

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

**LA IMPORTANCIA DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN
AL PADRE AL MOMENTO DE OTORGAR EL EJERCICIO
DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO**

FRANCISCO ISAÍAS CHÁVEZ TACÁM

GUATEMALA, ABRIL DE 2009.

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

**LA IMPORTANCIA DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN
AL PADRE AL MOMENTO DE OTORGAR EL EJERCICIO
DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FRANCISCO ISAÍAS CHÁVEZ TACÁM

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2009.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez

VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López

VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

Guatemala, 30 de Mayo del 2,008

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

Lic. Marvin Estuardo Aristides



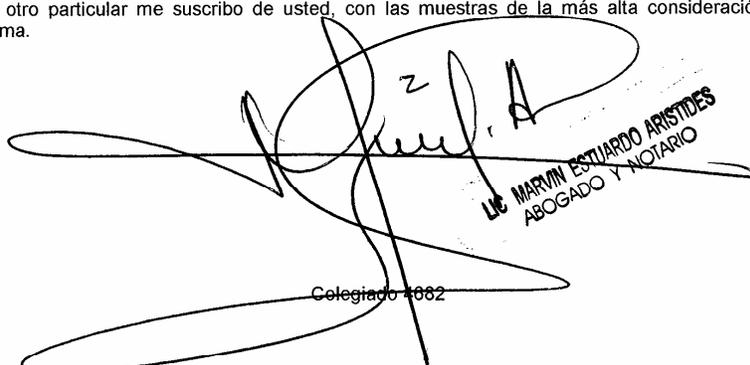
Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De manera respetuosa me dirijo a usted, en cumplimiento de la providencia emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis de fecha treinta de octubre del año dos mil siete, en la que se me nombro como Asesor de Tesis del estudiante **FRANCISCO ISAIAS CHÁVEZ TACAM**, quien realizó el trabajo de tesis intitulado: **"LA IMPORTANCIA DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN AL PADRE AL MOMENTO DE OTORGAR EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO"**.

Después de asesorar el trabajo ya indicado, se llega a la conclusión que el tema abordado, de por sí es importante y que el estudiante se preocupo por trabajarlo de la mejor manera, para informarnos sobre la importancia de tomar en consideración al padre, al momento de otorgar el ejercicio de la guarda y custodia en los casos de divorcio, haciéndole las observaciones que creí pertinentes, las cuales fueron bien aceptadas y cumplidas por el estudiante.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones a que arriba el autor y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado, razón por la cual doy mi dictamen en sentido favorable.

Sin otro particular me suscribo de usted, con las muestras de la más alta consideración y estima.


Lic. MARVIN ESTUARDO ARISTIDES
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 4882

Boulevard Los Proceres, 18 Calle 5-56, Zona 10 Edificio Unicentro 9o. Nivel, Oficina 904 Guatemala, C.A. 01010
Tel.: 366 9988 al 97 - Telefax 366 9990

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS MANUEL CASTRO
MONROY, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante
FRANCISCO ISAIAS CHÁVEZ TACÁM, Intitulado: "LA IMPORTANCIA DE
TOMAR EN CONSIDERACIÓN AL PADRE AL MOMENTO DE OTORGAR EL
EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO".

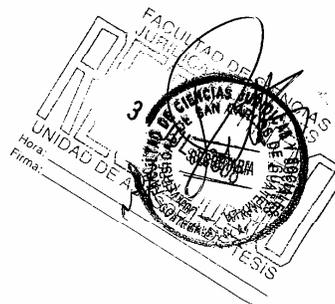
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer
constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el
cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes,
su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de
investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución
científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o
desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/ragm

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
5ª. AVENIDA 4-29 ZONA 9 Ciudad.
TEL. 23325867



Guatemala, 27 de junio de 2008

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

Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis:

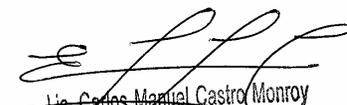
En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo con fecha 19 de junio del año en curso, por la cual se me designó revisor de tesis del estudiante **FRANCISCO ISAÍAS CHÁVEZ TACAM**, en la realización del trabajo titulado "LA IMPORTANCIA DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN AL PADRE AL MOMENTO DE OTORGAR EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO", respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Que procedí a revisar el trabajo de tesis en referencia, el cual se encuentra elaborado conforme a los requerimientos científicos y técnicos que deben ser cumplidos según la normativa respectiva.
- b) La metodología y técnicas de investigación utilizadas así como la redacción, son congruentes con los temas abordados en la investigación.
- c) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, se encuentran de entera conformidad con el trayecto de la investigación.
- d) El trabajo realizado, contenido en 4 capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada
- e) En el trabajo de mérito se destaca el análisis de la guarda y custodia en el entorno de la familia guatemalteca, indicando los criterios que privan para el otorgamiento de la guarda y custodia, debiendo siempre observarse el principio del interés superior del niño,

En conclusión, el trabajo de mérito cumple con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis revisada.

