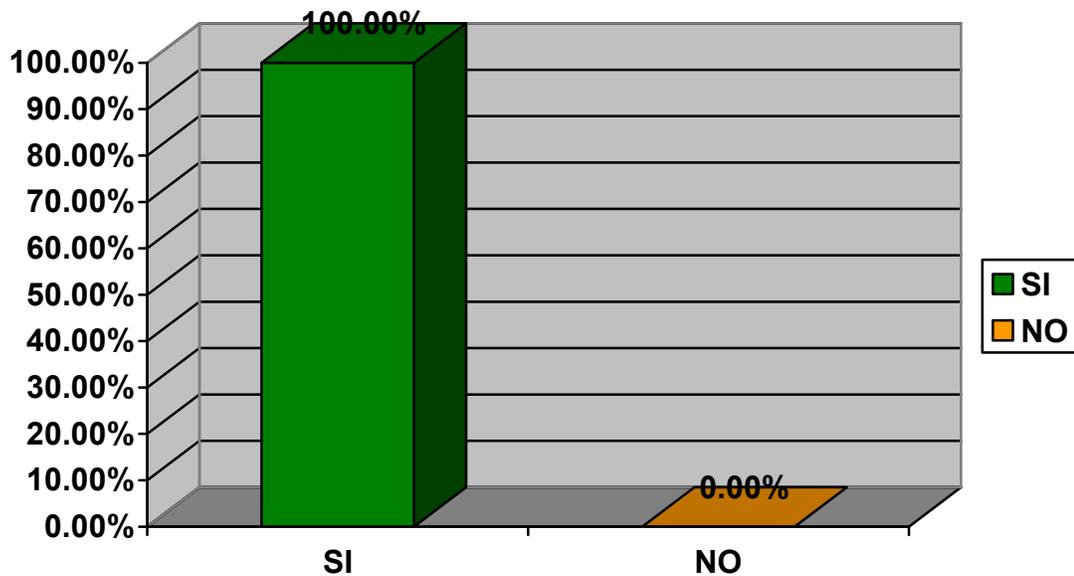


La mayoría de los entrevistados manifestó que los Jueces no toman en cuenta las normas de la convención internacional sobre derechos del niño en el caso de disputas entre el padre y la madre sobre la guarda y custodia, entendiéndose esta situación como una arbitrariedad, en virtud que según lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, los Convenios Internacionales en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno.

**Cuadro No. 8**

Pregunta: ¿Después de la lectura del Artículo 261 del Código Civil, considera que este beneficia a la mujer?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si, cuando no esta casada o se encuentra separada	15	100.00%
No	00	0.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>

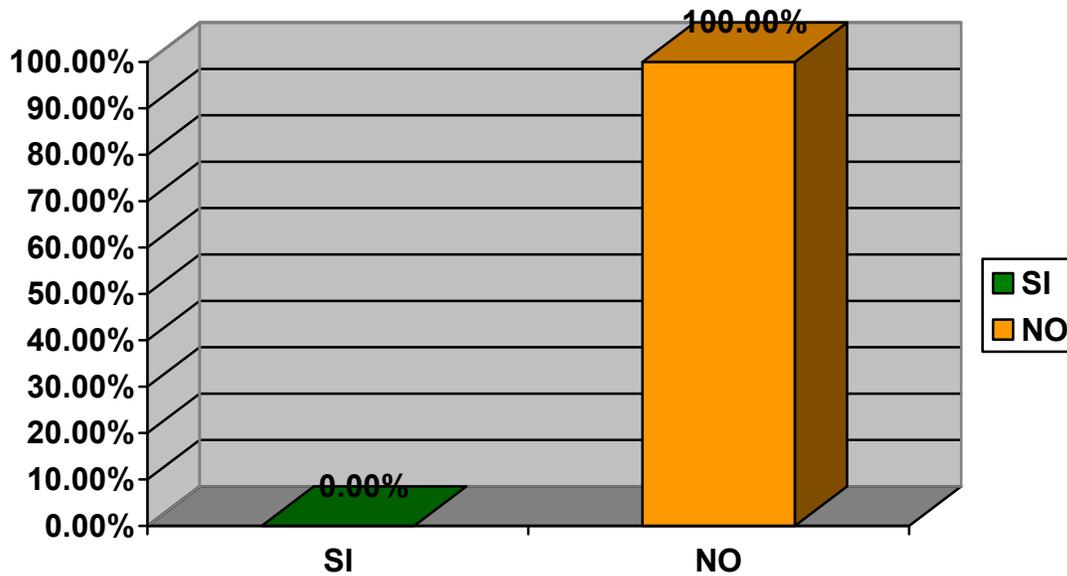


Con respecto a la pregunta anterior, los entrevistados respondieron afirmativamente que el Artículo 261 del Código Civil de Guatemala, beneficia a la mujer, debido a que en la mayoría de los casos la ley le otorga la patria potestad, cuando no esta casada ni unida de hecho legalmente, sin tomar en cuenta los derechos del padre, contraviniendo de esta forma con el principio de igualdad entre hombre y mujer, independientemente que se este o no casado ni unido legalmente, establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

