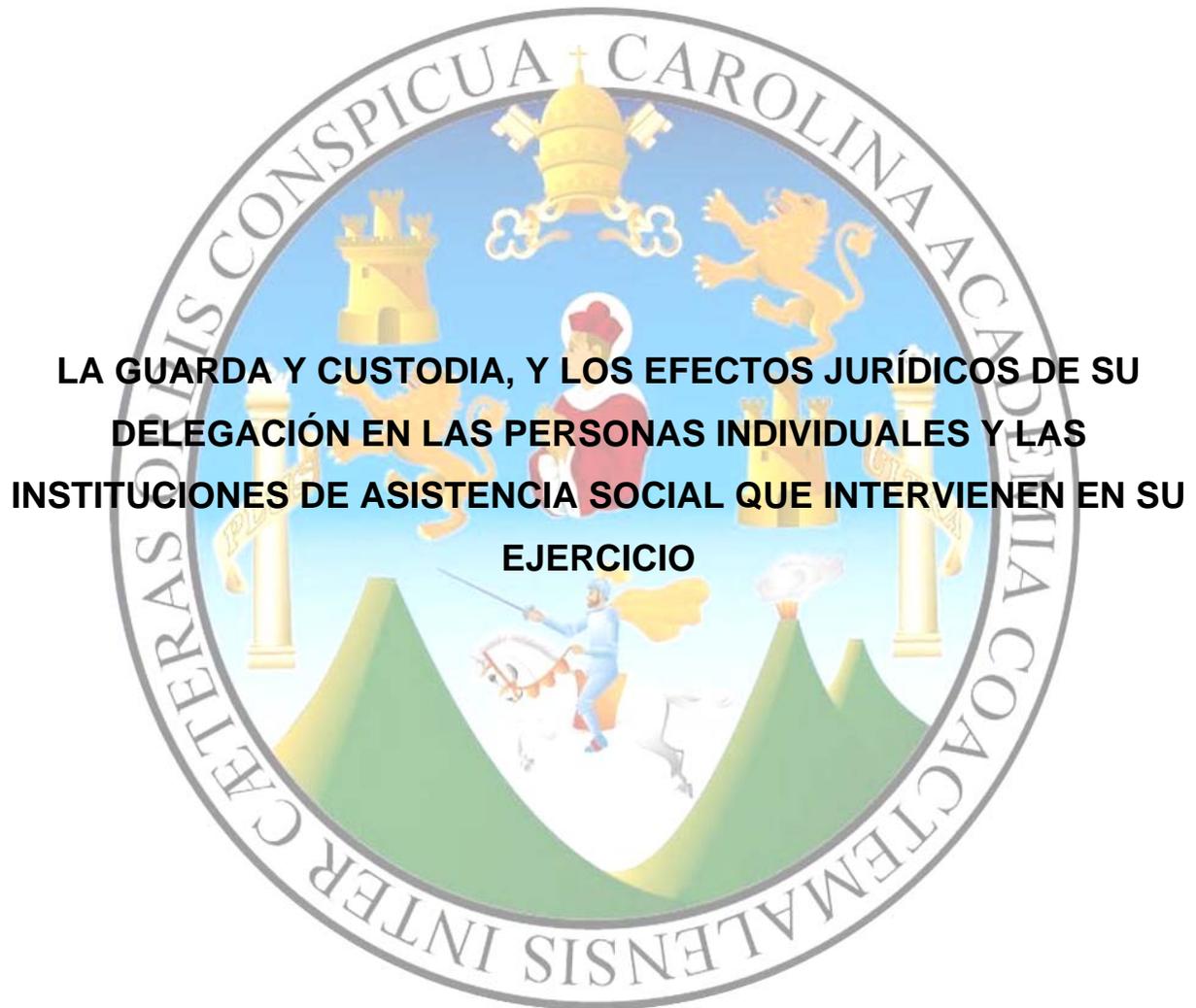


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2008

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

**LA GUARDA Y CUSTODIA, Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU
DELEGACIÓN EN LAS PERSONAS INDIVIDUALES Y LAS INSTITUCIONES
DE ASISTENCIA SOCIAL QUE INTERVIENEN EN SU EJERCICIO**



y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2008

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Vocal: Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza
Secretario: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Rene Granados Figueroa
Vocal: Licda. Aura Marina Chang Contreras
Secretario: Licda. Eloiza Mazariegos Herrera

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
BUFETE JURÍDICO
Abogado y Notario
Colegiado No. 7,706
3ª. Avenida 13-62 Zona 1
Guatemala, Guatemala.
Teléfono 22327936 y Cel. 57086848



Guatemala, 29 de mayo del año 2008

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

Estimado Licenciado:

En cumplimiento de la providencia dictada con fecha siete de marzo del año dos mil ocho, de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta facultad, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del estudiante: SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE, intitulado: "LA GUARDA Y CUSTODIA, Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU DELEGACIÓN EN LAS PERSONAS INDIVIDUALES Y LAS INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL QUE INTERVIENEN EN SU EJERCICIO".

El trabajo antes descrito, es interesante en su contenido, el sustentante se basa en aspectos doctrinarios recientes y los complementa con aspectos legales enmarcados dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Se realiza un análisis respecto a una sentencia de un juicio oral de guarda y custodia, así mismo se estudian los efectos jurídicos que conlleva la delegación de tal institución.

En mi opinión el sustentante brinda un aporte jurídico, como lo es un nuevo enfoque doctrinario y legal relativo a la delegación de la guarda y custodia observando siempre las garantías mínimas de protección al menor.

Analizando el trabajo de investigación de tesis, determino que en el presente, se ha observado la aplicación científica de los métodos deductivo, inductivo, analítico; las técnicas que fueron utilizadas fueron las fuentes directas de información, y como técnica indirecta, la bibliográfica, de análisis y contenido.

LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
BUFETE JURÍDICO
Abogado y Notario
Colegiado No. 7,706
3ª. Avenida 13-62 Zona 1
Guatemala, Guatemala.
Teléfono 22327936 Cel.: 57086848



Considero que la redacción utilizada, reúne las condiciones exigidas por nuestra casa de estudios superiores, las conclusiones y las recomendaciones son oportunas y la bibliografía utilizada, es acorde a la importancia del tema desarrollado.

Por las razones expuestas, me es grato reconocer el mérito del trabajo realizado por el estudiante SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE y la contribución científica que realiza la misma, en consecuencia, considero que la tesis analizada reúne las condiciones necesarias para ser aprobada, de conformidad con el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público.

Sin otro particular me es grato suscribirme como su deferente servidor.

LIC. ESTUARDO CASTELLANO VENEGAS
ABOGADO Y NOTARIO
COL. No. 7,706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de junio de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR ROLANDO GUEVARA GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE, Intitulado: "LA GUARDA Y CUSTODIA, Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU DELEGACIÓN EN LAS PERSONAS INDIVIDUALES Y LAS INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL QUE INTERVIENEN EN SU EJERCICIO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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

cc. Unidad de Tesis
MTCL/ragm



Duarte, Guevara & Salguero
Abogados y Notarios Asociados



Guatemala, 18 de julio del año 2008

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

Estimado Licenciado:

De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de revisor de Tesis del estudiante: SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE, intitulado: "LA GUARDA Y CUSTODIA, Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU DELEGACIÓN EN LAS PERSONAS INDIVIDUALES Y LAS INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL QUE INTERVIENEN EN SU EJERCICIO", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el reglamento de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

- I. Considero que el tema investigado por el estudiante López Hurtarte, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solo reúne los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino además, se presenta con una temática de especial importancia para que se establezca que al tratar la institución de la guarda y custodia en cuanto a su delegación debe siempre de observarse el principio del interés superior del menor en cuanto a las garantías mínimas de protección. Y concluye proponiendo una reforma al código civil en donde se adicione al artículo 252 que la delegación de la guarda y custodia solo es procedente mediante una resolución de juez de familia que autorice la misma.

Duarte, Guevara & Salguero
Abogados y Notarios Asociados



- II. La bibliografía empleada por el estudiante López Hurtarte, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada, habiendo empleado en su investigación, aplicación científica de los métodos deductivo, inductivo, analítico y con respecto a las técnicas fueron utilizadas fueron las fuentes directas de información, y como técnica indirecta, la bibliográfica, de análisis y contenido, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.
- III. Sobre la base de los incisos anteriores y en el artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, emito el presente dictamen considerando conveniente la impresión del trabajo para que el mismo pueda ser discutido en el correspondiente examen público de tesis.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.

Sin otro particular, me suscribo deferentemente,



Héctor Rolando Guevara González
Abogado y Notario

Héctor Rolando Guevara González
Colegiado No. 5,434

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 septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE, Titulado LA GUARDA Y CUSTODIA, Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU DELEGACIÓN EN LAS PERSONAS INDIVIDUALES Y LAS INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL QUE INTERVIENEN EN SU EJERCICIO Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh

Eff



DEDICATORIA

A DIOS: Todopoderoso, señor y rey de mi vida, quien me dio una oportunidad más para poder vivir , a él sea toda la gloria y la honra.

A MIS PADRES: Ruber Ozziel López Castillo y Miriam Noemí Hurtarte Archila, por haber invertido sus fuerzas, paciencia, vida, tiempo, comprensión, amor en mi persona, por no abandonarme en ningún momento de mi vida, apoyarme siempre, los amo mucho, espero recompensarles mucho más de lo que hoy les puedo dar, gracias por ser parte de mi.

A MIS HERMANOS: Ozziel y Estefany, como un ejemplo de perseverancia, para que luchen por lo que quieren, mi apoyo hacia ustedes es siempre, los quiero mucho.

A MIS ABUELOS: Luz Victoria Castillo Pacheco, Samuel Nehemías López Muñoz, Lorena Archila Bardales y Lucas Antulio Hurtarte Figueros, por sus sabios consejos y oraciones que marcaron mi vida, gracias.

A: Todos mis tíos, primos, y demás familia, que con su apoyo y amor son parte importante de mi vida y del éxito logrado el día de hoy

A LOS PROFESIONALES:

Lic. Edgar Castillo Ayala, Lic. Estuardo Castellanos, Licda. Raquel Quiroa de Castillo y Lic. Héctor Guevara por su ayuda en la elaboración del presente trabajo de tesis y la enseñanza que me brindaron en el exámen técnico profesional.

A MIS AMIGOS:

Donald y Anny de García, mis pastores Carlos y Maby de Ulin, Roberto Pineda, Beatriz Boch, Denisse Navas, Anita de Cruz, Rosario Chacón, Eduviges Juárez, Yadira Arriaga, Edin y William Najera, Licda. Ana Maria Artóla, Licda. Alejandra Paiz, Licda. Rosa de Madriz, Lic. Carlos Jiménez, Lic. Ricardo Arrivillaga, a los líderes y miembros de IDEC “La Red”, por brindarme su amistad en todo momento.

A LOS HONORABLES

DOCENTES:

Profesora Rosa Ortiz de Morales, profesor Jorge Mario Cadenillas Arenas, profesora Celeste Nova, Lic. José Hernández, Lic. Bonerge Mejía que marcaron mi vida con sus enseñanzas y a todos los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que impartieron con excelencia sus cátedras.

A LA TRICENTENARIA Y
GLORIOSA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA:

Por sentirme privilegiado y orgulloso de llamarme san carlista.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La guarda y custodia	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Aspectos generales.....	5
1.2.2 Principios.....	13
1.2.3 Objeto.....	17
1.3 Delegación de guarda y custodia.....	18
1.4 El proceso de guarda y custodia ante juez de familia de primera instancia....	24

CAPÍTULO II

2. La patria potestad.....	29
2.1 Definición.....	29
2.2 Aspectos generales.....	31
2.3. La guarda y custodia como elemento esencial de la patria potestad.....	41
2.4 La filiación.....	43
2.5 Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia.....	47

CAPÍTULO III

Pág.

3. Efectos jurídicos de la delegación de guarda y custodia respecto a la protección de los menores.....	49
3.1 Ley de Protección Integral de la Niñez.....	49
3.2 Tutelaridad del derecho a la niñez.....	53
3.3 Derecho a la familia.....	55
3.4 Medidas específicas de protección a los menores.....	62
3.5 Derechos y garantías fundamentales de los menores.....	64

CAPÍTULO IV

4. Análisis de sentencia.....	67
4.1 Sentencia de guarda y custodia.....	67

CAPÍTULO V

5. Necesidad de reformar el Artículo 252 del Decreto 106, Código Civil en donde se adicione que la guarda y custodia únicamente es delegable mediante una resolución emitida por un juez de familia.....	75
---	-----------

CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la familia se encuentra en crisis, dada la descomposición social que sufre el país con la pérdida de valores y de principios, se han incrementado los ingresos de menores de edad a instituciones de asistencia social a orfanatorios por la disolución del vínculo conyugal, procediéndose por parte de los padres a delegar la guarda y custodia a los encargados de dichas instituciones sin existir un procedimiento normado por la ley a seguir.

La hipótesis que sirvió de base para realizar el presente trabajo de tesis fue la siguiente: Por falta de regulación de un procedimiento para la delegación la guarda y custodia de los menores, se dan procedimientos análogos como alternativa para los padres o los directores de instituciones de asistencia social para la delegación de guarda y custodia, lo cual no siempre es la opción más favorable para el menor, por lo que es necesario que se reforme el Artículo 252 del Decreto 106 Código Civil en donde se adicione que la guarda y custodia únicamente es delegable mediante una resolución emitida por un juez de familia.

Con relación a las garantías, el marco jurídico de Guatemala favorece para el desarrollo del proceso de delegación de la guarda y custodia, el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia regula: Los tribunales de familia tienen facultades discrecionales. En donde deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medias que considere pertinentes.

Asimismo, los tribunales de familia están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciaran la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere necesaria la

protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin mas trámite y sin necesidad de prestar garantía.

El objetivo general que se persigue a través del presente trabajo realizado es contribuir al fortalecimiento de la seguridad y protección de los menores en la delegación de guarda y custodia, esto es en virtud de las garantías mínimas de protección que se deben de dar a los menores de edad.

Los supuestos que sirvieron de base para realizar la presente investigación fueron: la guarda y custodia es una investidura jurídica que consiste en el cuidado, protección y vigilancia sobre los menores de edad, en donde la patria potestad se ejerce conjunta o separadamente por los padres del menor de edad, la cual es indelegable, excepto por resolución judicial.

En el capítulo I se encuentra el desarrollo de la institución de la guarda y custodia en cuanto a aspectos generales, objeto y delegación de la misma; y el desarrollo del el proceso de guarda y custodia ante juez de familia de primera instancia; el capítulo II contiene la patria potestad referente a los aspectos generales que sirven de base para considerar la guarda y custodia como un elemento esencia de la misma, la filiación y la diferencia entre la patria potestad y la guarda y custodia; en el capítulo III se estudian los efectos jurídicos de la delegación de la guarda y custodia respecto a la protección de los menores, en donde podemos ver la Ley de Protección a la Niñez y la Adolescencia en rasgos generales, así como las medidas específicas de protección a los menores; en el capítulo IV se realiza el análisis de una sentencia de guarda y custodia, para poder observar la valoración por parte del juez de las pruebas aportadas y los hechos aducidos por las partes en el proceso sometido a la jurisdicción del juez de familia; y en el capítulo V se plantea la necesidad de reformar el Artículo 252 del Código Civil en donde se adicione que la guarda y custodia únicamente sea delegable mediante una resolución emitida por un juez de familia, como un aporte para fortalecer el marco legal de protección integral a los menores de edad.