Atentamente,

Colegiado No. 3051


Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



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



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FRANCISCO ISAÍAS CHÁVEZ TACÁM, Titulado LA IMPORTANCIA DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN AL PADRE AL MOMENTO DE OTORGAR EL EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO. 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/nmmr.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien ha dirigido todos mis actos en este esfuerzo y a quien pertenece mi triunfo.
- A MI MADRE:** Josefa Maria Tacàm García. Por apoyarme en todos los momentos de mi vida, que Dios le brinde su bendición. Gracias madre.
- A MI PADRE:** Ángel Remigio Chávez Solís. Por el apellido, su consejo, y su amor.
- A MIS HERMANOS:** Isabel, Enrique, Juana, Rubén, Ana y Antonio, por sus consejos y enseñarme el sencillo arte de vivir juntos como hermanos. Que mi triunfo sea un ejemplo de superación para ellos.
- A MIS SOBRINAS Y SOBRINOS:** Andrea, David, Mayra, Wilson y Erick, por ser la muestra del amor que me inspira a seguir adelante.
- A MIS CUÑADAS:** Con cariño y respeto.
- A TODA MI FAMILIA:** En especial a mis tíos y tías, primos y primas con mucho cariño.
- A MIS PADRINOS DE GRADUACION:** Por brindarme todo su apoyo en este momento tan importante, y por ser un ejemplo de rectitud y profesionalismo.
- A:** A todas aquellas personas que me apoyaron de una u otra manera durante mi carrera; donde quiera que estén que Dios los proteja y bendiga. Gracias.

**A TODOS MIS
AMIGOS:**

Por compartir gratos momentos; por tener ideales en crear una sociedad más justa, a quienes les deseo éxitos en el futuro.

**A LA TRICENTENARIA
UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE
GUATEMALA:**

Sagrado templo del saber donde inicie mis estudios culminando uno de mis anhelados propósitos, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por el orgullo que me da, pertenecer a la familia de nuevos profesionales al servicio de su nación.

**A MI PATRIA
GUATEMALA:**

Cuna de una de las más importantes civilizaciones que existe en el mundo, a la cual estoy orgulloso de pertenecer.

**A MI CIUDAD
NATAL:**

Totonicapán, ciudad prócer que me vio nacer.

A AMATITLÁN:

Un pueblo hermoso que me vio crecer y culminar mi carrera profesional.

**A MIS
COMPAÑEROS:**

Gerardo Piedrasanta, Danilo Boch, Bivian Trujillo, Brenda, Edna y Natividad.

**A MIS
CATEDRÁTICOS:**

Por su dedicación y esmero a su gran vocación docente, que con sus sabios consejos me han guiado a conducirme con ética y profesionalismo a quienes más los necesitan en especial al Lic. Carlos Castro, Lic. Héctor Orozco, Licda. Rosario Gil, Lic. Menfil Fuentes, Lic. Luis Monterroso.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Patria potestad.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Elementos.....	12
1.3. Características.....	12
1.4. Definición.....	13
1.5. Fuentes.....	14
1.6. Efectos.....	15
1.7. Regulación legal.....	16
CAPÍTULO II	
2. Guarda y custodia.....	37
2.1. Definición.....	37
2.2. Naturaleza jurídica.....	40
2.3. Diferencia entre guarda y custodia, patria potestad y tutela.....	51
CAPÍTULO III	
3. La guarda y custodia dentro del juicio ordinario de divorcio.....	63
3.1. Forma en que se otorga la guarda y custodia.....	63
3.2. Consideraciones para otorgar la guarda y custodia al hombre o a la mujer.....	63

	Pág.
CAPÍTULO IV	
4. La guarda y custodia en la situación de la familia guatemalteca.....	73
4.1. Criterios para otorgar la guarda y custodia al hombre o a la mujer	73
4.2. El interés superior del niño y la custodia en las relaciones familiares.....	75
4.3. Análisis de la custodia compartida.....	77
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

La legislación civil guatemalteca, regula la institución concerniente a la patria potestad y que su finalidad es la de buscar el bienestar de los hijos menores, conjuntamente con el padre y la madre en el matrimonio.