**Cuadro No. 9**

Pregunta: ¿Después de la lectura del Artículo 261 del Código Civil, considera que la norma protege al hombre?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	00	0.00%
No	15	100.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>

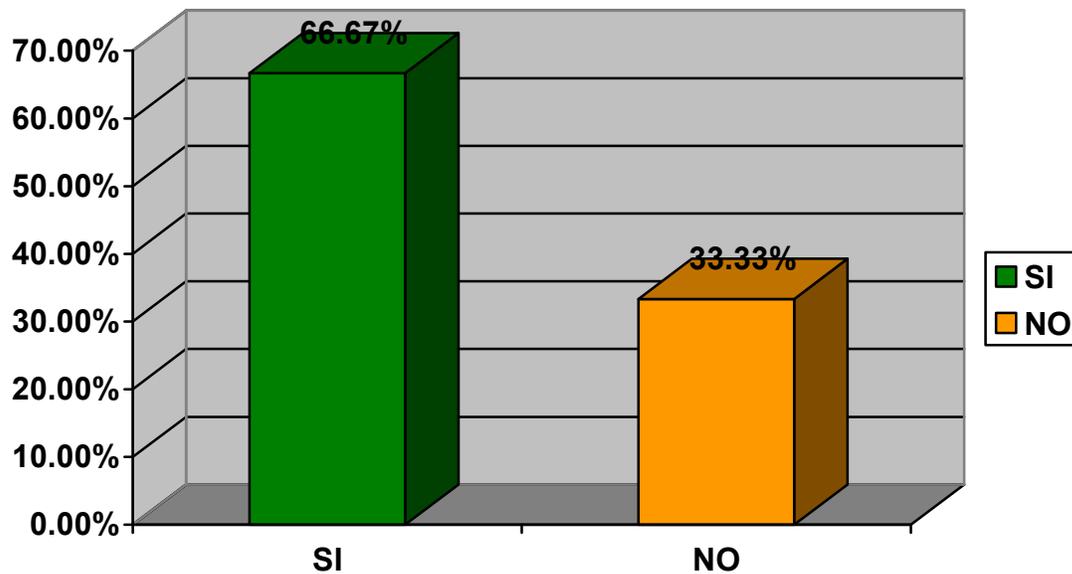


Los entrevistados contestaron que el Artículo 261 del Código Civil no protege al padre con respecto a la institución de “patria potestad” en virtud que la madre tiene incluso la facultad de internar a su hijo en un establecimiento de educación.

**Cuadro No. 10**

Pregunta: ¿Cree usted que es perjudicial para los hijos la norma contenida en el Artículo 261 del Código Civil, porque la madre soltera o separada es la que decide sobre con quien estarán los hijos?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si, porque esta norma debe ser aplicada integralmente con otras que favorecen una mejor decisión en interés y beneficio de los menores.	10	66.67%
No, porque el hecho de ser madre, puede brindarles a los hijos una mejor protección.	05	33.33%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



En respuesta a la pregunta formulada, la mayoría de los entrevistados coincidieron que lo establecido en el artículo 261 del Código Civil, es perjudicial para el menor, en virtud que la naturaleza de ser padre o de ejercer la patria potestad sobre un menor, no debe