CAPÍTULO I

1. La guarda y custodia

1.1. Definición

Al definir la institución de la guarda y custodia desde el punto de vista legal encontramos un vacío al respecto, dado que la legislación guatemalteca no brinda una definición exacta de la misma, es por ello que para poder dar una definición adecuada se debe de tomar en cuenta los elementos que proporciona la misma ley, así como las ponencias que los estudiosos del derecho han realizado al respecto.

Empezaremos buscando el significado gramatical de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española nos refiere respecto a la guarda: “Persona que tiene a su cargo la conservación de algo. Acción de guardar, conservar o retener. Y, observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto”.¹

Por otra parte, la palabra custodiar significa “guardar con cuidado y vigilancia”, “acción y efecto de custodiar. Persona o escolta encargada de custodiar a un preso.”²

Jurídicamente, existen diversas opiniones sobre dichos conceptos, así por ejemplo el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del doctor Manuel Ossorio define la guarda como: “Defensa, conservación, cuidado o custodia”.³ Y la custodia como: “Cuidado, vigilancia o protección”⁴

Al consultar el Código Civil de Guatemala, Decreto 106 únicamente encontramos el Artículo 166 que de una forma muy sintetizada aborda la institución de la custodia y cuidado de los menores en el caso de que los padres desearan divorciarse o declarar la

¹ Diccionario de la Real Academia Española versión en línea. (consultado el 12 de marzo del año 2008)
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=guarda

² Ibid. (consultado el 12 de marzo del año 2008)
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=custodia

³ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 462

⁴ Ibid. Pág. 263

separación de ambos cónyuges, en donde el juez solamente por causas graves y motivadas respecto al bienestar de los hijos puede resolver distinto al mutuo acuerdo de los cónyuges respecto a la guarda y custodia.

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

Para Rivero Arhancet⁵ la guarda en sentido amplio comprende: “a) Guarda material o tenencia: inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en la casa, alimentarlo, prestarle cuidados personales, etc.) Y b) Guarda jurídica: derecho de dirigir su educación para el desarrollo intelectual, moral y filosófico, corrección, vigilancia, etc.)”

Desde este punto de vista, la guarda material implica la tenencia física de los hijos, y la implica a tal grado que ambos términos llegan a formar una sola entidad conceptual.

En este sentido el derecho de guarda, consiste medularmente en la relación de proximidad de los padres con los hijos; relación que no debe de entenderse en términos absolutos, pues no se requiere que el hijo esté las 24 horas del día con sus padres, pero tampoco supone que estos puedan abandonar al hijo aunque sea por un breve espacio de tiempo, si con ello ponen en peligro su vida o integridad física.

Respecto la custodia del menor Marcel Planiol y Georges Ripert⁶ definen: “La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto obligarlo a que habite con el, y en caso necesario hacerlo

⁵ Rivero de Arhancet citado por Walter Howard, “**Patria potestad. Representación y administración legales**”, en Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay, tomo 85, julio a diciembre de 1999, p. 289

⁶ Planiol Marcel revisado y corregido por Ripert Georges, **Derecho civil**, volumen 8, paginas 262

regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El menor no emancipado carece de derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando ha cumplido 20 años y se trate de darse de alta en el ejército. Esta obligación del hijo hace que se le atribuya como domicilio legal el domicilio de su padre, puesto que no puede tener otra residencia.

La guarda de los hijos no solo es un derecho de los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse. Actualmente se considera como delito el abandono de un menor. Sin embargo en la práctica ha sido necesario mostrarse tolerante por temor de provocar infanticidios.

Durante mucho tiempo la custodia del hijo se considero como un atributo no cesible de la patria potestad. Los padres que habían abandonado a sus hijos podían reclamarlos posteriormente a la asistencia pública o a las personas caritativas que los hubiesen recogido y educado, todo esto sin estar obligadas a pagar los gastos de educación.

La administración de la asistencia pública hizo esfuerzos vanos para oponerse a estas reivindicaciones tardías, siempre sospechosas y perjudiciales para los hijos; la acción de los padres es imprescriptible. La asistencia hubiera querido obtener la creación de un contrato de desapoderamiento en su favor, que le transfiriese la custodia definitiva del niño”

La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico-mental.

Para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y por tanto, faculta para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos.

Entendemos la custodia del hijo como un atributo que versa sobre la convivencia o comunidad de vida con el hijo, es decir, los hijos deben vivir con sus padres, y a su vez éstos, deben procurarle un recinto o lugar para esa convivencia familiar.

Luego encontramos la asistencia material como el hecho biológico de la procreación que hace surgir la obligación de los padres de alimentar, mantener y educar a sus hijos, obligación, que a la luz de nuestro derecho es por igual para el padre y la madre dependiendo la capacidad económica de los o el obligado.

Otro elemento que integra el concepto de guarda, es la vigilancia, este atributo de la guarda implica una suerte de vigilancia o atención permanente y diligente sobre la persona del hijo que abarca tanto su seguridad, como su salud y su moralidad. La vigilancia implica una supervisión de sus actos y movimientos.

Por último, tenemos el atributo de la orientación moral y educativa de los hijos, donde los padres tienen una facultad educativa sobre sus hijos, donde deben criarlos como seres humanos y conducirlos en el transcurso de la vida hacia la adultez, lo cual abarca muchos aspectos como son la educación intelectual, moral, profesional, cívica, política y religiosa.

Todos estos atributos que tiene la guarda, van en estrecha relación con el poder disciplinario o de orientación que tiene el guardador o los progenitores. Todo esto nos lleva a que los padres o guardadores tienen deberes que cumplir, en la tarea de custodia y educación de sus hijos, ya que en los casos donde los padres tienen residencias separadas, estos deben tener la ardua tarea de relacionarse con sus hijos y así tener relaciones paterno y materno filiales, ya que el hijo debe habitar en el hogar con uno de los padres y desarrollarla para que no afecten el desarrollo intelectual moral y físico.

Por lo tanto en base a todos los elementos recabados anteriormente por la doctrina de los juristas así como lo que establece la ley podemos definir que la guarda y custodia consiste en el conjunto de obligaciones por el cual el padre o la madre que la ejerza o director de una institución de asistencia social, deberá prestar todos los cuidados personales necesarios al menor como lo es la protección, vigilancia física y moral; y atributos parte del que la ejerce respecto a la convivencia o comunidad de vida con el menor de edad.

1.2 Aspectos generales

En el derecho romano, el padre tenía o a él se le otorgaba el control o autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho de privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, atendiendo a casos concretos, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, figura masculina, por infanticidio.

Este poder absoluto ha ido disminuyendo aunque sin desaparecer, pues aun continuamos viviendo en sociedades profundamente patriarcales. Sin embargo, se ha evolucionado al grado de que, en casos de exceso en el derecho a castigar a los hijos, se puede juzgar al padre o a los padres abusivos.

Jeff Atkinson cita que: “Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa”.⁷

⁷ Atkinson, Jeff, **Modern Child Custody Practice**, Nueva York, Kluwer Law Publishers, Inc., 1990, vol. 1, p. 223

La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de sus hijos, salvo que se probará que era incapaz para tenerla, y que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley.

Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la ley y/o en la práctica de la ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete años.

Después de 1900⁸, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres.

Lo anterior no es excepción en el Código Civil a pesar que no se regula aspecto alguno en particular respecto a la guarda y custodia de los hijos, sólo se establecen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la guarda y custodia.

En este sentido las disposiciones consideran que la patria potestad corresponde ejercerla a los progenitores mientras estos sobrevivan en la minoría de edad de los hijos, en su caso el progenitor supérstite; sin embargo, aún cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe una excepción que contempla el Código Civil, en su Artículo 261 que establece: 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 en poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.

⁸ Hardcastle, Gerald W., “**Joint Custody: A family Court, Judge’s Perspective**”, Family Law Quarterly, vol. 32, núm. 1, primavera de 1998, p. 202-204

La custodia tiene diversas modalidades en la doctrina para el autor Jay Floberg⁹ y que son:

- Custodia compartida.
- Custodia concurrente.
- Custodia alternada.
- Custodia dividida.

Todas presentan características particulares que permiten que los padres lleguen a acuerdos, al considerar el interés primordial del menor y las condiciones particulares de cada uno de los padres.

Respecto a lo que regula nuestra legislación encontramos a la custodia única como lo denomina la doctrina la cual consiste en el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos en donde se le atribuye únicamente a uno solo de los padres y al otro se le permite el régimen de visitas y los alimentos.

En este punto, resulta fundamental señalar cómo se ejerce este tipo de custodia. Tiene dos elementos que determinan su naturaleza y que confirman la guarda y custodia para uno de los padres.

El primero de los elementos es lo que se denomina custodia legal, que implica al conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afecten todos los aspectos de la vida del menor. Se refiere a las áreas de más importancia en la toma de decisiones no limitativamente, como por ejemplo, educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia del menor, clases extracurriculares, métodos disciplinarios, permiso para manejar, entre otros.

⁹ Floberg, Jay, **Join Custody and Share Parenting**, Nueva York, The Gilford Press, 1996, p. 6-7

El padre que tenga la custodia legal, será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria, como autorizar una cirugía, independientemente de que se pueda o no contactar al otro padre, o en los permisos, reuniones o asuntos académicos y escolares.

Respecto a la custodia física, se señala que se refiere exclusivamente al tiempo presencial o material que se comparte o se dedica al menor directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado. Obviamente uno de ellos conserva esta custodia permanentemente al tener la custodia provisional o definitiva del menor y el otro la ejercerá durante el tiempo de visitas que goce con el menor, en ejercicio del derecho de convivencia. Es decir, ésta es plena para uno de ellos y/o limitada para el otro en virtud de una resolución o por acuerdo entre los padres.

En el congreso internacional de derecho familiar se destacan generalidades de la guarda y custodia de los hijos menores de edad o con una incapacidad que no les permita valerse por si mismos, como lo es la ponencia realizada por la licenciada Elizabeth González Reguera¹⁰ que al respecto nos refiere que la guarda y custodia: “puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre.

En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quien se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. Solo el juez aprueba y ratifica lo que han acordado ambos, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores.

Los mayores problemas de la separación vienen cuando no existe un acuerdo previo y es el juez quien debe de decidir. En este supuesto se tienen varios factores: no separar a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como los abuelos, la disponibilidad de los padres para poder atenderles mejor o peor, o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada.”

¹⁰ Ibid. (consultado el 16 de marzo del 2008) <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/12.pdf>

Otro de los criterios que debe de tomar en cuenta el juez al delegar la guarda y custodia, y que a menudo resulta el más determinante, es la dedicación que haya tenido cada progenitor hacia el hijo, antes de producirse la separación. Por este motivo es por el que, a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo a la hora de considerar con quien han de quedarse los hijos, la mayoría de las veces de los casos se adjudica a las madres.

Cuando no existe un acuerdo entre las partes, es obligatorio establecer un régimen mínimo y deben de quedar detallados los periodos, días y horas para la recogida, así como quien será la persona que vaya a buscar a los menores.

Tanto si quedan al cargo de de los hijos como sino, los dos cónyuges tienen una serie de derechos y obligaciones con los niños.

Cuando nos referimos a los derechos que corresponden respecto al ejercicio de la guarda y custodia nos encontramos al mismo tiempo con obligaciones que se deben de cumplir, siempre tomando en cuenta que uno de los dos padres no gozará el derecho de convivir permanentemente con sus hijos encontramos las siguientes situaciones:

Los derechos y obligaciones de los progenitores respecto a los hijos:

Con custodia:

A) Derechos:

- 1.- El disfrute diario de los hijos.
- 2.- Tomar las decisiones que afectan a los niños en el día a día.
- 3.- Administrar sus bienes y la pensión alimenticia.

B) Obligaciones:

- 1.- Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesarios.
- 2.- Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas.
- 3.- Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

Sin custodia:

A) Derechos

- 1.- Disfrutar del régimen de visitas acordado.
- 2.- Ser informado de todas las incidencias importantes.
- 3.- Ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario.
- 4.- Acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.

B) Obligaciones

- 1.- Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador (régimen de visitas, pensiones alimenticias...)
- 2.- Velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

En las uniones de hecho:

Los padres pueden pactar lo que consideren oportuno respecto al ejercicio de la guarda y custodia pero en ningún se puede acordar la renuncia al pago de los alimentos de los hijos o que éstos los pague una tercera persona distinta a los progenitores.

Si este pacto no existe, es necesaria la intervención judicial y, salvo excepciones, el juez otorgará a ambos progenitores la patria potestad y la guarda y custodia a aquel con quien conviva el menor. Al otro progenitor se le otorgará un régimen de visitas y

comunicaciones para que pueda tener consigo al menor, generalmente, los fines de semanas alternos y la mitad de los periodos de vacaciones.

En el caso de los hijos cuyos padres no están casados:

Si el hijo fue reconocido sólo por la madre, es ella quien exclusivamente tendrá la patria potestad. Y si el hijo fue reconocido por ambos padres, rige lo señalado anteriormente distinguiendo si sus padres viven juntos o separados.

Si el hijo no está reconocido por su padre y se intenta su reconocimiento a través de un juicio de reclamación de la paternidad, y el padre niega su paternidad, pero luego el juez determina que efectivamente es el padre, éste perderá todos los derechos que le otorga la patria potestad.

El padre y/o la madre que tenga la patria potestad, tendrá los siguientes derechos en cuanto a los bienes de los hijos:

1.-La administración de los bienes del hijo. Para resguardar la seguridad de los bienes raíces del hijo, en el caso que el padre o madre que tenga la patria potestad quiera vender o hipotecar alguno de ellos, necesitará autorización judicial.

2.-La representación del hijo tanto judicial (sea que el hijo es demandante o demandado), como extrajudicial (por ejemplo para firmar contratos.)

3.-El goce de los bienes raíces del hijo, es decir la facultad de usar sus bienes muebles o raíces; como por ejemplo arrendar la casa del hijo y recibir el pago del arriendo mensual.

Y por último, se plantean algunas preguntas muy comunes como si la mujer es la que ha provocado la separación, si puede perder automáticamente la guarda y custodia de sus hijos, así como si carece de medios económicos o por no tener trabajo. No es así ya que normalmente la mujer tendrá la guarda y custodia de los hijos menores y, únicamente, podrá perderla cuando tenga problemas graves de comportamiento: toxicomanía, alcoholismo, etc., o porque lo hayan decidido conjuntamente ambos cónyuges.

Llama la atención que dos de las civilizaciones más antiguas, la mesopotámica¹¹ y la hebrea, reconocieron siempre al padre como jefe de familia, a quien se investía con amplios poderes sobre la persona y los bienes de los hijos. Bíblicamente, el poder del padre sobre los hijos está implícito en el mandamiento honrarás a tu padre y tu madre (Éxodo 20:12); hay un pasaje que lo confirma; nos referimos a la Epístola de San Pablo a los Efesios, concretamente en la parte en la que los exhorta a cumplir con este precepto, advirtiéndoles: Y vosotros, padres, no irritéis con excesivo rigor a vuestros hijos; más educadlos, instruyéndolos según la doctrina del Señor.