Dicha regulación es el modelo ideal para buscar la protección y cuidado de los hijos menores, pero al darse la ruptura del vínculo matrimonial, es decir un divorcio dicha armonía se ve alterada, especialmente en los divorcios por voluntad de uno de los cónyuges.

El problema radica en que, no debe atenderse al sexo de la persona, para concederle la guarda y custodia, es preciso atender a cuestiones de responsabilidad, solvencia moral, económica, legal. Lo que importa realmente es el bienestar de los hijos, que son los principalmente afectados con la ruptura del vínculo matrimonial y por lo tanto es necesario garantizarles adecuadamente la alimentación, la vivienda, la educación y un entorno favorable donde puedan crecer sin ser víctimas de abusos de toda clase.

La hipótesis propuesta dentro de la presente investigación indica, cuales son, en la mayoría de los casos de divorcio por voluntad de uno de los cónyuges, los jueces otorgan el ejercicio de la guarda y custodia, sin atender a la solvencia moral, legal económica del padre, con cierta inclinación a la madre, y esto se debe a que el juzgador tiene la facultad de decretar, a quién corresponde la guarda y custodia de los hijos, porque la legislación siempre favorece en dejar la guarda y custodia a la madre, por consiguiente no hay equidad en tomar en consideración al padre.

Por lo tanto, es preciso hacer un estudio adecuado de la situación de cada uno de los cónyuges, al momento de solicitar el divorcio, para que el juez tenga mejores elementos de convicción para otorgar de mejor forma la guarda y custodia.

Ante ésta situación, corresponde al juez determinar a quien quedan confiados los hijos habidos durante el matrimonio y es aquí donde surge el conflicto, pues en la mayoría de casos se otorga la guarda y custodia a la madre y en raras ocasiones al padre.

Es así como al integrar el contenido de la presente investigación, se incluye dentro del capítulo I; lo relacionado a La patria potestad, todo lo relativo a sus antecedentes, elementos, características, definición, fuentes, efectos y regulación legal; el capítulo II, denominado La guarda y custodia, se integra en su contenido de la siguiente manera: definición, naturaleza jurídica, así como la diferencia entre guarda y custodia y patria potestad.

El capítulo III, contiene lo relativo a la guarda y custodia dentro del juicio ordinario de divorcio, incluyendo lo referente a la forma en que se otorga la guarda y custodia, así como las consideraciones para otorgar dicha guarda y custodia al hombre o a la mujer; La integración del capítulo IV, quedó de la siguiente manera: Guarda y custodia en la situación de la familia guatemalteca, criterios para otorgar la guarda y custodia al hombre o a la mujer, el interés superior del niño y la custodia en las relaciones familiares y análisis de la custodia compartida.

El objeto de la presente investigación es contribuir al fortalecimiento de la institución de la guarda y custodia para que sea otorgada por los jueces, con base en los criterios objetivos que propicie el bienestar de los hijos menores, que es la verdadera razón de la existencia de esta institución jurídica.

Los métodos de investigación empleados dentro del presente trabajo fueron: el analítico, sintético, deductivo, inductivo y científico la cual sirve de base para la recopilación de toda la información necesaria.

Las técnicas utilizadas fueron la investigación documental, el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos para la presentación del informe final.

CAPÍTULO I

1. Patria potestad

1.1. Antecedentes

Universalmente se ha caracterizado a la patria potestad, como el conjunto de deberes y derechos adjudicado a los padres respecto a la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. Ésta noción que proviene del derecho romano, ha subsistido hasta nuestros días sin demasiadas modificaciones, y así ha recibido consagración legislativa.

Sin embargo, sus notas definitorias no perfilan estrictamente el total de la tarea paterna y si bien ese conjunto caracteriza a la institución misma, no agota el cúmulo de funciones que actualmente la madre y el padre deben satisfacer. Esta responsabilidad ha perdido sus notas tradicionales para evolucionar hacia un concepto más complejo, en el cual la misión de los padres va adquiriendo progresivamente una dimensión social, alejándose en consecuencia del modelo histórico que situaba a la patria potestad dentro de la esfera íntima de la familia.

Puede afirmarse entonces, que los padres tienen ante ellos, a los hijos y la sociedad, una tarea de profunda gestión consistente en la crianza y su desarrollo integral, con miras a desempeñarse en el medio social como adultos responsables.