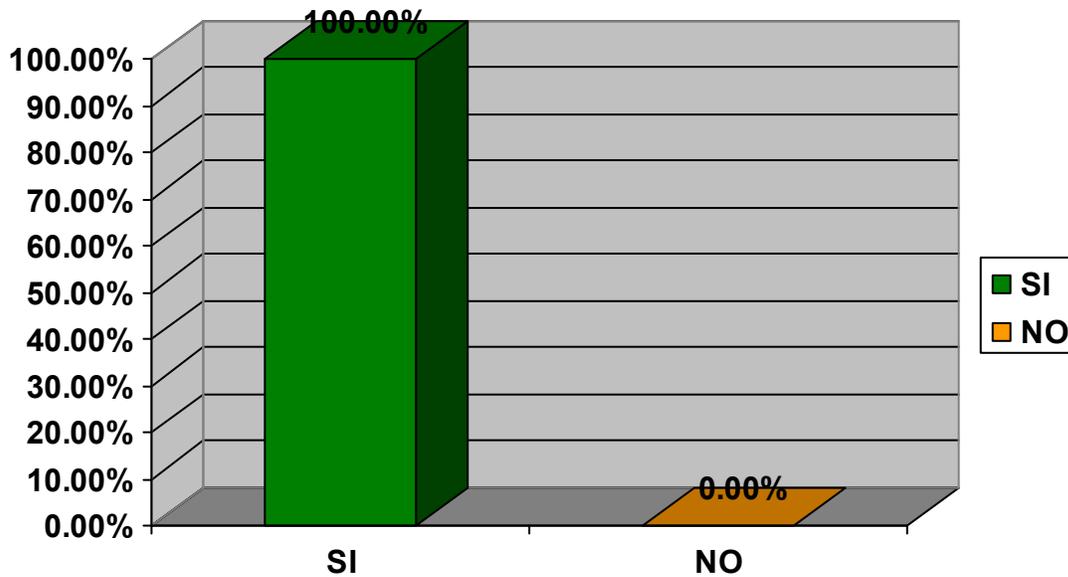


relacionarse con que la persona este casada o unida de hecho legalmente, en estos casos debe tomarse en cuenta la decisión del menor con quien de sus padres quiera quedarse y garantizar el bienestar del menor, antes de que los Jueces de Familia puedan emitir opinión o resolver disputas entre padres sobre la custodia y patria potestad de un menor de edad. Ambos padres tienen los mismos derechos y obligaciones para con los hijos, no debe de existir desigualdad en la facultad de ejercer la patria potestad legalmente, es contrario al principio de igualdad establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

**Cuadro No. 11**

Pregunta: ¿Cree que el Artículo 261 del Código Civil debe reformarse por discriminar a la mujer casada, por ejemplo, así como frente a los derechos del padre?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	15	100.00%
No	00	0.00%
Total:	<u>15</u>	<u>100.00%</u>



En la presente interrogante, el total de los entrevistados coincidió que el contenido del artículo 261 del Código Civil, es violatorio al principio de igualdad, en virtud que concede mayores derechos y obligaciones a la madre no casada ní unidad legalmente frente a los derechos del padre, situación jurídica que no se da en los casos de padres casados o unidos de hechos legalmente, constituyéndose este precepto legal como discriminatorio.



Fuente: La investigación de campo se realizó en julio 2004.

4.2 Bases para el establecimiento de una propuesta de reforma al Artículo 261 del Código Civil.

En vista de lo expuesto en el trabajo realizado, así como en base a los resultados del trabajo de campo, es de considerar que el Artículo 261 del Código Civil, contiene aspectos que trascienden la esfera de la igualdad, toda vez, que respecto a situaciones idénticas, le otorga resultados distintos frente a los derechos del padre como los derechos de la madre, conteniendo aspectos violatorios al principio de igualdad por lo siguiente:

- Que hace una distinción entre una mujer casada y una mujer soltera o separada.
- Que esa distinción sirve para que cuando una mujer esté separada o bien se encuentre soltera, tenga la facultad de decidir sobre con quien dejar a sus hijos, aislando la posibilidad de que pueda discutir sobre ello, tanto el padre como la mujer casada, cuando se encuentre en disputa lo relacionado con la guarda y custodia de los hijos.
- Que el último párrafo del Artículo 261 del Código Civil, pareciera estar dirigido al hombre, porque si bien es cierto, le otorga la ley el derecho preferente a la mujer sobre los hijos, especialmente la madre soltera o separada, al hombre lo deja por un lado cuando en primera instancia, se suscitan esos supuestos, y si el padre, en calidad de hombre, difiere de esa decisión, se le imputa una responsabilidad inclusive penal, por alguna sustracción que hiciera de su hijo en determinado momento. Ello quiere decir, que cuando el padre de un menor cuya madre este soltera o separada, no tiene posibilidades de una mejor relación con sus hijos.



- Que la norma debe ser reformada en el siguiente sentido: “Madre soltera o separada. Cuando el padre o la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, podrán decidir sobre la guarda y custodia de los hijos, en caso de disputa, el juez lo resolverá, sin embargo, los hijos si se hallaren en edad de elección, serán los que decidan con quien de sus padres desean quedarse”. Por lo anterior, deben eliminarse de tal norma, los párrafos dos y tres, porque son violatorios al principio de igualdad de los padres frente a los hijos.



CONCLUSIONES

1. Dentro de las instituciones más importantes del Derecho de Familia, se encuentran el matrimonio, los alimentos, el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, circunstancias que son analizadas con mayor profundidad en el caso de que los padres o cónyuges se encuentren en procesos de separación o divorcio, frente a la situación de los hijos.
2. El matrimonio es una institución social, por medio de la cual se conforma una familia, y que la institución de la unión de hecho, al ser declarada judicial o notarialmente, produce los mismos efectos del matrimonio, principalmente en cuanto a la situación de los hijos, de los bienes, de la representación de los menores, etc.
3. El principio de igualdad no sólo se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también en instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos, y se refiere que puedan los Estados y las leyes equiparar una igualdad ante situaciones en las cuales prevalecen los derechos de las personas sin discriminación de raza, color, cultura, costumbres, religión, sexo, edad, vestimenta, situación económica, etc. En consecuencia se debe tratar a las personas de igual manera sin atentar contra su dignidad.
4. Cuando se produce la disolución del vínculo conyugal, por diversidad de causas que se encuentran reguladas en el Código Civil, los mayormente perjudicados son los hijos, porque allí es en donde empieza la disputa de la guarda y custodia de los hijos frente a la decisión que puedan generar tanto padre como madre.