En contraste, el derecho romano, edificado sobre la idea del ejercicio del poder y del mando, consecuencia de la estructura militar y aristocrática del estado, concibió a la patria potestad como una institución de derecho civil, por virtud de la cual se le confería al jefe de familia un poder riguroso y absoluto sobre sus descendientes, poder cuyas características eran las siguientes: no se modificaba ni por la edad ni por el matrimonio de los hijos; la autoridad del padre se borraba ante la del abuelo; pertenecía solamente al jefe de familia al cual le estaba dado castigar, vender, abandonar y hasta matar a sus hijos.

Es por ello que debemos de remontarnos a los aspectos históricos del cual se deriva la guarda y custodia como lo es la patria potestad, ya que esta es el medio para tutelar la autoridad del paterfamilia antes que los intereses de los hijos o la esposa. Cabe

¹¹ Cárdenas Camacho, Alejandro, “Alcances de la patria potestad y la custodia”, (consultado el 18 de marzo de 2008) <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-151s.pdf>

señalar, que la potestad del jefe de familia, conforme al derecho romano, perteneció siempre al hombre, no tanto como un reconocimiento a su superioridad física o intelectual, sino como una forma de preservar el culto domestico, pues las hijas, al contraer nupcias renunciaban no solo a su hogar paterno, sino a su credo familiar para asumir el del marido.

Un aspecto importante para fijar el alcance del derecho de guarda, es su delimitación conceptual, lo cual se logra con base en su acepción gramatical y su interpretación sistemática.

La guarda se muestra en este sentido, como la tenencia material de los menores, así lo reconoce incluso un sector de la doctrina que vista mas de cerca se diría que la guarda y custodia se desdobra en una relación de proximidad física entre los padres e hijos, lo suficientemente cercana para posibilitar el cumplimiento de otros deberes como la educación, asistencia, alimentación y vigilancia.

1.2.2 Principios

Al tratar acerca de los principios de la guarda y custodia en este apartado, es preciso preguntarnos si nos referimos a los principios generales del derecho o existen principios propios que sirven de base para la cosmovisión de esta institución parafamiliar.

Según el Diccionario de la Real Academia Española¹² de la Lengua el término *principio* significa, entre otros: “punto que se considera como primero en una extensión o cosa, base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia, causa, origen de algo, cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

¹² Ob. Cit; (consultado el 22 de marzo del 2008)
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=principio

Los principios generales del derecho son máximas o axiomas jurídicos recopilados históricamente; son los dictados de la razón admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones. Según puede observarse, en estos dos puntos de vista, el primero se vincula más a la historia, sin establecer jerarquía ni vinculación con los diversos ordenamientos nacionales; y, en el segundo, se trataría solo de su admisión legal como fundamento inmediato de la ley, sin considerar los principios fijados en ella o en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Asimismo se les ha conceptualizado como normas generales del derecho, expresión concreta del derecho natural, reglas universales de que la razón especulativa se sirve para encontrar soluciones particulares justas y equitativas cual los preceptos del derecho

Como institución del derecho de familia, la guarda y custodia posee principios en que se fundamenta su ejercicio al respecto citamos los siguientes principios que trata en su trabajo de tesis Feliciano Isabel Coxaj Medrano¹³.

“Normas eminentemente proteccionistas:

Este derecho persigue proteger a la familia. El Estado se dio cuenta, hace mucho tiempo, que este grupo de personas era el que mejor satisfacía las necesidades del hombre y que en ella, el ser humano alcanzaba su más grande expresión como ser racional.

Principio de equidad:

El derecho de familia no permite la subordinación entre los miembros de la familia, aunque los vínculos consanguíneos demanden obediencia, ello se debe el cuidado que los mayores prodigan al menor de edad, pero no por ello hay subordinación.

¹³ Ibid. Condiciones de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario, Ediciones Mayte, 2005, pág. 28

El principio moral:

La familia está calcada en el amor, sentimiento que se dispensa entre los miembros de la familia y que no puede ser exigido por nadie. A ninguno puede obligársele a que quiera a su hijo, ala esposa o cualquier otro miembro de la familia, sino que depende totalmente de la moral y éste es incoercible.”

La Doctora Carolina del Carmen Castillo Martínez desarrolla en su trabajo de investigación de el interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar el principio general del *favor minoris* como criterio rector del derecho de familia y su incidencia en la mediación familiar el cual establece lo siguiente: “Superada la clásica configuración romana, como poder determinante de la sujeción al pater familias quien ejercía una suerte de derecho subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, institución en cuyo ámbito habitualmente se plantean las cuestiones en las que se resuelve sobre el interés del menor, se concibe específicamente en interés y beneficio del hijo.

Constatado el principio general del favor minoris, cabría preguntarse por el fundamento de la creciente relevancia conferida a la persona del menor, motivador de la insistente búsqueda de su interés preferente por parte del legislador. Sin duda, como apunté, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo.”¹⁴

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la

¹⁴ Ibid. (consultado el 22 de marzo del 2008) <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>

protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.

Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección

En el ámbito específico de la mediación familiar la consideración del interés del menor como principio general adquiere especial significación, atendida la circunstancia de que el genuino sentido de la mediación apunta a la búsqueda de aquellas soluciones que mejor se adapten a los intereses de las partes en conflicto a través del procedimiento de reconducir el enfrentamiento a sus justos términos, despojando a la controversia, en la medida de lo posible, de toda carga afectiva que suponga un peaje sobreañadido al ya de por sí difícil conflicto humano que se pretende resolver.

Considerando que las partes implicadas serán habitualmente los propios progenitores, cuya condición les aproxima de manera privilegiada a las concretas circunstancias y componentes personales del menor, la mediación familiar beneficiará, de manera esencial, a los hijos menores, pues en cualquier decisión que se adopte siempre deberá prevalecer el interés superior de la familia y el propio del hijo aún sometido a patria potestad.

El principio del favor filii:

El esencial principio del favor filii se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos afectantes a los menores que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos para los hijos, de tal manera que pueden ser limitados o suspendidos

de oficio de concurrir circunstancias que así lo aconsejen, por no imperar con todo rigor en este ámbito el principio de rogación que cederá siempre en beneficio del menor, cuya intervención en el procedimiento está prevista en determinadas condiciones como medio favorecedor de la búsqueda del prevalente interés de aquél.

1.2.3 Objeto

Como desarrollamos en el apartado de la definición de guarda y custodia se puede determinar que el objeto central consiste medularmente en la relación de proximidad de los padres con los hijos; relación que no debe de entenderse en términos absolutos, pues no se requiere que el hijo esté las 24 horas del día con sus padres, pero tampoco supone que estos puedan abandonar al hijo aunque sea por un breve espacio de tiempo, si con ello ponen en peligro su vida o integridad física.

Si analizamos cada elemento que compone la definición que proporcionamos en el presente trabajo encontramos que el fundamento de la guarda y custodia respecto a la persona del menor, se busca en la revalorización de la infancia que emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como un asunto del reconocimiento de su propia dignidad

Además también encontramos que dentro de un proceso de delegación de guarda y custodia el objeto central es la protección del menor frente a condiciones de vida que le ofrezcan garantías mínimas respecto al libre desarrollo intelectual, físico, social y de diversas áreas necesarias para el desarrollo integral del menor.

Al consultar el Código Civil de Guatemala, en su Artículo 166 en donde se aborda la institución de la guarda y custodia de los menores en el caso de que los padres desearan divorciarse o declarar la separación de ambos cónyuges, en donde el juez solamente por causas graves y motivadas respecto al bienestar de los hijos puede resolver distinto al mutuo acuerdo de los cónyuges respecto a la guarda y custodia, es

aquí donde el juez aplica el criterio de el *bienestar* del menor como objeto primordial en la institución de la guarda y custodia.

Cuando el juez ha de aplicar su criterio respecto a la delegación de guarda y custodia no se basa únicamente en los criterios que se hayan de decidir conforme a los hechos planteados y pruebas aportadas dentro del proceso sino que deberá también observar estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores.

1.3 Delegación de guarda y custodia

La delegación de la guarda y custodia en rasgos generales, consiste en la atribución del derecho exclusivo para la tenencia y cuidado del menor a uno de los padres, a una persona individual distinta de los padres o a una institución de asistencia social, cumpliendo con las obligaciones que atribuye dicha institución.

En principio la guarda y custodia como elemento de la institución de la patria potestad no es su finalidad, el de ejercerse separadamente por uno de los padres, o que se dispute su ejercicio ante un juez de familia; ya que cuando observamos el objeto de la guarda y custodia en el apartado anterior, estudiamos que el objeto de la misma se basa en la proximidad del menor con sus padres, es decir que esta institución se desarrolla en el seno de la familia.

Sin embargo dadas las circunstancias adversas que puedan suscitarse en la familia, como lo puede ser el divorcio o la separación de los cónyuges, los malos tratos por parte de uno de los padres o imposibilidad de continuar brindando protección, sustento y garantías mínimas al menor para su eficaz desarrollo en todos los ámbitos de su vida, surge la necesidad de seguir un procedimiento específico para la delegación de la guarda y custodia, que en algunos casos se encuentran regulados en nuestra

legislación y en otros se procede con libertad de forma en virtud de no existir un procedimiento pre-establecido por nuestro ordenamiento jurídico.

En el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 116 referente a los derechos y garantías fundamentales en el proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos regula en su inciso b lo siguiente: No ser abrigado (*el menor de edad*) en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previo a agotar las demás opciones de colocación. Asimismo, no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser internados en instituciones destinadas a adolescentes en conflicto con la ley penal, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que no cumplieren esta disposición.

Atendiendo a las circunstancias en que se pretende delegar la guarda y custodia y/o adquirir el derecho de ejercer la misma, individualizamos los procedimientos que se llevan a cabo por iniciativa de las partes, del juez de familia y/o el Notario publico que interviniere en su caso:

Delegación de la guarda y custodia en el caso de divorcio o separación de los cónyuges:

En el caso de tratarse de un divorcio o separación por voluntad de ambos cónyuges, la delegación de la guarda y custodia se tramitará dentro del mismo proceso; y en este caso es el juez de familia el que aprueba todas las actuaciones o incidencias que se den dentro del proceso, por ello para proceder a declararse con lugar la separación o divorcio de los cónyuges debe de aprobarse por parte del juez el proyecto de convenio de divorcio o separación que presentaron los cónyuges en el memorial inicial.

Lo anterior expuesto lo encontramos regulado en el Artículo 163 del Código Civil que establece lo siguiente: “Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo,

los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes:
1º. A quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio”;...

A pesar de que los cónyuges convienen respecto a quien de ellos ha de quedar confiados los hijos para el ejercicio de la guarda y custodia, queda sujeto dicho convenio a que el juez de familia pueda resolver en forma distinta tal y como lo regula el Artículo 166 del Código Civil que establece: Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos.

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

A continuación transcribimos un proyecto de convenio de bases de divorcio para observar los elementos que contiene el mismo:

Proyecto de convenio de bases de divorcio

I) La hija menor procreada dentro del matrimonio, KARLA ARELY ESPINA PEREZ, quedará confiada a , HARLYN MARISOL PEREZ ALVARADO, quien es su madre, **para su guarda y custodia**, pudiendo el padre verla y relacionarse con ella, los días viernes de quince horas a domingo dieciocho horas, de forma alterna o sea un fin de semana si y uno no;-----

II) Que no se fija Pensión Alimenticia alguna para la cónyuge por renunciar expresamente ella, por contar con medios suficientes para su subsistencia.-----

III) Que en concepto de Alimentos, el señor ENRIQUE EMANUEL ESPINA MALDONADO, se encuentra dando en concepto de Alimentos la cantidad de MIL QUINIENTOS QUETZALES EXACTOS en forma mensual, personal y anticipada sin

necesidad de cobro ni requerimiento alguno, dentro de los primeros cinco días de cada mes, entregándose directamente a la señora HARLYN MARISOL PEREZ ALVARADO, contra presentación de recibo, conforme a la sentencia dictada el día dieciséis de mayo del año dos mil seis, por el JUEZ CUARTO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO DE FAMILIA, en un caso de PENSION ALIMENTICIA IDENTIFICADO CON EL NUMERO F uno guión un mil guión dos mil seis (f1-1000-2006) extremo que se demuestra conforme a fotocopia de la sentencia del caso anteriormente identificado que se adjunta al presente memorial; -----

IV) No existe Patrimonio Conyugal que liquidar por no haber adquirido bienes durante el matrimonio.-----

Disputa de la guarda y custodia por parte de los padres del menor mediante juicio oral ante juez de familia:

Cuando los padres han de disputar el ejercicio de la guarda y custodia de forma exclusiva, deberán atender a la institución del patria potestad ya que, es aquí en donde encontramos un vacío legal respecto a la tramitación de la guarda y custodia específicamente.

Básicamente los cónyuges, en el juicio oral presentan sus argumentos y pruebas para poder adquirir el ejercicio de la guarda y custodia exclusiva, pero antes de ello deberá llevarse a cabo la fase de conciliación en donde muchas veces resulta ser una buena opción para el menor ya que ambos padres llegan a un acuerdo en donde el padre que no sea favorecido con el ejercicio de la guarda y custodia, podrá visitar a su hijo el día en que se hayan puesto de acuerdo en la conciliación.

De no llegar a un acuerdo en la fase de conciliación, el proceso continúa su trámite en donde al emitir la respectiva sentencia, no implica únicamente el considerar las pruebas que aporten las partes procesales para demostrar su capacidad para el cuidado del menor, dado que el juzgador debe de observar ante todo el bienestar general del menor de edad.

Delegación de la guarda y custodia de forma voluntaria a una institución de asistencia social:

Esta situación se da en casos en que los padres tienen un hogar muy inestable en sus relaciones como familia, o ya sea que existan limitaciones económicas que impidan dar el sostenimiento mínimo a los hijos menores, encontrando como opción más favorable que garantice el futuro de sus hijos, el entregar la guarda y custodia a una institución de asistencia social.

La forma en que se realiza esta delegación de la guarda y custodia se realiza regularmente ante un notario público que formaliza el acto a través de un instrumento público que puede ser una escritura pública o una acta, pero acá es donde muchas veces no se observan otras opciones que beneficiarían al menor como el delegar la guarda y custodia a un familiar cercano de los padres del menor que le podrían brindar un hogar estable en donde se den las condiciones favorables para el desarrollo integral en sus diferentes áreas como persona.

Más adelante se desarrollarán los efectos jurídicos que produce referente a la delegación de la guarda y custodia en instituciones de asistencia social.

Delegación de la guarda y custodia de forma voluntaria a personas individuales distintas de los padres:

La delegación de guarda y custodia a personas individuales se da en casos similares al anteriormente desarrollado, con la diferencia de que en estos casos se otorga la guarda y custodia en varios casos, para iniciar el proceso de adopción.

En este caso nos damos cuenta que la delegación se otorga de una manera en la cual se puede poner en riesgo la seguridad y protección de los menores ya que no se analizan ciertas condiciones mínimas que debería de tener el nuevo guardador y cuidador del menor.