Esta característica se advierte en varias legislaciones modernas, en particular en las leyes civiles de Latinoamérica, pues aún conservando la tradicional denominación, el contenido y objetivos de la patria potestad, han sido enriquecidos en función de las necesidades y desafíos sociales impuestos por el fenómeno global que se ha dado en llamar la postmodernidad.

La circunstancia de haber alcanzado un contenido de netos perfiles sociales, constituye el punto más alto en la evolución de la patria potestad.

Con respecto a sus orígenes, debo indicar que el derecho romano consideraba a la autoridad paterna como una verdadera potestas, poder del pater familiae, que no sólo alcanzaba a los hijos, sino que se extendía a todas las personas libres que formaban el núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que hubiesen o no contraído matrimonio; comprendía a todos los descendientes, a las mujeres que ya forman parte de la familia mediante el matrimonio cum manu, así como a los adoptados.

Originariamente, ésta autoridad reconocida al pater abarcaba las relaciones personales y patrimoniales, al punto de disponer del ius vitae et necis, verdadero poder de disponer de la vida y la muerte, de los miembros de su familia, previo juicio.

De tal suerte que el pater podía enajenarlos, ius vendendi, abandonarlos o exponerlos ius exponendi así como entregarlos en noxa a la víctima de delito por ellos cometido ius noxae dandi. La atenuación progresiva de las mores maiorum en la sociedad romana influyó en las relaciones y funciones del padre de familia, y éste poder absoluto fue disolviéndose tanto en lo personal, como en lo correccional, así como en lo patrimonial existiendo limitaciones al derecho de transmitir los bienes por testamento.

Respecto a la patria potestad en Roma, se menciona también que: “era una institución del derecho civil, que significó el poder del jefe de familia pater varón vivo más antiguo de la familia, por vía masculina, que importaba un conjunto de derechos sobre la persona y bienes de los filius, con pocas obligaciones. Se entendía por filius no solo los hijos del pater sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad. Sólo podía ejercerla un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano”¹.

¹ Aragón, Hilda, **La patria potestad en Roma**, Pág. 5.

Respecto a las fuentes de esta institución, diré que debemos entender por fuentes aquellos modos naturales o creados por la ley romana, que la legislación reconoció como susceptibles para crear éste vínculo.

De ésta manera estaban sometidos a éste poder los hijos legítimos, o sea los nacidos de justas nupcias y también el resto de los descendientes nacidos de sus hijos varones. Para determinar si un hijo ha sido concebido dentro de las justas nupcias, establecieron una presunción, sin admitir prueba en contrario, *iuris et de iure*, que determinó que el plazo mínimo de un embarazo, era de 180 días y el máximo de 300. Según los romanos, la maternidad era indiscutible, pero el padre era simplemente el que estaba casado con la madre.

Por lo tanto, el matrimonio debería haberse configurado en los períodos en cuestión, para que el hijo pueda adjudicárselo al padre, de lo contrario, éste podría impugnar su paternidad. Otro supuesto sería probar no haber tenido relaciones sexuales con su esposa en esos períodos por ejemplo, en casos de ausencia o enfermedad.

Como se necesitaba la condición de ciudadano para ejercer la patria potestad en la legislación romana, para favorecer esta institución, la concedió en ciertos casos particulares. Cuando un liberto no cumplía los requisitos impuestos por la ley Aelia Sentia, siendo libertado antes de los 30 años, no adquiría la condición de ciudadano romano. Si éste liberto se casaba con una ciudadana romana, no era considerada esa unión como justas nupcias, y por lo tanto los hijos concebidos no estaban bajo su patria potestad. En tales condiciones, se permitió al padre obtener la ciudadanía romana y por consiguiente la potestad sobre sus hijos, si se presentaba al cabo del año de nacido el hijo, ante el magistrado, probando la existencia del vínculo matrimonial y del hijo nacido de dicha unión.

Si un ciudadano romano contrajera matrimonio con una no ciudadana, ignorando esa situación, probado el error, se les permitía que la esposa adquiriera la ciudadanía romana y el hijo concebido de dicha pareja, estuviera bajo la potestad paterna. También

si la situación era inversa, o sea, la mujer, ciudadana y el hombre no, desconociendo tal circunstancia, se tomó la misma solución que en el caso anterior.

La legitimación fue otra forma de adquirir la patria potestad, en este caso, sobre los hijos nacidos de concubinato. Quedaban fuera de la posibilidad de legitimación los hijos adulterinos e incestuosos.