5. En caso de disputa sobre la guarda y custodia de los hijos respecto de los padres, el juez competente resolverá lo procedente, y el mismo tiene la obligación de aplicar los conceptos y disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la Constitución Política de la República de Guatemala, y lo regulado en el Código Civil, así como otras leyes afines.

6. El Artículo 261 del Código Civil, se refiere al ejercicio de la patria potestad, y guarda y custodia del menor, y le otorga un derecho preferente y discriminatorio frente al hombre, al indicar que la madre soltera o separada, es quien decide con quien quedarán los hijos. Así también, el carácter discriminatorio, va encaminado a lo que sucede en el caso de la mujer casada aún, es decir, que no se haya hecho constar la separación legal o de cuerpos.

7. Debe reformarse el Artículo 261 del Código Civil, adecuando el primer párrafo en congruencia con la normativa que se refiere a las obligaciones y derechos de los padres hacia sus hijos, en congruencia también con la Convención Internacional de los Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos en materia de Derechos Humanos, así también eliminando los dos párrafos siguientes.



RECOMENDACIONES

1. Para evitar discriminación y dar la calidad de padres a la mujer y al hombre sin diferencias, debe adecuarse el primer párrafo del Artículo 261 del Código Civil y eliminarse los dos párrafos siguientes, así: “Madre soltera o separada. Cuando el padre o la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, podrán decidir sobre la guarda y custodia de los hijos, en caso de disputa, el juez lo resolverá sin embargo, los hijos si se hallaren en edad de elección, serán los que decidan con quien de sus padres”.
2. Para el efecto legal correspondiente lo relacionado con la patria potestad no debe limitarse al padre por cuanto y en cuanto que dicha Institución corresponde indistintamente a los dos.
3. Al hacer la reforma al Artículo 261 del Código Civil, debe si no homologarse, al menos dar cumplimiento a los principios contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
4. Dentro de las reformas que obligadamente deben hacerse al Código Civil de Guatemala, debe enfatizarse lo relacionado con el matrimonio que es el principio del núcleo social.
5. Por ser la disolución del vínculo matrimonial y unión de hecho, o simplemente la separación de uniones de hecho no declaradas legalmente, la causa común que perjudica a los menores, debe regularse la protección de los mismos con un normativo específico y efectivo; evitando con ello que se atente contra su dignidad física, moral y



psicológica, siendo éstos unos de los principios fundamentales establecidos en la parte dogmática de nuestra Constitución Política de la República de Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

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

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

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El Juez de Familia**. Universidad de San Carlos de Guatemala, Imprenta Zeta, 1970.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Nociones Generales de las Personas y de la Familia, Ed. Universitaria, Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. Derecho de Familia, Relaciones Conyugales, 9ª. ed. Madrid, España, Ed. Reus, S.A. 1976.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las Pruebas Civiles**. 3ª. ed. (s.l.i.); (s.e); (s.f.).

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil y del Derecho de las personas con relación a su estado civil**. Valencia Juan Mariana y Sanz, (s.e.), .1868.

DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, Derecho de sucesiones**. 3a. ed. Madrid, España, (s.e), 1983.

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



GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Tomo I, 2^a. Reimp. de la 3^a. ed. (s.l.i.); (s.f.).

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica**. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1970.

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

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**: Tomo V, Fam. y Suces. Pamplona, España, Ed. Arazandi, 1974.

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

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Introducción, Personas y Familia. Volumen I, México D.F. Ed. Porrúa, 1978.

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

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español**. Derecho de Familia, Parte Especial, Tomo IV. Madrid, España, Ed. Talleres Tipográficos, 1975.

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

Legislación:

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



- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Congreso de la República de Guatemala, Decreto de ratificación del Convenio número 27-90, 1990.
- Convención Internacional sobre Derechos Humanos, Congreso de la República de Guatemala, Decreto de ratificación del Convenio número 6-78, 1978.
- Código Civil y sus reformas, General Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley 106, 1964.
- Código Procesal Civil y sus reformas, General Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley 107, 1964.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y su reforma, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-2003, 2003.
- Ley de Tribunales de Familia, General Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley 206, 1964.
- Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 97-96. 1996.