A continuación transcribimos un acta de delegación de guarda y custodia a una persona individual:

En la ciudad de Guatemala, el cinco de julio del año dos mil siete, siendo las doce hora en punto, Yo, el Infrascrito Notario, a requerimiento de la señora MIRNA CORINA PÉREZ PÉREZ, quien por no ser de mi conocimiento se identifica con la Cédula de Vecindad número de Orden E guión cinco y registro ciento treinta mil trescientos, (E-5 130300) extendida por el Alcalde Municipal de Escuintla, departamento de Escuintla; documentos de identificación que tengo a la vista y en el momento devuelvo. Me constituyo en el Bufete Notarial situado en la séptima calle siete guión doce, zona uno, Edificio Panamericano, oficina cuatrocientos uno, de esta ciudad capital, con el objeto de hacer constar los hechos y circunstancias que adelante se indican, procediéndose de la siguiente manera: **PRIMERA:** Presente además la requirente, se encuentra a la señora YOSELIN KATERIN DOMINGUEZ ALVARADO, de cuarenta y cinco años de edad, soltera, guatemalteca, ama de casa, de este domicilio, con residencia en la quince calle dieciocho guión doce, zona 12, ciudad de Guatemala, se identifica con la cédula de vecindad número de orden R guión diecinueve y de registro sesenta y ocho mil trescientos (R-19 68300), extendida por el Alcalde Municipal de Zacapa, departamento de Zacapa. **SEGUNDO:** La requirente me manifiesta **BAJO JURAMENTO SOLEMNE** que de conformidad con la ley hago, que su nombre completo es como quedó anteriormente indicado, que tiene veintiséis años de edad, soltera, guatemalteca, ama de casa, de este domicilio, con residencia actual en el lote cuatrocientos veintiséis, de la Colonia Valles de los Altos, zona veintiuno de esta ciudad, que es madre biológica del menor de nombre **Juan Carlos Pérez Pérez**, quién nació el día **doce de marzo del año dos mil ocho**, dicho nacimiento quedó debidamente inscrito en el Registro Civil de la Municipalidad de Guatemala, Departamento de Guatemala, bajo la partida de nacimiento número **DOSCIENTOS (200)**, folio **TRESCIENTOS (300)**, del libro **OCHOCIENTOS (800)** de Nacimientos, tal y como lo comprueba con la boleta de nacimiento extendida por dicho Registro Civil. **TERCERO:** Agrega la requirente, que por este acto hace constar su **CONSENTIMIENTO EXPRESO EN DAR EN ADOPCIÓN, a su menor hijo Juan**

Carlos Pérez Pérez, por lo que por el presente acto **DELEGA** expresamente a la Señora YOSELIN KATERIN DOMINGUEZ ALVARADO, el ejercicio de la guarda y custodia de su menor hijo para que durante el tiempo que duren los trámites legales de la adopción ella ejerza la guarda y custodia de su hijo menor. Durante dicho lapso de tiempo el mencionado menor permanecerá bajo la guarda y cuidado en la residencia o en el lugar que elija la señora YOSELIN KATERIN DOMINGUEZ ALVARADO que considere mas adecuado para la salud y desarrollo físico o intelectual del menor. Autoriza asimismo a la guardadora para que prodigue a su hijo de todos los cuidados médicos que sean necesarios y escoja al médico tratante que considere adecuado para la eventualidad que el menor padezca quebrantos de salud o para que se le administren las vacunas médicamente atinentes. **CUARTO:** Por su parte la señora YOSELIN KATERIN DOMINGUEZ ALVARADO manifiesta que está enterada de lo manifestado por la señora MIRNA CORINA PÉREZ PÉREZ, y acepta la guarda y custodia delegada a su persona del menor mencionado mientras duren dichos trámites. No habiendo nada más que hacer constar se da por terminada la presente acta notarial en el mismo lugar y fecha de su inicio, siendo las doce horas con treinta minutos, la cual se encuentra contenida en esta única hoja de papel bond, la cual previa lectura que se le hace a las requirentes, la ratifican, aceptan y firman MIRNA CORINA PÉREZ PÉREZ y YOSELIN KATERIN DOMINGUEZ ALVARADO, junto con el Infrascrito Notario que de todo lo relacionado DA FE.

Firma de la requirente.

ANTE MÍ:

FIRMA Y SELLO DEL NOTARIO

1.4 El proceso de guarda y custodia ante juez de familia de primera instancia

Al estudiar el proceso de guarda y custodia podríamos definirlo como: el conjunto o serie de etapas procesales que se realizan con el fin de delegar la guarda y custodia de un menor a uno de los padres o a una institución de asistencia social.

El Artículo 1º. De la Ley de Tribunales de Familia establece: “Se instituyen los tribunales de familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a familia.”

El Artículo 2º. De la ley anteriormente citada es mas especifica al regular los asuntos que regula dicha ley la cual establece: “Corresponden a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera sea la cuantía, relacionados con los alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.”

Las instituciones de derecho de familia que regula el Artículo 2º. De la ley de tribunales de familia son de jurisdicción privativa en virtud que únicamente estos organismos jurisdiccionales podrán conocer de los asuntos antes consignados tal y como lo regula el Artículo 8º. De la Ley de Tribunales de Familia, mismo artículo que estipula que: “En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los tribunales de familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el capítulo II del título II del libro II del Código Procesal Civil y Mercantil.”

Atendiendo a que en el proceso de guarda y custodia ante juez de primera instancia de familia se rige bajo el procedimiento del juicio oral, debemos de tomar en cuenta que no solo se tramita mediante un juicio oral, ya que en el caso de tramitarse un divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, en el proyecto de convenio de bases de divorcio se ha de contemplar a quien de los cónyuges quedará delegada la guarda y custodia del menor, debiendo el juez autorizar el mismo proyecto de convenio de bases

de divorcio; si se ajusta a las garantías mínimas para el menor el cual se tramita en un juicio voluntario de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges; también encontramos el caso de llevarse a cabo el divorcio por voluntad de uno de los cónyuges mediante un juicio ordinario en el que también el juez deberá de decidir a quien quedaran confiados los hijos para la guarda y custodia.

De las garantías que encontramos en el desarrollo del proceso de delegación de la guarda y custodia encontramos que el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia regula: “Los tribunales de familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil den las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medias que considere pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciaran la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía.”

Cuando existe conflicto entre los padres del menor respecto al ejercicio de la guarda y custodia de forma exclusiva, el asunto se pondrá a disposición de un juez de familia, ya que la institución de la guarda y custodia se tramita como patria potestad mediante el procedimiento que regula la Ley de Tribunales de Familia, Decreto 206, en su Artículo 8; el cual corresponde a un juicio oral.

Al presentar la demanda cualquiera de los cónyuges, si la misma se ajusta a las prescripciones legales, es decir que cumple con todos los requisitos legales el juez señalará día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral, previniéndolas presentar sus pruebas en la audiencia, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía de la que no compareciere.

En el momento de comparecer las partes a juicio oral, se da la fase de conciliación; la cual se da de forma obligatoria, en donde el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuanímes de conciliación y aprobará cualquier arreglo en que convinieren siempre que se atienda a las garantías mínimas de protección del menor de edad.

Esta fase de la conciliación es importante dentro del proceso de disputa de la guarda y custodia ya que, es aquí en donde puede llegarse a un acuerdo entre las partes en donde interviene el juez; pero lo más importante de todo es que se observan los intereses del menor y de esta manera finaliza el juicio oral.

En el capítulo IV del presente trabajo de tesis, analizamos una sentencia emanada por el juzgado cuarto de primera instancia del ramo de familia, del departamento de Guatemala, en donde se promueve un juicio oral de guarda y custodia, el que podemos notar los medios de prueba aportados por las partes para poder solicitar que se le delegue la guarda y custodia, y la forma en que el juez de familia valoró las pruebas aportadas dentro del proceso.

CAPÍTULO II

2. La patria potestad

2.1 Definición

En nuestra legislación guatemalteca encontramos claramente regulada la institución de la patria potestad; sin embargo al consultar el Código Civil en el Libro I que regula de *las personas y de la familia*, específicamente en el Capítulo VII, no se haya una definición específica respecto a la patria potestad, pero si se proporciona los elementos que componen dicha definición.

En el Artículo 252 del Decreto 106, Código Civil, respecto a la patria potestad se desarrolla a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, regulando expresamente: En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

Respecto a otros elementos que podemos encontrar en el Código Civil encontramos las obligaciones que deberán cumplir ambos padres, regulado en el Artículo 253 que literalmente cita: “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 de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad.”

En caso de la actuación del menor de edad en el mundo jurídico, se desarrolla la representación del menor en el Artículo 254 que regula: “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.”

La patria potestad podemos definirla como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que se le atribuye por la ley, a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal período. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación.

En consecuencia, no es renunciable ni transferible, ya que voluntariamente el que la tiene padre, madre, abuelos no pueden cederla a nadie, tampoco es prescriptible, ya que el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus funciones a quien la tiene por ello en la actualidad la patria potestad debe ejercerse por igual y en forma compartida tanto por el padre o, en ocasiones, de manera exclusiva por alguno de los dos.

Al consultar el Diccionario de la Real Academia Española nos refiere respecto a la patria potestad: “Conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados.”¹⁵

Esta es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Se considera un poder concedido a los ascendientes como medio para cumplir con sus deberes respecto a la guarda, custodia y educación de sus descendientes, por ello, se equipara a una función pública; en nuestros días puede considerarse como una sumisión de los padres a las necesidades de los hijos y de la sociedad.

Son sujetos activos de la patria potestad los que deben desempeñar el cargo. En este caso son el padre y la madre y, a falta de ambos, los ascendientes en segundo grado,

¹⁵ Ob. Cit., (consultado el 27 de marzo del 2008)
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=%20potestad

en el orden que determine el juez de lo familiar, de acuerdo con las circunstancias del caso, tomando en consideración el interés superior del menor. En cambio, son sujetos pasivos aquellos sobre quienes recae el desempeño del cargo, los que se encuentran en situación de subordinación, es decir, los descendientes menores de dieciocho años no emancipados.

La patria potestad tal y como se ha entendido en la doctrina, es un conjunto de derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de la filiación, lo cual implica, fuerza es reconocerlo, el ejercicio de un poder de un padre sobre sus hijos, aunque cada vez más limitado en cuanto a su extensión y contenido.

Una de las definiciones más completas de patria potestad, es la que concibe Julio J. López del Carril: “El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar su función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.”¹⁶

En este mismo sentido el maestro Ignacio Galindo Garfias la define como:

“Una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de los hijos nacidos dentro del matrimonio, de los hijos habidos fuera del él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación.”¹⁷

2.2 Aspectos Generales

Como ya desarrollamos anteriormente, la institución de la patria potestad se encuentra regulada en el, Decreto 106, Código Civil en el Libro I que regula de *las personas y de la familia*, específicamente en el capítulo VII del Artículo 252 al Artículo 277 donde podemos desglosar las siguientes generalidades respecto a la patria potestad:

¹⁶ Castán Vázquez citado por Julio J. López del Carril, **Derecho de familia**, p. 332.

¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, p. 669

Deberes y derechos en el ejercicio de la patria potestad

A) Los padres en el ejercicio de la patria potestad deberán:

- ✓ Velar por los hijos y tenerlos en su compañía.
- ✓ Alimentarlos, en sentido general de satisfacción de todas las necesidades. En los casos de separación o divorcio, la sentencia determinará la contribución de cada cónyuge.
- ✓ Educarlos y procurarles una formación integral.

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores y la administración de sus bienes, tal y como lo regula el Artículo 254 del Código Civil.

Los padres no administrarán:

Los bienes adquiridos por título gratuito, por ejemplo por donación, herencia, cuando el testador o donante así lo hubieran ordenado de forma expresa.

Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto, por el otro progenitor o por un administrador nombrado judicialmente.

También se excluirá la administración si el juez lo hubiera determinado para salvar los bienes de una administración peligrosa de los padres.

B) Los hijos tienen también una serie de derechos y obligaciones que cumplir con respecto a sus padres, de entre los cuales cabe destacar los siguientes:

Los hijos tienen el derecho a ser oídos, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Los hijos tienen derecho a relacionarse con sus padres, abuelos y demás parientes. No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias.

Los hijos tienen la obligación de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre.

Los hijos deben contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, en la medida de sus posibilidades y mientras convivan con ella.

Cuándo finaliza la patria potestad

El código civil contempla diversas situaciones que dan lugar a la extinción o pérdida de la patria potestad específicamente regulado en el Artículo 274 que establece: La patria potestad se pierde:

1º. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;

2º. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;

3º. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;

4º. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y

5º. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.”

Doctrinariamente la extinción del ejercicio de la patria potestad se da por las siguientes causas¹⁸:

Por extinción automática

Existen varias causas por las cuales se produce una extinción automática de la patria potestad, siendo éstas las siguientes:

- ✓ Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres.
- ✓ Por la muerte o la declaración de fallecimiento del hijo.
- ✓ La emancipación del hijo.
- ✓ La adopción del hijo.

¹⁸ Hinestrosa, Fernando. Hacia un derecho de familia del siglo XXI.

Por privación total o parcial de la patria potestad

Existen además otras causas por las cuales los padres pueden ser privados de la patria potestad, bien de forma total o bien de forma parcial. Dichas causas son las siguientes:

Por sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma

Esta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, un ejemplo de los mismos es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas para con los hijos.

Por sentencia dictada en causa criminal

Es importante tener en cuenta que el tribunal supremo ha declarado que la mera condena a pena privativa de libertad no es causa de privación de la patria potestad, pues este dato por sí sólo no indica de forma inequívoca que el condenado sea un mal padre o madre.

Además, hemos de tener en cuenta que el propio Código Civil prevé expresamente que, en los casos de imposibilidad de ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores, o en el caso de que los cónyuges vivan separados, la patria potestad deberá ser ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan.

Será por tanto la condena por la comisión de determinados delitos que evidencien una personalidad o conducta inadecuada para atender al cuidado y educación de los hijos (ejemplo: haber sido condenado por corrupción de menores, malos tratos a los hijos...) la que conlleve la extinción de la patria potestad.

Por sentencia dictada en causa matrimonial

En un proceso de separación o de divorcio uno de los progenitores puede ser privado de la patria potestad. La privación de la patria potestad sólo puede ser acordada por la autoridad judicial mediante la correspondiente sentencia.

Recuperación de la patria potestad

Es importante señalar que la Ley prevé la posibilidad de recuperar la patria potestad. En este sentido, los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.

Al igual que otras instituciones de nuestro derecho vigente, la patria potestad encuentra sus orígenes en el derecho romano, en donde es ejercida por el pater como persona sui juris. Excluye de su ejercicio a las mujeres que pertenecen al grupo familiar, es una autoridad en sus principios absoluta, vitalicia. Para ejercer sus funciones de autoridad suprema dentro del grupo familiar, el pater familias se halla investido de un poder que respecto a la mujer era la manu y respecto a ese poder era la patria potestad.

En cuanto a los esclavos que también eran parte del grupo familiar, la autoridad del jefe de familia era ejercida por medio del *mancipium*. Esta autoridad dictatorial absoluta, que en los orígenes se atribuía al *pater familias*, durante el desenvolvimiento del derecho romano fue suavizándose a través de los siglos.

En todo grupo humano suele haber un poder de dirección para cumplir su cometido, encargado de armonizar y unificar la variedad que el mismo grupo implica.

En la relación paterno-filial, constituida y regulada jurídicamente, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común.

Este principio rector está representado por la patria potestad, que puede ser definida como la relación jurídica establecida de los padres hacia sus hijos, generadora de recíprocos deberes y derechos en consideración a las funciones que ejerce para proteger la prole.

El desarrollo de la sociedad y del derecho han demostrado que la patria potestad, como relación de los padres con los hijos, no concluye con la misma minoría de edad.

En la doctrina hay frecuentes referencias al cese de la patria potestad con la emancipación, que lo habilita como mayor, no obstante el emancipado puede estar sometido a patria potestad.