Para que se produjera la legitimación que equiparaba a estos hijos naturales a los legítimos, se requería el consentimiento del legitimado, que en caso de no poder hacerlo por su corta edad, debía ratificarla posteriormente. Los medios otorgados por la ley para que sea válida la legitimación, fueron: el matrimonio subsiguiente de los padres, la oblación a la curia o el rescripto del emperador. El primer caso exigía que no existieran impedimentos matrimoniales al momento de la concepción del hijo. Si en este caso los padres contraían matrimonio, el hijo quedaba equiparado totalmente al hijo legítimo.

La ofrenda a la curia significaba ofrecer un hijo natural para desempeñarse como decurión o casar a la hija natural con un decurión. Los decuriones tenían la función, entre otras, de recaudar impuestos. Ésta tarea tenía pocos candidatos dispuestos a ejercerla, ya que debían responder personalmente en caso de que no pagaran los contribuyentes. Ésta forma de legitimación creaba un vínculo civil, agnaticio entre el padre y el hijo, pero éste último no era pariente civil de los demás parientes del padre.

Durante el mandato del emperador Justiniano surgió una nueva forma de legitimación, para aquellos casos en que no pudiera darse el subsiguiente matrimonio de los padres, por existir algún impedimento. La legitimación por rescripto imperial, o sea concedida por el emperador, a pedido del padre por presentación directa o por disposición testamentaria, tenía como único requisito, que el padre natural no poseyera hijos legítimos. Si el padre no los hubiera legitimado en el testamento, pero los hubiera instituido herederos, los propios hijos podían solicitar la legitimación pues se suponía

que esa era la voluntad del testador. Ésta forma de legitimación equiparaba en todos sus efectos al hijo natural con los hijos legítimos.

Con respecto a los hijos adoptados, esta institución del derecho civil, significaba, introducir al adoptado a la familia y crear un vínculo de patria potestad sin la existencia de un vínculo de sangre. Dentro de la adopción cabía distinguir la adopción de un alieni iuris, o sea de una persona que ya estaba bajo el poder de un pater y pasaba a depender de otro y la adrogación, por el cual una persona sui iuris, o sea no sujeta a patria potestad, pasaba a depender de otra en calidad de filius.

Para ser adoptante, se requería tener capacidad, debiendo para ello ser un hombre sui iuris y ciudadano romano. No podían adoptar los tutores y curadores a sus pupilos mientras estos fueran menores de 25 años. Las mujeres no podían adoptar, pero sí ser adoptadas. Tampoco podían hacerlo los menores de 18 años, ni los castrados.

Para que se operara la adopción, el padre originario debía vender ficticiamente el hijo al adoptante, mediante tres mancipaciones medio solemne y privado de transmisión del dominio, mediante el procedimiento del cobre y la balanza. Las dos primeras compraventas eran lógicamente seguidas de manumisión, para que el acto de compraventa pudiera volver a efectuarse. En el caso de hijas y nietos, bastaba una sola mancipación.

Luego de la última venta el hijo no quedaba bajo la patria potestad del nuevo pater, sino en mancipium, otra potestad inherente al pater. Para lograr la patria potestad, se requería entonces, que el pater adquirente, volviera a remanciparlo ficticiamente, para que no estuviera ya en mancipium. En esa situación el pater adoptante intentaba contra el padre natural una reivindicación, acción por la cual se recuperaban las cosas robadas. Ante la falta de oposición del padre biológico el adoptivo adquiría la patria potestad, por decisión del magistrado. En época de Justiniano bastó con la presentación del padre adoptante, del adoptivo y del adoptado, por la cual el primero manifestaba su decisión ante el magistrado y se labraba un acta ante el Juez.

La adopción creaba un vínculo similar, entre padre e hijo, por lo tanto, se exigió que el adoptante fuera mayor que el adoptado por lo menos, en 18 años. En el derecho antiguo no se exigió el consentimiento del adoptado, lo que sí fue condición durante el derecho clásico.

Si la adopción fuera de un nieto, el abuelo que daba al nieto en adopción lo hacía por su propia voluntad sin ser necesario el consentimiento del padre de la persona a dar en adopción. En el caso de que el adoptante sea el abuelo, se requería la conformidad del abuelo y del padre adoptante.

El emperador Justiniano distinguió entre la adopción plena, que se daba en el caso de que el adoptante fuera a su vez ascendiente natural del adoptado, donde se producía la incorporación del adoptado bajo la patria potestad del adoptante, del caso de la adopción menos plena, o sea, cuando el adoptante fuera un extraño, el adoptado no salía de la patria potestad con respecto a su padre natural, sin embargo, tenía el adoptado derecho a concurrir a la sucesión intestada del padre adoptivo.

La adrogación era la incorporación a la familia de un *sui iuris*, o sea, de quien no estaba sometido a la patria potestad. Fue de gran importancia pues este *sui iuris* al incorporarse como *alieni iuris* a otra familia, renunciaba a su propio culto familiar, para tomar el del adoptante, además de que se integraba con todas las personas que se hallaban bajo su propia potestad. Ante una situación tan significativa, era indispensable la intervención de los pontífices. Se requería la conformidad del adrogante y la del adrogado, pero además la del pueblo reunido en comicio. Luego, los comicios fueron reemplazados por una asamblea. Posteriormente durante el imperio se permitió que pudiera efectuarse por rescripto imperial.

Además de los requisitos exigidos para la adopción, los pontífices debían realizar una investigación para determinar la causa por la que se efectuaba, que debía ser justa y beneficiar al adoptado. El adrogante debía tener al menos 60 años, y adquiría la patria potestad sobre el adrogado y toda su familia agnaticia.

En los primeros tiempos, su facultad era tan amplia que podía disponer totalmente de la persona y los bienes de sus filius. Esta potestad fue moderándose muy paulatinamente en la república, limitándose particularmente en la Roma imperial y sobre todo bajo la influencia cristiana. A fines del siglo II, el pater sólo podía ejercer una facultad correctiva. Todo padre que diera muerte a un hijo, a partir del reinado del emperador Constantino, fue considerado parricida.

La posibilidad del padre, otorgada por la ley de las XII Tablas, de vender al hijo, fue declarada ilícita por el emperador Caracalla, salvo por motivos de pobreza extrema. Dióclesiano y luego Constantino, lo prohibieron en cualquier caso, aunque éste último emperador realizó una salvedad. Podía enajenarse el hijo si fuera recién nacido, en caso de padre indigente, pero reservándose la facultad de poder readquirirlo.

Hasta el bajo imperio era facultad del pater abandonar al filius, que podía vivir junto al que lo recogiera, como hijo o esclavo. Con Justiniano el hijo abandonado, adquiría la condición de libre y sui iuris.

La potestad sobre los bienes de los hijos era total, ya que existía un sólo patrimonio familiar del que el pater era titular. Durante el imperio, aparecieron los peculios, que eran bienes que se permitían que fueran del hijo, quien los podía administrar peculio profecticio o adquirirlos en propiedad castrense, cuasi castrense, y adventicio.

Con respecto a la extinción de la patria potestad, diré que la causa natural de extinción de la patria potestad era la muerte del pater o del filius. También la capitis deminutio máxima que es pérdida de la libertad de cualquiera de ellos extinguía el vínculo.

Tenían esa consecuencia, además, la capitis deminutio media que es la pérdida de la ciudadanía y la capitis deminutio mínima que era la pérdida de la calidad de sui iuris ya sea por adopción o adrogación.

Como casos excepcionales, desde muy antiguo los filius sacerdotes de Júpiter y las mujeres, vírgenes vestales salían de la patria potestad. En la época de Justiniano, salían de la patria potestad sin perder sus derechos agnaticios, los que desempeñaran altas funciones, como cónsul o prefecto del pretorio.

La emancipación fue otra causa de salir de la patria potestad que se realizaba haciendo ficticiamente, con la complicidad de un tercero, la triple venta exigida por la ley decenviral para perder la patria potestad. Al cabo de ellas, el padre lo readquiría y luego la manumitía, adquiriendo la calidad de sui iuris. Ésto en el caso del varón, las mujeres para emanciparse, requería una sola venta.

El emperador Anastasio simplificó este engorroso procedimiento, creando la emancipación anastasiana, pudiendo otorgarse por rescripto imperial. La emancipación justiniana, finalmente, permitió la emancipación con la simple declaración, de ambos interesados, ante un magistrado competente.

En cuanto al derecho germánico, se dice: “similares características a Roma presenta el munt del derecho germánico primitivo. El padre, al acoger al hijo de su mujer, lo incorporaba a la comunidad doméstica y consiguientemente, el hijo quedaba sometido a la potestad protectora de la sippe. El munt sólo cesaba al ser acogido el hijo en las asambleas comunales o respecto de las hijas, al emanciparse por matrimonio”².