Pueblos antiguos:

La institución es entendida en sentido absoluto y despótico en los pueblos primitivos del medio oriente, en Grecia y en Roma, donde cada familia constituía un estado propio y el jefe asumía todos los poderes, atributos y facultades de la máxima autoridad política.

Época intermedia:

Quiebra el sentido despótico de la patria potestad y se inicia una notable suavización del sistema.

Ello está motivado por:

- ✓ Una crisis profunda de matiz religioso y político de la patria potestad a finales del imperio romano.
- ✓ Con las leyes visigodas se consolida el despojo al paterfamilias, que prohíben la venta, donación o dación en prenda de los hijos.

- ✓ El fuero juzgo autoriza el ejercicio de la patria potestad por la madre si fallece el padre o de conjunto con él (fuero de cuenca).
- ✓ La influencia del derecho germánico determinó el carácter meramente temporal que tiene el padre sobre los hijos, siendo notoria la influencia de la emancipatio iuris germanici, que permite al hijo una vida económica independiente y plena emancipación por el matrimonio (Leyes de Toro).

Tiempos modernos:

Domina el criterio fundamental que la patria potestad es una función que el Estado reconoce a los padres hacia los hijos, en beneficio de éstos.

Los sujetos de la patria potestad pueden ser activos y pasivos y dependen de la clase de filiación que exista. Pudiera ser legítima, legitimada, ilegítima y adoptiva.

-En las sociedades primitivas hubo filiación uterina.

-En el talmud (derecho hebreo) se dice: Todos los deberes que son necesarios cumplir para con un hijo incumben al padre y no a la madre.

-El derecho romano no concedió participación a la mujer en la patria potestad.

-El derecho germánico evolucionó del poder absoluto del hombre a la coparticipación.

-El derecho musulmán, a pesar de las reformas de Mahoma, en el Corán proclamó la superioridad del hombre, y se habla de la patria potestad, pero como una gallina cuidando a sus pollitos, sin igualdad de poderes con el hombre.

-El cristianismo dignificó la maternidad en la obra de redención de la santísima virgen que al responder al Ángel Gabriel quedó constituida de hecho en madre de Dios.

Contenido y ejercicio de la patria potestad:

El contenido de la patria potestad es el eje esencial de las relaciones paterno filiales, que constituye un deber que no puede ser objeto de excusa y que el Estado exige que se ejerza adecuadamente.

Es una obligación de carácter personal (intransferible) que no puede realizarse por medio de terceros.

Su contenido puede ser personal (deberes y facultades) y patrimonial (actos de administración).

Personal: representación de los hijos (personal y patrimonial); función educativa; función de alimentación; guarda y cuidado (protegerlo, cuidarlo, dirigir su conducta); reprenderlo y corregirlo, y proporcionarle medios para su correcto desenvolvimiento en áreas como la intelectual, física y moral.

Patrimonial: administración; compra-venta; permuta; usufructo y representación en actos jurídicos.

En ambas funciones existe el control estatal, entre otros por el fiscal y el tribunal.

La patria potestad representa una obligación positiva de tracto continuo.

La patria potestad comprende también deberes del hijo como el respeto, la consideración, la obediencia y la ayuda. De los efectos personales que se derivan de la patria potestad podemos mencionar:

La guarda, el hijo sujeto a la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o resolución judicial. El domicilio de los hijos sujetos a la patria potestad es el de sus padres a quien se encuentra sujeto el menor.

Educación conveniente, incluyendo la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo.

Representación, supliendo la incapacidad del menor, en la celebración de todo acto o contrato que el hijo no puede llevar a cabo por falta de la capacidad de ejercicio.

En cuanto a los efectos patrimoniales encontramos los siguientes:

La administración de los bienes del menor, excepto cuando se trate de bienes dejados en testamento en cuyo caso se estará en cuanto a lo que disponga el mismo.

Los que ejercen la patria potestad no pueden salvo autorización judicial donar, vender, o hipotecar los bienes del menor y solo en caso de absoluta necesidad o de evidente beneficio; tampoco podrá dar en arrendamiento bienes del menor por mas de tres años, ni recibir renta anticipada por mas de un año.

Los menores tienen la propiedad, administración y usufructo de los bienes que adquieran por su trabajo, mientras se encuentren sujetos a la patria potestad o tutela.

Tal es el reducto histórico de lo que en un principio fue la institución patriarcal la cual conforme fue evolucionando se ha entendido conforme a la doctrina como el conjunto de derechos y obligaciones que nacen a partir de una relación de filiación.

La patria potestad perfila su génesis, en el mundo perdido que organizo la civilización con los albores de la vida humana, como lo conocemos hoy y como se comprueba con los descubrimientos arqueológicos que datan de entre los 18,000 22,000 años A. C.

Según refiere la autora Riane Eisler¹⁹ hallazgos con los que se identifica los periodos del Paleolítico, el Neolítico, y de la Europa Antigua; que resultan divisiones historias en las que se señalan distintos aspectos del desarrollo de las sociedades primitivas.

Comenta la autora anteriormente citada que las excavaciones de los arqueólogos realizadas tanto en Europa Orienta y Occidental como en Siberia a fines del siglo XX, han producido un cambio gradual en la interpretación de las manifestaciones tanto recientes como antiguas de las pinturas y grabados rupestres, en los que se manifiesta una expresión cercana a una forma de religión primitiva, en la que lo femenino desarrollaba una posición central y preponderante al considerar que la vida se genera en el cuerpo de las mujeres y que, estas se relacionan tanto con las estaciones climáticas como con la luna, las cuales se encuentran igualmente regida por ciclos; por lo que los hombres primitivos, sustentaban el mundo bajo la forma de la mujer, ya que reconocían en ella, el factor que daba la vida y por ello se le veneraba y consideraba como un alto valor dentro de la sociedad.

Evidentemente podemos deducir según la historia, que fue lo femenino el móvil de la organización familiar, y la mujer el centro de la misma; analizando los distintos modelos de organización social de la antigüedad y destacando que la vida humana

2.3 La guarda y custodia como elemento esencial de la patria potestad

La guarda y custodia son figuras derivadas de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

Dado lo que se ha desarrollado en el presente trabajo de tesis, podemos afirmar que la guarda y custodia que se ejerce sobre un menor, son derecho con vida propia, es decir

¹⁹ Eisler Riane, El cáliz y la espada. La mujer como fuerza en la historia, pág. 17

que pueden sustraerse de la patria potestad, sin que ésta necesariamente se pierda, lo cual se puede notar en los supuesto desarrollados en el apartado de la guarda y custodia en donde doctrinariamente se da la guarda administrativa, custodia de hecho o separación de los padres; hipótesis en la cual la patria potestad subsiste en sus términos con independencia de que no se tengan los derechos de ejercicio de la guarda y custodia.

La ley señala, que el domicilio del menor de edad, es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; se trata por tanto, de un domicilio legal tal y como lo estipula el Artículo 37 del Código Civil, luego el domicilio de quienes ejercen la patria potestad no puede ser otro lugar que en el donde residen habitualmente.

Es importante resaltar que este derecho del menor de edad, que es el de tener un lugar donde habitar, es un elemento muy importante de la patria potestad, por cuanto sirve de fundamento al ejercicio de la guarda y custodia.

Esta conclusión nos permite arribar a otra de mayor alcance, como lo es que la residencia del menor es el hecho generador o causa próxima de la tenencia de los hijos, tenencia que a su vez constituye el elemento material del derecho de ejercitar la guarda y custodia.

La residencia del menor, que no es sino el vínculo de hecho que lo une con la casa paterna, es lo que hace posible no sólo la tenencia física de los hijos, la relación directa con su persona, sino el cumplimiento de los demás deberes de los padres, especialmente de los relativos a su cuidado y protección.

Un aspecto importante para fijar la guarda y custodia como un elemento esencial de la patria potestad, es su delimitación conceptual, lo cual se logra citando su interpretación gramatical y sistemática.

La guarda se muestra en ese sentido, como la tenencia material de los menores de edad, como lo reconoce la doctrina, que viéndola mas de cerca, se puede decir que la guarda consisten en una relación de proximidad física entre padres e hijos, lo suficientemente cercana para posibilitar el cumplimiento con los deberes como los educación, alimentación y vigilancia; cumplimiento que ha de darse de forma habitual, según se ha dicho.

La custodia, por su parte, debe de entenderse como el deber de vigilancia del menor. Su alcance puede y debe delimitarse con base al concepto *culpa in vigilando*, aplicada en la responsabilidad civil por hechos de tercero.

Por otra parte, debe decirse que tanto la guarda como la custodia, son derechos que pueden subsistir con independencia de la patria potestad, lo cual se comprueba a través de la figuras, como la custodia de hecho, o bien en hipótesis como la del divorcio voluntario la separación voluntaria de los padres; supuestos normativos en los que uno de los progenitores puede conservar la patria potestad sin tener necesariamente el ejercicio de la guarda y custodia del menor de edad.

2.4 La filiación

La filiación es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco. De ahí que por filiación jurídica deba entenderse en su sentido amplio la relación creada entre los progenitores, padre y madre, y sus descendientes, que forman el núcleo social primario de la familia, a quienes la ley atribuye derechos, deberes y obligaciones.

“La paternidad y la filiación jurídicas se basan en la filiación biológica, pues de ella se toman las presunciones e indicios para establecer tales vínculos.”²⁰ Ahora bien, no siempre coincide la filiación biológica con la jurídica, pues biológicamente no puede

²⁰ Baquerio Rojas, Edgar, Derecho de Familia. Pág. 227-228.

haber hijos sin padre y madre, sin embargo desde la perspectiva jurídica sí, ya sea porque los padres se desconozcan o porque no se cumplieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.

Recordemos que la segunda fuente del derecho de familia es la procreación o acto de concebir a un nuevo ser; es decir que una pareja (hombre y mujer) por unión sexual o reproducción asistida tiene un hijo, lo que genera un vínculo biológico y jurídico entre los progenitores padre y madre y el hijo de ambos.

En el ámbito jurídico, este vínculo recibe el nombre de paternidad o maternidad cuando es visto desde el lado de los progenitores (relación jurídica entre padre/madre y sus hijos). La maternidad ha quedado incluida en el concepto paternidad. Dicho vínculo recibe el nombre de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo (relación jurídica de los hijos con su padre y madre).

A lo largo de la historia del derecho de familia, los efectos de los distintos tipos de filiación que se han llegado a establecer, de conformidad con su origen, han sido diferentes. Por ejemplos, en materia de sucesión los derechos de los hijos no siempre han sido iguales los hijos nacidos de matrimonio que los nacidos de otras uniones, como tampoco las relaciones con las familias de sus progenitores.

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial.

La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva. La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.

Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este código establece, o bien se

determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido. En los demás casos, la filiación es no matrimonial.

La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo. No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal.

Para la licenciada María Josefa Méndez Costa²¹ la filiación es: “El estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del proceso y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los deberes y derechos que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquel. Tradicionalmente se le conceptúa como el vínculo jurídico o el lazo de parentesco que une al padre con el hijo”.

La ley organiza los derechos y obligaciones paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos jurídicos completan la juridicidad del hecho biológico, ya primordial dado que marca el comiendo de la existencia de la persona. La determinación legal de los efectos mentados obedece a inexcusables exigencias de orden social que reclaman la regulación por el derecho positivo de consecuencias que le son anteriores y definitorias pues nacen y reposan en el derecho natural.

“El cristianismo influyo grandemente para mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales al subrayar la filiación divina de todos los hijos de Dios, sin perjuicio

²¹ Méndez Costa, María Josefa, La filiación, (consultado el 9 de abril del 2008)
<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1413/2.pdf>.

de destacar el valor temporal y sobrenatural del matrimonio, entendiéndose que si, por derecho natural, todos los hombres nacen iguales, la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos está preestablecido por normas morales que regulan las normas morales que regulan la conducta humana y no se rige exclusivamente por la aquél, sino que caben aspectos que el derecho positivo debe prever con miras al bien común.”²²

En el derecho histórico español, los hijos ilegítimos eran los concebidos fuera del matrimonio y se clasificaban en distintas categorías cuyos conceptos figuran o deducen de las partidas 4 y 6, *naturales*, nacidos de barragana, esto es, de concubina que debía de ser una sola y no de virgen, ni viuda honesta, y de hombre soltero que a la época de la concepción pudiese casarse con ella; *forneçinos* nacidos de una relación entre parientes o de una mujer ligada con voto de castidad; *manceres o spurii*, nacidos de prostituta.

La filiación se da a lo largo de la historia del derecho de familia, produciendo efectos de los distintos tipos de filiación que se han llegado a establecer, han sido diferentes como es el caso en materia de sucesión los derechos de los hijos no siempre han sido iguales los de los hijos nacidos de matrimonio que los nacidos de otras uniones, como tampoco las relaciones con las familias de sus progenitores.

El concepto de hijo natural fue modificado por la ley 11 *de Toro* que pasó a la nueva y a la novísima recopilación, comprendiéndose en esta categoría a todos los padres de los hijos que a la época de concepción del hijo o de su nacimiento, hubieran podido casarse sin dispensa, siempre que el padre los reconociera. En general, los hijos naturales tenían derecho a alimentos si habían sido reconocidos y podían ser legitimados.

La investigación de la paternidad fue rehusada en casi todas las legislaciones hasta el siglo pasado, con excepciones de Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Austria, Prusia.

²² Iribarne, Ramón, La filiación legítima e ilegítima, pág. 120.

En el transcurso del siglo XX, especialmente en el transcurso de los segundos cincuenta años, un intenso movimiento favorable a la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, se ha definido prácticamente en todas las naciones del mundo, eliminándose en gran medida la diferenciación resultante de la situación legal de los progenitores

2.5 Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia

La patria potestad comprende una doble vertiente de derechos y de obligaciones, los cuales deben conjugarse para procurar el beneficio de los menores sometidos a dicha potestad, y ello debe tenerse muy presente dado que existe una creencia generalizada de que el ejercicio de la patria potestad es una prerrogativa de los progenitores (por la que, a menudo, se pleitea en los tribunales) cuando lo cierto es que, como todo derecho, lleva aparejado el cumplimiento de una serie de obligaciones, obligaciones que, en este caso, van dirigidas a proporcionar al menor sometido a potestad aquellos cuidados físicos, materiales y emocionales necesarios para conseguir un desarrollo equilibrado y ajustado, por tanto entre estos deberes nos encontramos con que los progenitores deben alimentar, educar, cuidar, convivir, respetar, administrar los bienes de los hijos sometidos a patria potestad, de ahí que la patria potestad se configura como un derecho-deber.

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores ha sido a lo largo de estos años, una de las cuestiones centrales en los supuestos de crisis de pareja, tanto matrimoniales (separación, nulidad y divorcio) como no matrimoniales. Principalmente, supone la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos, y en definitiva, permitiendo al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes. En la práctica, y como consecuencia indisolublemente unida a lo anterior, el cónyuge beneficiario de la custodia, lo será también en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere, a lo que habrá que sumar el carácter de acreedor de la pensión de alimentos.

Estableciendo las diferencias sustanciales entre ambas instituciones, encontramos que la patria potestad sus funciones principales consisten en la representación y la administración del menor; mientras que la guarda y custodia tiene como funciones principales la vigilancia y protección del menor.

Entre otras diferencias, encontramos la siguiente clasificación que realizamos:

Respecto al ejercicio:

La patria potestad se ejerce exclusivamente por ambos progenitores, de forma separada o conjuntamente; en el caso de la guarda y custodia en caso de ruptura del vínculo matrimonial, se ejerce por parte de uno solo de los progenitores, también puede ser delegada a personas individuales distintas de los padres o a instituciones de asistencia social.