Así también se indica que: “un pasaje decisivo de Tácito, es aquél donde dice que el hermano de la madre considera a su sobrino como si fuese hijo suyo; algunos hay que hasta tienen por más estrecho y sagrado el vínculo de la sangre, entre tío materno y sobrino, que entre padre e hijo, de suerte que cuando se exigen rehenes, el hijo de la hermana se considera como una garantía mucho más grande que el propio hijo de aquel a quien se quiere ligar. He aquí una reliquia viva de la gens organizada con arreglo al derecho materno, es decir, primitiva y que caracteriza muy en particular a los germanos. Cuando los miembros de una gens de esta especie daban a su propio hijo

² Aragón, Hilda, **Ob, Cit.;** Pág. 7.

en prenda de una promesa solemne, y cuando éste hijo era víctima de la violación del tratado por su padre, éste no tenía que dar cuenta a su madre sino a sí mismo.

Pero si el sacrificado era el hijo de una hermana, esto constituía una violación del más sagrado derecho de la gens; el pariente gentil más próximo, a quien incumbía antes que a todos los demás la protección del niño o del joven, era considerado como el culpable de su muerte; bien no debía entregarlos como rehenes o bien debía observar lo tratado. Si no encontrásemos ninguna otra huella de la gens entre los germanos, este único pasaje nos bastaría. Por lo demás, ya en los tiempos de Tácito, entre los germanos, por lo menos entre los que él conoció de cerca, el derecho materno había sido remplazado por el derecho paterno; los hijos heredaban al padre; a falta de ellos sucedían los hermanos y los tíos por ambas líneas, paterna y materna.

La admisión del hermano de la madre a la herencia se halla vinculada al mantenimiento de la costumbre que acabamos de recordar y prueba también cuán reciente era aún entre los germanos el derecho paterno. Encuéntrense también huellas del derecho materno a mediados de la edad media. Según parece, en aquella época no había gran confianza en la paternidad, sobre todo entre los siervos; por eso, cuando un señor feudal reclamaba a una ciudad algún siervo suyo prófugo, necesitaba, que la calidad de siervo del perseguido fuese afirmada bajo juramento por seis de sus más próximos parientes consanguíneos, todos ellos por línea materna”³.

El movimiento codificador de los inicios del siglo XIX, representado emblemáticamente por el código Napoleónico, trató a la patria potestad como una institución que reconocía vertientes distintas, si bien la influencia del derecho romano prevalecía sobre el modelo legislativo organizado. Cabe destacar los esfuerzos del iluminismo por propalar una nueva estructura familiar, comúnmente conocida como moderna y nuclear:

En sentido estricto, está compuesta únicamente:

³ **Ibid**, Pág. 8.

- a. Por el padre de familia;
- b. Por la madre de familia, quien según la idea recibida casi en toda partes, pasa a la familia del marido;
- c. Los hijos, que si se puede hablar así, al estar formados de la sustancia del padre y de la madre, pertenecen necesariamente a la familia. Pero cuando se toma la familia en sentido más amplio, se incluyen en ella todos los parientes; pues aún cuando después de la muerte del padre de familia, cada hijo establezca una familia particular, a todos los que descienden de un mismo tronco y que derivan por tanto de una misma sangre, se los considera como miembros de una misma familia.

Dentro de la familia moderna en cuyo seno aparece como figura relevante el niño: conservar los hijos va a significar poner fin a los daños causados por la domesticidad, promover nuevas condiciones de educación que, por un lado, puedan contrarrestar la nocividad de sus efectos sobre los niños que se les confía y por otro, obligar a que eduquen a sus hijos todos aquellos individuos que tienen tendencia a abandonarlos al cuidado del Estado o a la mortífera industria de las nodrizas.

Al respecto los padres deberían dirigir sus atenciones directas y personales, evitando todo sustituto de aquellos: al mismo tiempo que se operaba esta reducción de los miembros de la familia, se agregaban dos ideas, la de parentesco y la de coresidencia, que hasta mediados del siglo XVIII habían permanecido disociadas. En lugar de pasar revista a los diferentes sentidos de la palabra familia, el caballero de Jaucourt, en la enciclopedia, se esforzó por reunirlos. Para él, la familia es una sociedad doméstica que constituye el primero de los estados accesorios y naturales del hombre. En efecto, una familia es una sociedad civil establecida por una naturaleza; esta sociedad es la más natural y la más antigua de todas, sirve de fundamento a la sociedad nacional; pues un pueblo o una nación sólo es un compuesto de varias familias. Las familias comienzan por el matrimonio, unión a la que la propia naturaleza invita a los hombres, y de la cual

nacen los hijos, que al perpetuar las familias, mantienen la sociedad humana y reparan las pérdidas que la muerte les produce todos los días.