En cuanto a su naturaleza:

La institución de la patria potestad consiste en el conjunto de derechos y deberes entre los padres y los hijos; y la guarda y custodia comprende las facultades que se derivan de la patria potestad atribuidas a uno de los padres del menor o a una institución de asistencia social.

CAPÍTULO III

3. Efectos jurídicos de la delegación de guarda y custodia respecto a la protección de los menores

3.1 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Referente a los efectos jurídicos que produce la delegación de la guarda y custodia encontramos un marco jurídico específico que ha sido creado con la finalidad de que se garantice el cuidado y protección efectiva de los menores, es por ello que se creó el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, denominada, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, aprobado el día cuatro de junio del año dos mil tres, sancionado por el presidente de la república el día quince de julio del año dos mil tres y publicado en el Diario Oficial el día dieciocho de julio del año dos mil tres.

La aprobación de dicha ley, se dio en virtud del Artículo cuarto de la Convención Sobre los Derechos de la Niñez, que nos refiere que los Estados Partes, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, es necesario impulsar una agenda legislativa por la niñez y la adolescencia que representa un gran desafío para el Congreso de la República y la sociedad civil.

Esta agenda legislativa debería de incluir reformas al Código Penal en los temas de explotación sexual, maltrato infantil y violencia intrafamiliar; poner en vigencia la Convención de la Haya en materia de adopciones; reformas al Código de Trabajo para regular de forma adecuada el trabajo de los adolescentes y erradicar el trabajo infantil abusivo, peligroso y explotador; y regular el trabajo de las personas que laboran en casas particulares, ya que la mayoría de ellas son adolescentes sin protección legal.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, es una serie de normas y obligaciones irrevocables aceptada universalmente, ofrece protección y apoyo a los derechos de la

infancia. Al aprobar la convención, la comunidad internacional reconoció que, a diferencia de los adultos, las personas menores de 18 años necesitan una atención y protección especiales.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se dio también al darse una transformación profunda en la base jurídica que existía respecto a la protección a los menores, como lo era el Decreto 78-79 del Congreso de la República, Código de Menores, en donde al darse la creación de la nueva ley se provee a los distintos órganos del Estado y en la sociedad en su conjunto de un cuerpo jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones en favor de tan importante sector social, conforme lo establece nuestra carta magna.

El Decreto 27-2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, está organizado en tres libros siendo estos:

Libro primero

Disposiciones sustantivas. En donde particularmente se individualizan los derechos mínimos e indispensables para el correcto desarrollo de los menores de edad, regulado en el Título II, de la Sección I a la XI, del Artículo 9 al 61 en donde debemos de observar minuciosamente algunas de las secciones: Derechos individuales y derechos Sociales.

En este libro, también se encuentra uno de los elementos más importantes a observar al momento de delegar la guarda y custodia, como lo es *el interés superior del niño*, según lo regula el Artículo quinto: Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.

El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.”

Respecto al artículo anteriormente citado, podemos concluir que uno de los efectos jurídicos al delegar la guarda y custodia en una persona individual o una institución de asistencia social, es la observancia de el interés superior del menor y el cumplimiento de las garantías mínimas respecto a sus derechos individuales y sociales.

Libro segundo

Disposiciones organizativas. Aquí encontramos desarrollado, la formulación, ejecución y control, de las políticas publicas que desarrollara el Estado mediante la creación de los organismos de protección integral al menor; en donde se regula que la comisión nacional y las comisiones municipales de la niñez y la adolescencia serán las encargadas de desarrollar dichas políticas, siendo estas: Políticas sociales básicas, políticas de asistencia social, políticas de protección especial, políticas de garantía.

Entre los organismos de protección integral que podemos encontrar en el Libro II se encuentran: La Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, El procurador de los Derechos Humanos a través de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora, y finalmente la Policía Nacional Civil a través de la Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia.

La función principal de los organismos anteriormente mencionados las encontramos regulada en el Artículo 80 el cual nos refiere: “**Protección integral.** La protección

integral de los niños, niñas y adolescentes deberá realizarse a nivel social, económico y jurídico”.

Las acciones administrativas que desarrolla el presente libro (los organismos de protección integral), con el fin de propiciar la vigencia efectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia, se regirán mediante la formulación, ejecución y control de las políticas públicas desarrolladas por el Estado con participación de la sociedad.

Libro tercero

Disposiciones adjetivas. En este libro encontramos regulado, la creación de los juzgados de la niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos los cuales son: De la niñez y la adolescencia, de adolescentes en conflicto con la ley penal, de control de ejecución de medidas; y sala de la corte de apelaciones de la niñez y la adolescencia.

Respecto a la organización de los órganos jurisdiccionales anteriormente escritos, el Artículo 99 regula: “**Organización.** La jurisdicción de los tribunales de la niñez y de adolescentes en conflicto con la ley penal será especializada y tendrá la organización que dispone la ley del organismo judicial y demás normas legales aplicables, su personal, al igual que el del juzgado de control de ejecución de medidas, deberá ser especialmente calificado y contará por lo menos con un psicólogo, trabajadores sociales y un pedagogo.

Podrán auxiliarse de los especialistas de las instituciones de asistencia social y otras instituciones públicas o privadas, así como de intérpretes de idiomas mayenses, garífunas y xinkas, cuando sea necesario. Tendrán la naturaleza y categorías de los juzgados de primera instancia.”

Para la integración de estos tribunales, se tomarán en cuenta las características socioculturales de los lugares donde funcionarán.

De lo anteriormente expuesto y citado otro de los efectos jurídicos que podemos mencionar en la delegación de la guarda y custodia, es que el ejercicio defectuoso de la misma institución y en consecuencia amenace o viole los derechos del menor, ha de ser conocido por tribunales especializados que protegerán el interés superior del menor.

3.2 Tutelaridad del derecho a la niñez

Es fundamental entender que los derechos de la infancia y el principio del interés superior del niño, son tutelares de los derechos de la niñez, esto es como un mecanismo para implementarlos en donde deben de estar siempre, de hecho y derecho, definitiva e inequívocamente por encima de los derechos e intereses de los adultos por las razones expresadas en el preámbulo de la convención sobre derechos del niño.

Obviamente este principio no tiene ni ha tenido como objeto, en ningún momento, generar practicas de discriminación entre los padres cuando se sustenten en argumentos de género, una situación de preferencia de uno de los padres sobre el otro solo podrá presentarse bajo un supuesto, el de una resolución judicial que determine que el menor debe de quedar bajo la custodia de uno de ellos, en particular cuando se encuentre en riesgo la integridad y/o el sano desarrollo físico, psico-emocional, sexual o social del menor.

El interés superior de la infancia es el principio universal que debe de tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernan a niños y niñas, pero sobre todo en los aspectos del orden familiar y particularmente, en este caso, cuando se trate de decidir la custodia del menor como consecuencia de la solicitud para la disolución del vínculo matrimonial.

El Fondo de las Naciones Unidas para la infancia señala que el interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor.

“Podemos afirmar que incluso va más allá, pues este principio consiste en aplicar el criterio de la norma mas protectora del menor, aun cuando ésta sea distinta de una convención internacional de derechos humanos; todo esto por encima de cualquier otro derecho de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismo padres.”²³

Sin embargo, parece que la interpretación que se hace de este principio por las autoridades judiciales, en muchos casos en el mundo entero, no siempre se orienta a este fin, o bien su interpretación se encuentra plagada de roles, esteotipos y prácticas culturales que tienden a beneficiar o a que exista una preferencia para con uno de los padres , normalmente la madre: El interés superior del niño es un recurso judicial, una declaración de la corte para sostener el criterio que afirma que mientras no se pruebe con el peso de evidencia substancial otra cosa, las madres estarán siempre mejor consideradas y preparadas para cuidar a los hijos, pequeños o jóvenes, que los padres.

Parece que este tipo de interpretación le resta valor al principio, debido al sesgo discriminador con que se matiza, usándose a favor de las madres, o en el caso de utilizar el sexo de los hijos a favor de los padres en los casos concretos, por cuanto a los asuntos relativos a la determinación de la custodia.

De conformidad con lo antes expresado, así como los criterios expresados en la ley y en las practicas de las instituciones de asistencia, por cuanto en los asuntos familiares en este caso, por lo que se refiere a la determinación de la custodia de los hijos, puede llegarse a encontrar mal empleado, ya que parece haber un problema respecto del significado del estándar creado por el comité de los derechos del niño y su aplicación y construcción en el derecho interno o nacional.

Los intereses de los menores son frecuentemente enfrentados y subordinados a los derechos de los adultos. Muchas decisiones se encuentran influidas y sostenidas primeramente para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten

²³ Pérez Contreras, Maria de Montserrat, citando a Cahn, Naomi R., “Civil Images of Battered Women: The impact of the domestic violence on child custody decisions”, en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie XXXIX, num. 116, mayo-agosto 2006 Pág. 501

en sus demandas por los menores y entre ellos a costa de los menores, o bien para proteger las políticas gubernamentales protectoras de instituciones de asistencia o de otras instancias, dedicadas al cuidado y custodia de los menores.

3.3 Derecho a la familia

Iniciaremos este apartado proporcionando una definición que corresponde a familia la cual puede definirse como: El conjunto de personas que teniendo como base el matrimonio, unión de hecho o filiación se encuentran unidas por lazos de ascendencia y por la adopción.

Al citar a la licenciada Maria Azucena Margarita Cordero Contreras²⁴ define desde diferentes puntos de vista a la institución de la familia, siendo estos:

“Concepto biológico:

Que desde éste ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación, en donde se involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común generando lazos de sangre. Institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos, en ocasiones los parientes lejanos que se les agregan.

Concepto sociológico:

Dentro de ésta perspectiva nos encontramos con los conglomerados familiares con organizaciones diferentes, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada familia nuclear, compuesta por la pareja y sus descendientes inmediatos.

²⁴ Cordero Contreras, Maria Azucena Margarita. (consultado el 1 de mayo del 2008), <http://www.elprisma.com/direc678/redirect.asp?id=11154&idsesion=147793290>

Estos al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque se encuentren separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes.

En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando, así, la denominada familia en sentido extenso.

Los integrantes no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio. Institución social formada por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

Concepto jurídico:

Este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, la simple pareja constituye una familia, entre ambos se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen parte de la familia sus descendientes aunque éstos lleguen a faltar, pero no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia.

En línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral sólo se extiende hasta el cuarto grado, como es considerado por nuestro derecho civil vigente, no siempre ha sido así, en otro tiempo y lugar el parentesco biológico tuvo efectos jurídicos a mayores distancias o grados.

De ésta forma el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga

derechos jurídicos. Para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.”

El Código Civil no define ni precisa el concepto familia, fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre esposos y parientes.

Examinando la composición de una familia, se descubre una diversidad enorme; aparentemente todas ellas son semejantes ya que los elementos iniciales siempre son los mismos padre y madre luego hijos, parentesco consanguíneo de afinidad o civil. Dentro de este esquema, que sirve de base se muestra una verdad casi abierta al infinito de posibles relaciones.

El término familia tiene diversas acepciones ya que su significado dependerá del ángulo con el cual uno se coloque reflexionando científicamente sobre ella como la Institución y así conocerla. En éste sentido, el concepto de familia será jurídico no se enfocará a su origen, ni tampoco se analizará su evolución histórica- social, pero si tendrá toques muy personales de manera general.

Los diferentes conceptos de familia y el derecho, se integran de tal manera que todos juntos forman lo que se conoce como derecho de familia, parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar.

De esta manera se define el derecho de familia como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato; la procreación de los hijos por la institución de la filiación.

Se considera que los derechos de familia, son exclusivamente de carácter personal con un sentido amplio y otro estricto. Pero de cualquier forma, en ambos casos encontramos en el derecho de familia, derechos de orden personal y derechos de orden patrimonial que influyen unos sobre otros.

En el sentido amplio el término derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio, o indirecto, es presidir la organización, vida, disolución de la familia.

Hay que tomar en cuenta que la familia se ha revelado como una realidad orgánica, al igual la ley ha evolucionado en el dominio de la familia, reduciendo el círculo de ella, limitando el orden natural de las cosas, de los padres y de los hijos.

La familia es, aun actualmente, no un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente, sino un don de la naturaleza, que se impone y traduce en un organismo especial de contornos precisos, animando una vida colectiva propia, d la cual participan necesariamente, tanto nuestra condición física y patrimonial, como nuestra existencia moral.

De éste modo el derecho civil por medio del derecho, regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros, manejando en sentido objetivo el conjunto de reglas que servirán para la existencia o disolución de la familia tanto de origen matrimonial como extramatrimonial y en el sentido subjetivo que es el derecho que a ésta le toca desenvolver en la vida.

Los sujetos del derecho de familia son sin lugar a dudas los parientes por virtud de matrimonio, entre el marido y los parientes de su mujer y entre ésta y los parientes de aquél, por consanguinidad, afinidad o adopción.

Se debe mencionar a los concubinarios, en algunos sistemas como el nuestro se les reconoce, sujetos que intervienen como personas físicas, tenemos la injerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela, se reconoce la intervención del consejo de tutelas como un organismo estatal que el código vigente tiene funciones importantes que cumplir.

Dentro de los objetivos jurídicos que los cónyuges deben tener, son el conjunto de derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les confiere e impone con relación paterno-filiales.

Existen los supuestos jurídicos, que son las personas que ejercen la patria potestad, dentro del parentesco se originan relaciones específicas impuestas por la misma entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos; sujetos especiales que deben diferenciarse de los parientes en general ya que sus derechos y obligaciones no son los mismos que de una manera general determina el parentesco.

Como nuevos sujetos, se considera a los tutores e incapaces, personas que por su incapacidad y privación de inteligencia o afectados en sus facultades mentales, originen que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela.

En relación con la tutela misma se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales, llamados: curadores, consejos locales de tutela y jueces pupilares, es decir, la intervención del Estado en la organización jurídica de la familia.

“La idea central en el derecho de familia está en cumplir los deberes, más que en exigir derechos, “porque el derecho de familia tiene interés superior a todos los demás consistentes en la protección familiar.”²⁵

Reconociendo que en todas las ramas del derecho existen los intereses individuales, pero que en algunas actualmente va predominando el interés social y el estatal, la misión del verdadero derecho patrimonial, como la de todo el derecho civil, debe ser poner de acuerdo armónicamente el elemento individual con el elemento social.

Por su parte, Rojina Villegas se pregunta sobre los fines específicos del derecho de familia y señala que “desde el punto de vista teleológicos podemos definir el derecho

²⁵ Güitrón fuentevilla, Julián, Derecho familiar, México, pág. 209

como un sistema normativo que tiene por objeto realizar la solidaridad social integral a través de normas bilaterales heterónomas externas y coercibles.”²⁶

Federico Engels²⁷ investigo el origen de la familia, la propiedad y el estado, a partir de un trabajo realizado por Karl Marx, quien a su vez había basado sus conclusiones en diversa investigación realizada por el mencionado Henry Lewis Morgan; refiriendo Engels que Morgan (al igual que Marx) también había descubierto a su modo en América, la teoría materialista de la historia, la cual explica señalando que en esta, el móvil esencial es la producción y reproducción de la vida inmediata, y la cual es de dos clases: una la producción de los medios y elementos para sobrevivir, y la otra la producción del hombre mismo, ósea la propagación de la especie; acotando que las instituciones sociales en las que viven los hombres de una época, están íntimamente ligados con estas dos especies de producción; por el grado de desarrollo que se da en el trabajo de cada una, así como por el desarrollo de la familia.

Sobre el desarrollo de las instituciones sociales, el mismo Federico Engels señaló que la organización de la sociedad se encuentra fundada en los lazos de familia; pero que el trabajo de familia resulto cada vez menos productivo y por tanto, con el transcurso de las generaciones, hubo un esfuerzo para adaptar esa antigua constitución social a nuevas condiciones, que a la postre resultaron incompatibles unas con otras; acarreando cambios revolucionarios que hicieron desaparecer la familia consanguínea (por el choque de las clases sociales que se formaron); surgiendo una sociedad nueva y patriarcal, resumida en el Estado, cuyos vínculos focales se sometieron al orden de la propiedad privada.

Sobre el origen de la familia comenta Engels²⁸ que dicho estudio se inicia con la publicación del libro derecho materno de Juan Jacobo Bachofen, en el cual observa que en la época primitiva el hombre vivió una ginococracia en razón que la mujer era la única pariente cierta de la generación joven, y por tal razón gozaba del aprecio y

²⁶ Rojina Villegas, Rafael. Derecho de familia. pág. 70

²⁷ Engels, Federico. Origen de la familia, la propiedad y el Estado, págs. 5 y 6

²⁸ Ob. Cit. Pág. 20

respeto de la comunidad, perdiéndose con el paso a la monogamia, transición que señala, se realizó sobre todo en los griegos mediante ideas religiosas y como prueba señala la referida tragedia de Esquilo en la cual se representaba la lucha entre el derecho materno agonizante y el derecho paterno naciente.

A la vez relaciona Engels la aparición de las jerarquías y la estratificación social basadas en la propiedad privada, con la dominación masculina sobre las mujeres e incluso vincula el vuelco del matriarcado al patriarcado, con el desarrollo de la metalurgia del cobre y del bronce.

Es importante observar que las proposiciones que las sociedades van formulando a lo largo de la historia, se representan primariamente como ideas religiosas y de ética social, tal y como hemos podido constatar con el mencionado Orestes de Esquilo; por lo que se deduce que la propuesta del cambio consanguíneo del poder femenino al poder masculino patriarcal, es resultado de la trasgresión de las leyes religiosas, con el surgimiento de nuevas ideas y divinidades patriarcales, que modificaron el desarrollo de las condiciones afectivas entre los seres humanos; siendo las religiones un fiel reflejo de las luchas que condicionaron las nuevas estructuras sociales y sus instituciones.

Sabemos que existe mucha literatura de la antigüedad clásica, que refleja esta lucha, siendo una de las mas grandes e influyentes obras que repercutieron en la lenta transición del matriarcado al patriarcado, el Ramayana de Valmiki, así como los libros sagrados vedas, que reúnen una serie de pensamientos, himnos, plegarias y escritos litúrgicos, muchos de los cuales datarían en sus inicios del siglo XV a. de C.; y ya como resultado de la imposición patriarcal surgen el Corán, como la Tora Judaica o Pentateuco judeo-cristiano del Antiguo Testamento.

3.4 Medidas específicas de protección a los menores

La Convención Sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos relativos a los menores: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. Los dirigentes querían también asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.

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

Los cuatro principios fundamentales de la convención son la no discriminación; la dedicación al *interés superior del niño*; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas.

La convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

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

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

Respecto a medidas específicas de protección a la niñez y la adolescencia encontramos en el Artículo 112 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia literalmente lo siguiente: “**Medidas.** Los juzgados de la niñez y la adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas:

A) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.

B) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables (guardadores o quien ejerza la guarda y custodia).

C) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.

D) Ordenar la matricula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.

E) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.

F) Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.

G) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.

H) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.

I) En casos de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.”

3.5 Derechos y garantías fundamentales de los menores

Como lo desarrollamos en los apartados anteriores del presente capítulo, con el transcurrir del tiempo, se han aplicado diversos criterios sobre los que descansan las resoluciones judiciales emitidas en relación a la guarda y custodia y como lo miraremos en el capítulo IV en donde analizaremos una sentencia de guarda y custodia, observando los derechos y garantías fundamentales de los menores en relación de la guarda y custodia.

La Convención de los Derecho del Niño, ha considerado de suma importancia establecer un mínimo de garantías que le permitan a los niños y niñas crecer y desarrollarse en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración y cuidado, contrayendo la obligación los países signantes de velar por el interés superior del niño.

Estudiando específicamente de las garantías fundamentales que debe de observar el juez de familia en un juicio de guarda y custodia encontramos los siguientes:

- La estabilidad en las condiciones de vida del menor.

- La relación de los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo: los abuelos maternos y paternos o parientes por consanguinidad, ascendentes o colaterales.
- La edad y preferencia del menor si es suficientemente grande para expresar una preferencia relevante o significativa.
- La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y la expectativa de mantener continuidad.
- El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en que se desarrollará el menor.
- La capacidad de cada padre para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el niño y el otro padre, incluyendo el acceso físico.
- La capacidad de cada uno de los padres de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.
- El efecto en el niño, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.
- Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como el bienestar del menor, como los recursos financieros, el alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física, en este último caso, cuando se trata de enfermedades crónicas, con frecuencia en hospitalización, y que crean dependencias de medicamentos o también, por ejemplo la sordera o ceguera.

CAPÍTULO IV

4. Análisis de sentencia

4.1 Sentencia de guarda y custodia

A continuación transcribo literalmente la sentencia de un proceso en donde se disputan ambos padres del menor, el ejercicio de la guarda y custodia de forma exclusiva; el propósito del presente capítulo es a efectos de poder analizar la valoración de las diferentes pruebas aportadas en el presente proceso por las partes procesales, así como las medidas de protección que dictó el juez de familia respecto a la situación de los derechos y garantías fundamentales del menor de edad.

ORAL DE GUARDA Y CUSTODIA: NUMERO: 2273-2006 NOTIFICADOR 3ERO.

JUZGADO CUARTO DE FAMILIA, GUATEMALA, CUATRO DE AGOSTO DE DOS MIL SEIS.-----

l) Se trae a la vista para dictar SENTENCIA, el expediente arriba identificado y que contiene el juicio oral de guarda y custodia, promovido por: MARIO RAFAEL CABRIA HERNANDEZ, quien actúa en nombre propio, en contra de la señora: CESIA MARIBETH VILLATORO BARRIOS; el actor es de generales conocidas dentro del proceso; civilmente capaz de comparecer a juicio, actúa bajo la dirección y procuración del abogado Otto Cecilio Mayen Morales. De la demandada se desconocen sus generales en virtud de que no compareció a juicio.-----

Se practica un estudio de los autos y del resultado del mismo se desprenden los siguientes resúmenes-----

DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA DEMANDA: Manifestó el actor en la demanda los siguientes HECHOS: a) Que con la demandada contrajeron matrimonio civil el día uno de agosto de dos mil uno; b) Que su vida conyugal nunca cumplió con sus fines y constantemente discutían y peleaban y nunca existió el matrimonio tal y como fue constituido; el cuatro de octubre de dos mil dos, nació su hija FATIMA

DANIELA CABRIA VILLATORO; c) Continua manifestando que al nacer su hija pensó que la situación cambiaría entre el actor y la demanda y él se empezó a dedicar más al hogar y al cuidado de su hija, pero sucedió lo contrario, ella empezó a descuidar a la bebé, constantemente se enfermaba, porque ella no tenía higiene y limpieza con los biberones y llegó a tal extremo que en el año de dos mil cinco, empezó a salir con diferentes hombres y a beber licor, estando con su hija y además a hacerlo en su casa; d) Ante tal situación le llamo la atención, y su ira la descargo con la bebé, a quien empezó a maltratarla de tal modo que un día que estaba en la casa de sus padres empezó a regañar y agredir a la bebé sin razón, por lo cual intervino su mamá, pues ella estaba en la casa de sus padres y por esa intervención agredió a su señora madre, las agresiones psicológicas y corporales hacia su menor hija, se volvió una rutina, por lo que le empezó a llamar la atención, razón por la cual el día catorce de octubre de dos mil cuatro se fue del hogar conyugal, llevando consigo a su hija; e) Posteriormente se presentó demanda de relaciones familiares en el juzgado cuarto de familia, en el que se llegó a un acuerdo de que todos los días lunes a sábado el tendría la menor hija en la casa de sus padres de las siete de la mañana para las veinte horas y posteriormente ella llegaría a traerla para dormir con ella y la tendría todo el día domingo, a lo cual estuve de acuerdo; f) Todo empezó muy bien, pero a medida que la demandada tomó confianza, empezó a avisarle que no llegaría por la menor porque andaba en una fiesta a media semana y como le gusta el licor bebiendo también, el día catorce de septiembre de dos mil cinco, sin mi consentimiento se llevó a su hija y ya no la volvió a ver, lo último que supo de ella fue que se había unido con el señor Oscar Esdubard Quezada Salazar; g) Sigue manifestando que su compañera de hogar nunca fue responsable con su hija, constantemente se enfermaba del estómago, porque ella no tenía higiene en los biberones, no cocía bien la leche y mantenía sucio el hogar; h) Él siempre ha trabajado y ha tratado de darle a su hija todo lo necesario, lamentablemente hace aproximadamente siete meses que no ve a su hija; i) Por todo lo anterior y en virtud de la vida tan desordenada, irresponsable e indecente que ella tiene, porque desea darle seguridad, bienestar, educación, tranquilidad, amor y salud a su menor hija, comparece ante usted a solicitar la GUARDA Y CUSTODIA DE MI MENOR HIJA:

FATIMA DANIELA CABRIA VILLATORO, pudiendo la madre verla cuando ella desee, bajo su supervisión.-----

DE LA PRIMERA AUDIENCIA Y CONTESTACION DE DEMANDA: La audiencia se señalo para el día nueve de mayo de dos mil seis, ocasión en que solo compareció la parte actora, por lo que en resolución de esta misma fecha se le declaró REBELDE dentro del presente juicio a la parte demandada.-----

DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: A) El derecho de la guarda y custodia de la menor hija FATMA DANIELA CABRIA VILLATORO, por parte del señor MARIO RAFAEL CABRIA HERNANDEZ.-----

DE LAS PRUEBAS APORTADAS AL JUICIO: -----

POR EL ACTOR: 1. DOCUMENTAL: a) Fotocopias autenticadas de la certificación del convenio de fecha treinta y uno de mayo del dos mil cinco, celebrado entre el actor y la demanda; b) Fotocopia de la certificación del acta de nacimiento de la menor extendida el treinta de octubre de dos mil dos; c) Declaración de parte; e) Presunciones legales y humanas que de todo lo actuado se desprenda CONSIDERANDO: Que la Convención de los Derechos del Niño en su Artículo 3, numeral 2. Establece“...asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.” Y el Código Civil establecen su Artículo 166: “Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores...” y asimismo el Artículo 261 del mismo cuerpo legal dice: “Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre,... En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente.-----

CONSIDERANDO: En el presente caso, el tribunal es del criterio de que debe accederse a la pretensión del actor y otorgársele la guarda y cuidado de su menor hija ya relacionada toda vez que quedó probado en autos el parentesco indispensable de las partes, para casos como el presente, y además se logro establecer que el actor reúne un hogar con su familia en el cual puede convivir y residir cómodo y tranquilamente con su menor hija y porque no hay indicios de ninguna conducta que inclinen al juzgador para rechazar su petición; lo cual no sucede con la demandada quien con su conducta y manera de vivir no representa garantía alguna de dedicación y cariño, ni inclinación a los cuidados de su hija, a lo que debe agregarse que ella ha formado otro hogar y en consecuencia no quiso colaborar en la elaboración del informe del servicio social del tribunal, y por si fuera poco decidió no comparecer a juicio y en consecuencia no contradijo la pretensión de su esposo y por esto no probo hechos extintivos o circunstancias impeditivas de la misma, por lo que deben hacerse las declaraciones que en derecho corresponden. ARTÍCULOS: 166, 261 del Código Civil; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 25, 26, 29, 31, 44, 50, 51, 61, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 71, 72, 75, 79, 106, 107, 123, 126, 127, 177, 178, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 580, 582, 583 del Decreto Ley 107, 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 19, 20 de la Ley de Tribunales de Familia; 141, 142, 143, 171, 172, 173, 174 de la Ley del Organismo Judicial.-----

POR TANTO: Este juzgado, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver, **DECLARA: I) CON LUGAR** la demanda de guarda y custodia de la menor: FATIMA DANIELA CABRIA VILLATORO, entablada en la vía oral por MARIO RAFAEL CABRIA HERNANDEZ, quien actúa en nombre propio, en contra de la Señora CESIA MARIBETH VILLATORO BARRIOS; **II)** En consecuencia se ordena a la señora CESIA MARIBETH VILLATORO BARRIOS, que debe reintegrar a la menor FATIMA DANIELA CABRIA VILLATORO, a su padre MARIO RAFAEL CABRIA HERNANDEZ, para lo cual se le fija el plazo de tres días que comenzará a contar a partir del día siguiente de la notificación del presente fallo bajo apercibimiento de que si no cumple con hacerlo se le certificará lo conducente a un juzgado del ramo Penal para lo que haya lugar; **III)** La menor FATIMA DANIELA CABRIA VILLATORO, queda bajo la GUARDA Y CUSTODIA de MARIO RAFAEL CABRIA HERNANDEZ quien tendrá su representación legal, sin

perjuicio como es de la ley del derecho que asiste a CESIA MARIBETH VILLATORO BARRIOS para relacionarse con su menor hija en la forma, horario y calendario que acuerden las partes; **IV)** Al estar firme el presente fallo extiéndase a la parte interesada oficio para que las autoridades de la Policía Nacional Civil, presten el auxilio necesario, para que le sea reintegrada dicha menor a su poder, pudiendo hacerlo en cualquier lugar en que se encuentre dicha menor; **V)** Se condena en costas procesales a la parte demandada; **VI)** NOTIFIQUESE.

FIRMA DEL JUEZ

FIRMA DE EL SECRETARIO

De la sentencia anteriormente consignada, cabe mencionar que los nombres de las partes procesales, datos generales y números de identificación, fueron modificados para no afectar intereses particulares, ya que el propósito de la presente sentencia es eminentemente con fines de investigación

Del trato que se le daba al menor:

De los hechos que motivaron el proceso de guarda y custodia, encontramos que el menor nació en un hogar integrado por el padre y la madre, pero debido a existir diferencias personales entre ambos cónyuges, se hizo cada vez mas difícil la convivencia entre ellos, que al nacer la menor empeoraron las cosas; es aquí donde se narra por parte del padre de la menor que la madre agredió a su hija en una ocasión lo que definitivamente pone en riesgo el interés superior del menor respecto a su seguridad.

Además de lo expuesto en el apartado de los hechos, podemos notar que la madre había descuidado muchas veces las condiciones de salubridad e higiene en los biberones de su menor hija, descuidando de esta manera garantías mínimas de cuidado del menor, y llego a tal extremo que en el año de dos mil cinco, empezó a salir con diferentes hombres y a beber licor, estando con su hija y además a hacerlo en su casa.

Definitivamente, las condiciones de vida en que se desarrollaba la menor eran totalmente adversas a un ambiente inadecuado para su correcto desarrollo en cuanto a aspectos físicos, psicológicos.

A raíz de las situaciones que se desarrollaban dentro del hogar, el padre de familia procedió interponer una demanda de asuntos familiares según lo estipula el apartado de hechos de la presente sentencia transcrita objeto del presente análisis, en donde se llegó a un acuerdo de que todos los días lunes a sábado él padre tendría a su menor hija en la casa de sus padres de las siete de la mañana para las veinte horas y posteriormente la madre llegaría a traerla para dormir con ella y la tendría todo el día domingo; dicha situación beneficio a la menor en virtud de que se ejerció de cierta la manera la custodia compartida, pero a medida que la demandada tomo confianza, empezó a avisarle que no llegaría por la menor porque andaba en una fiesta a media semana y como se había convertido en alcohólica, procedió la madre a sustraer a la menor sin el consentimiento del padre.

De las pruebas aportadas al juicio:

El actor que solicita el ejercicio de la guarda y custodia de forma exclusiva, presentó todas las pruebas documentales necesarias para acreditar el parentesco que existe entre él y su hija, así como declaración de parte; sin embargo una de las pruebas importantes que menciona el padre de la menor es en las presunciones humanas y legales que se desprenda de la convención de los derechos del niño.

Las normas citadas por el actor respecto a la Convención de los Derechos del Niño encontramos que una de las garantías que se deben asegurar al niño, es la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Así como lo que regula el Código Civil en cuanto a lo que establece en su Artículo 166: “Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores.”; Y asimismo el Artículo 261 del mismo cuerpo legal dice: Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente.

De la sentencia dictada por el juez de familia:

Primeramente podemos darnos cuenta que, la demanda fue declarada rebelde ante su incomparecencia, no presentando ninguna excusa ante su incomparecencia a la contestación de la demanda planteada ante el juez de familia, por lo que no pudo presentar argumentos a favor de su persona para contradecir los hechos narrados por la parte actora.

El juez declaró con lugar la demanda, de donde en la parte considerativa el juez logro establecer que el actor reúne un hogar con su familia en el cual puede convivir y residir cómodo y tranquilamente con su menor hija y porque no hay indicios de ninguna conducta que inclinen al juzgador para rechazar su petición; lo cual no sucedió con la demandada quien con su conducta y manera de vivir no presentaba garantía alguna de dedicación y cariño, ni inclinación a los cuidados de su hija, a lo que debe agregarse que ella ha formado otro hogar.

En la sentencia emitida podemos notar como también se dio la intervención del servicio social del tribunal en cuanto al análisis realizado del presente caso por una trabajadora social que realizó un estudio del presente proceso, para poder opinar respecto a las

condiciones de vida que le podría brindar el padre a su menor hija, en donde la parte demandada no quiso colaborar en la elaboración del informe, y por si fuera poco decidió no comparecer a juicio y en consecuencia no contradijo la pretensión de su esposo y por esto no probó hechos extintivos o circunstancias impeditivas de la misma, por lo que deben hacerse las declaraciones que en derecho corresponden.

CAPÍTULO V

5. Necesidad de reformar el Artículo 252 del Decreto 106, Código Civil en donde se adicione que la guarda y custodia únicamente es delegable mediante una resolución emitida por un juez de familia

Al haber desarrollado el presente trabajo de tesis, podemos inferir conforme los temas anteriormente abordados, que es imperativo regular de una forma específica el procedimiento legal a seguir para obtener la guarda y custodia en el caso de disputarse la misma entre los padres del menor de edad, o en los casos en que los padres desean delegar el ejercicio de la misma en personas individuales distinta de los padres o instituciones de asistencia social; en virtud de que se debe de protegerse prioritariamente el interés superior de los menores y que en los casos que ya se han analizado específicamente en los apartados del presente trabajo.

Respecto al presente capítulo, pretendemos contribuir aportando el presente anteproyecto de ley proponiendo la reforma del Artículo 252 del Decreto 106, Código Civil, tomando en consideración las directrices que estipula el título V, capítulo I, Artículo 109, del Decreto 63-94, Ley Orgánica del Organismo Legislativo que regula expresamente: **“Forma de las iniciativas de ley.** Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo, incluyendo una cuidadosa y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa.

La presentación de la iniciativa se hará por escrito en hojas numeradas y rubricadas por uno o varios de los ponentes y, además en forma digital, para que inmediatamente después de que el pleno tome conocimiento de la iniciativa por la lectura de la exposición de motivos, se ponga en disponibilidad de todos los diputados al Congreso de la República por los medios electrónicos existentes, para su información y consulta.

Si uno o más diputados requieren adicionalmente la impresión de la iniciativa de ley, la dirección legislativa deberá proporcionar las copias que fueran solicitadas.

El soporte que contenga el formato digital deberá contener etiquetas con la firma de uno o varios de los ponentes y será introducida al sistema electrónico bajo la responsabilidad de la dirección legislativa.”

ANTEPROYECTO DE LEY

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO 106 INTERVENCION DEL JUEZ DE FAMILIA EN DELEGACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA

HONORABLE PLENO

El Código Civil, Decreto 106, preceptúa en el Artículo 252, respecto a la patria potestad, que es la institución donde deviene el ejercicio de la guarda y custodia, se desarrolla a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, regulando expresamente: “En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”

En caso de la actuación del menor de edad en el mundo jurídico, se desarrolla la representación del menor en el Artículo 254 que regula: “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.”

La patria potestad podemos definirla como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que se le atribuye por la ley, a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal período. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación.

En consecuencia, no es renunciable ni transferible, ya que voluntariamente el que la tiene padre, madre, abuelos no pueden cederla a nadie, tampoco es prescriptible, ya que el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus funciones a quien la tiene por ello en la actualidad la patria potestad debe ejercerse por igual y en forma compartida tanto por el padre o, en ocasiones, de manera exclusiva por alguno de los dos.

En algunos casos cuando los padres pretenden delegar la guarda y custodia de forma voluntaria acuden ante un notario público para que formalice el acto en un instrumento público, siendo este acto análogo dado que no hay directrices a seguir para la delegación de la guarda y custodia observando las garantías mínimas de protección del menor de edad; y es aquí en donde se da la necesidad de la existencia de un órgano de control específico como por ejemplo: una trabajadora social del organismo judicial o la procuraduría general de la nación.

Por ello proponemos la reforma del Artículo 252 del Código Civil adicionando al referido Artículo que la delegación de la guarda y custodia solo es procedente mediante una resolución de juez de familia para garantizar la observancia de las garantías mínimas que tiendan a proteger al menor de edad; y de llevarse a cabo esta reforma sería un juez de familia el encargado de controlar el proceso de delegación de la guarda y custodia.

Al reformarse dicho artículo, debe de entenderse que los jueces de familia tienen facultades discrecionales para en todas las cuestiones sometidas a su jurisdicción privativa, al respecto el Artículo 10 de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto 206 nos

refiere lo siguiente: “El procedimiento en todos los asuntos sujetos a la jurisdicción de los tribunales de familia, debe ser actuado e impulsado de oficio, excepto en los casos a que se refiere el artículo anterior... Los servicios sociales de las instituciones de bienestar social y asistencia social, pueden colaborar con las partes y asistir a las audiencias. Los trabajadores sociales, pueden ser llamados por los tribunales para emitir dictamen como expertos, en relaciones de índole familiar.”

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo primero establece: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Y en el Artículo 47 establece: “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.”

FIRMAS DE LA PARTE PONENTE.

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la Republica de Guatemala en su Artículo 51 regula que el Estado de Guatemala protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad, así también les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.

CONSIDERANDO:

Que en virtud, de que en la actualidad se encuentra vulnerable la familia dado la descomposición social que sufre el país con la pérdida de valores y de principios que garanticen la protección de los menores, se han incrementado los ingresos de menores de edad a instituciones de asistencia social como casas hogares y orfanatorios por la

disolución del vínculo conyugal, procediéndose de forma análoga por parte de los padres a delegar la guarda y custodia dado que no existe un procedimiento normado por la ley a seguir; por lo que no existe un precepto legal que garantice la observancia del principio de protección al menor en la delegación de la guarda y custodia.

CONSIDERANDO:

Que la guarda y custodia actúa como elemento esencial de la patria potestad, se encuentra regulada en el capítulo VII, del libro I, en el Artículo 252 del Decreto Ley 106, Código Civil, carece de un órgano de control específico para los casos de delegación de la guarda y custodia respecto a la observancia de que se garantice las garantías mínimas que tiendan a proteger al menor de edad.

CONSIDERANDO:

Que en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 5 regula que el interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, en este caso lo referente a la delegación de la guarda y custodia a una persona individual distinta de los padres o a una institución de asistencia social.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a), 175, 176, 177 y 180 de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente,

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, EN SU ARTÍCULO 252

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 252, el cual queda así:

DE LA PATRIA POTESTAD

Artículo 252.- En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

La delegación de la guarda y custodia solo es procedente mediante una resolución de juez de familia para garantizar la observancia de las garantías mínimas que tiendan a proteger al menor de edad.

VIGENCIA

ARTÍCULO 2.- El presente Decreto entrará en vigencia el día de su publicación en el diario oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA EL _____ DEL MES DE _____ DEL AÑO _____.

PRESIDENTE

SECRETARIO

CONCLUSIONES

1. La finalidad del ejercicio de la guarda y custodia se basa en la relación de proximidad del menor con sus padres, y no de ejercerse separadamente por uno de los padres, o que se dispute su ejercicio ante un juez de familia, así como la observancia de el interés superior del menor, que debe de tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernan a los menores.
2. La guarda y custodia como institución del derecho de familia, se constituye como un elemento esencial de la patria potestad al otorgar facultades específica de la misma institución, para su ejercicio de forma exclusiva por parte de uno de los padres del menor, una persona individual distinta de los padres, o una institución de asistencia social.
3. En virtud de la descomposición social que sufre el país por la pérdida de valores y de principios en la familia, se ven afectadas las garantías mínimas que tienden a la protección de los menores, por parte de los padres, en donde se han incrementado los ingresos de menores de edad a instituciones de asistencia social como casas hogares y orfanatorios por la disolución del vínculo conyugal o separación del mismo.
4. Cuando el juez ha de aplicar su criterio respecto a autorizar la delegación de la guarda y custodia, no se basa únicamente en los criterios que se hayan de decidir conforme a los hechos planteados y pruebas aportadas dentro del proceso, sino que también observa estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores.
5. En virtud de no existir en la legislación, un procedimiento para la delegación de la guarda y custodia de los menores, los padres optan por delegar la guarda y custodia a través de un instrumento público autorizado por notario, en el que muchas veces no se observan la garantías mínimas que tiendan a proteger al menor.

RECOMENDACIONES

1. Al delegarse el ejercicio de la guarda y custodia a una persona individual distinta de los padres o a una institución de asistencia social, como lo es un orfanatorio o casa hogar, creemos que es procedente que se supervise de forma eventual, por la autoridad que corresponda, el desarrollo integral del menor de edad.
2. Es necesario que las autoridades correspondientes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, incluyan dentro del pensum de estudios del estudiante de Ciencias Jurídicas y Sociales, cursos específicos de las instituciones de derecho de familia, como lo es la guarda y custodia, en donde se pueda conocer de una forma más especializada las instituciones que por tener un amplio contenido doctrinario tienda a confundirse con otras figuras.
3. Es importante que el Estado de Guatemala, por medio del organismo que corresponda, fortalezca las instituciones sociales públicas o privadas, que brindan ayuda a la familia, esto debe darse en virtud de prevenir la inobservancia de las garantías mínimas que brindan protección a los menores.
4. Que en el desarrollo del proceso del ejercicio exclusivo de la guarda y custodia, el juzgador tome en cuenta la opinión del menor de edad mayor de doce años, respecto a con quien desea quedarse el hijo, pudiendo ser estos familiares en línea ascendente y/o colateral, esto es en razón de que el menor tenga un ambiente agradable para el desarrollo integral, atendiendo siempre a los estudios que realice la trabajadora social.
5. Que el Organismo Legislativo, reforme el Artículo 252 del Código Civil, en donde se adicione que la delegación de la guarda y custodia únicamente es procedente mediante una resolución de juez de familia en donde apruebe la dicha delegación, para garantizar la observancia de las garantías mínimas que tiendan a proteger a los menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

ATKINSON, Jeff. **“Modern Child Custody Practice”**. Ed. Nueva York, Kluwer Law Publishers, Inc., 1990, vol. 1.

BAQUERIO ROJAS, Edgar. **“Derecho de familia”**. Ed. Oxford, c 2005, México D.F.

CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro. **“Alcances de la patria potestad y la custodia”**. Consultado 18 de marzo de 2008, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-151s.pdf>.

CASTILLO MARTINEZ, Carolina del Carmen. **“El interés del menor como criterio Prevalente en la mediación familiar”**. Consultado el 22 de marzo del 2008 <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>.

CORDERO CONTRERAS, Maria Azucena Margarita. **“La familia”**. Consultado el 1 de mayo del 2008, http://www.elprisma.com/direc678/redirect.asp?id=11154&id_sesion=147793290.

COXAJ MEDRANO, Feliciano Isabel, <tesis> **“Condiciones de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad dentro del divorcio voluntario”**, Ediciones Mayte, 2005.

Diccionario de la Real Academia Española versión en línea. consultado el 12 de marzo del año 2008 <http://www.rae.es/rae.html>.

ENGELS, Federico. **“Origen de la familia, la propiedad y el Estado”**, 5ta. Reimpresión, México, Ed. Editores Unidos, 2000.

EISLER, Riane. **“El cáliz y la espada. La mujer como fuerza en la historia”**, Trad. Por Renato Valenzuela M., México, Ed. Pax 1997.

FLOBERG, Jay. **“Join Custody and Share Parenting”**. Ed. Nueva York, The Gilford Press, 1996.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **“Derecho familiar”**. 2da ed. México, UNACH, 1988.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **“Derecho civil”**, Porrúa, México, 1993, p. 669

GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth. **“Guarda y custodia del menor”**. Consultado el 16 de marzo del 2008 <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/12.pdf>.

HARDCASTLE, Gerald W., **“Joint Custody: A family Court, Judge’s Perspective”**, Ed. Family Law Quarterly, vol. 32, núm. 1, primavera de 1998.

HINESTROSA, Fernando. **“Hacia un derecho de familia del siglo XXI”**. Revista de Derecho Puertorriqueño. Vol.35, número 3, Ponencia del IX Congreso Internacional de Derecho de Familia. Panamá.1996.

HOWARD, Walter. **“Patria potestad. Representación y administración legales”** Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay, tomo 85, julio a diciembre de 1999.

IRIBARNE, Ramón, **“La filiación legítima e ilegítima”**, Ed. Córdoba, España, 1998.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. **“Derecho de familia”**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, **“La filiación”**. Consultado el 9 de abril del 2008 <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1413/2.pdf>.

OSSORIO, Manuel. **“Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”**. 17 vols.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1981.

PLANIOL, Marcel revisado y corregido por Ripert Georges, **“Derecho civil biblioteca clásicos del derecho”**, volumen 8. Leonel Pereznieta Castro y Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. México 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **“Derecho civil mexicano”**. Tomo II, Vol. I. Derecho de Familia, Antigua Librería Robredo, México, 1959. s.e.

LEGISLACIÓN:

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

Convención Sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/25 del 20/11/1989, en la 44ta. Sesión, ratificada por el Congreso de la República el 06/06/1990.

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

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

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

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

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

Ley Orgánica del Organismo Legislativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 63-64, 1994.