Sin embargo, la historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de éste poder absoluto y ello se debe a una razón elemental: a medida que el Estado va cobrando poder, la familia que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes eran exclusivas. La administración de justicia ya no es interior ni se ejerce en nombre de la domus; las funciones económicas, esencialmente el comercio, se transfieren a otras organizaciones; el culto, finalmente, se hace también exterior a la familia.

Del núcleo totémico constituido por quienes se consideran consanguíneos por descendencia común de un antepasado de naturaleza mística comunidad del tótem, pasando por las comunidades de nombre, la familia punalúa y la sindiásmica a los albores de la monogamia, la familia patriarcal romana; centro basado en la propiedad latifundista, en el trabajo de los esclavos y en la unidad política y religiosa con sus leyes y su justicia interior, la familia paternal germánica y la familia moderna tradicional, el grupo se ha ido despojando paulatinamente de funciones a otra indelegables.

La familia moderna no es ya aquel pequeño Estado, centralizado y gobernado por el pater; al transferir las funciones religiosas, legislativas y judiciales redujo su ámbito que el poder político del Estado tomó para sí, cambió con todo la naturaleza de la cohesión familiar. La familia que se basaba en el antaño en una relación de dominio, se convirtió cada vez más en un grupo moral de una institución que tenía por objeto la producción y los negocios, pasó cada vez más a ser una institución que tiene en cuenta la vida moral y cada vez más limitada en sus fines económicos, puede perseguir mejor fines nobles e ideales y convertirse, en fin, en un receptáculo más rico de los sentimientos afectivos que provoca.

1.2. Elementos

La patria potestad no es absolutamente en la época moderna, en interés de los padres como existía en el curso de la historia, sino más bien en el de los hijos.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce sucesivamente por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela maternos.

Sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona o personas que le adoptan como consecuencia natural de la adopción. Tratándose de hijos nacidos fuera del matrimonio cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos ambos ejercerán la patria potestad. Cuando viviendo separados lo hayan reconocido en el mismo acto, convendrán cual de los dos podrá ejercerla y en el caso de que no lo hicieran lo resolverá el juez de primera instancia del lugar.

1.3. Características

La patria potestad pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. De acuerdo a ello ésta potestad puede resumirse en tres proposiciones:

- a. El jefe de familia es el encargado del culto doméstico;
- b. Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio todo lo que ellos adquieren es adquirido por el pater familias; y
- c. La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del pater familias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte.

Como ésta potestad es el interés del padre, no podrá pertenecer a ninguna mujer ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la misma.

1.4. Definición

Los romanos consideraban la patria potestad como el poder atribuido al padre de familia, es decir la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción.

En las instituciones de Justiniano se decía: *in potestate nostras sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus*, están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias. Como puede apreciarse en este principio queda manifiesto la idea del poder, el cual se manifiesta abiertamente en la familia, mediante la autoridad máxima del pater.

Desde luego para ejercitar esa patria potestad en el derecho civil romano era requisito ser ciudadano romano, en cuyo caso según el derecho antiguo el pater familia era el propietario de los hijos, tenía el derecho de vida y muerte podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que éstos hubieran causado, castigarlos y matarlos según disponía la ley de las XII tablas; como el padre era el propietario de su hijo los bienes que éste adquiriría pasaban al poder también del padre.

Ésta potestad de los padres sobre los hijos duró casi todo el régimen republicano pero posteriormente fue modificada por lo que ya en la época imperial romana, el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, más no en el propietario de ella.

Así se dice que como patria potestad se le conoce “al conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone”⁴.

“Según las modernas concepciones del mundo civilizado, la patria potestad es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y

⁴ Espín Cánovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, Pág. 422.

asistencia de sus hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de éstos”⁵.

“La patria potestad, entonces ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes; es más que todo, una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad”⁶.

De todo lo expuesto, puedo definir que la patria potestad, es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente los terceros respecto a los hijos menores considerados tanto en su persona como en su patrimonio.

En la patria potestad se distinguen dos aspectos; uno referido a la protección de los intereses materiales como la asistencia protectora y por otro la de los intereses espirituales siendo la asistencia formativa.

1.5. Fuentes

La principal fuente de la patria potestad es el matrimonio, es decir de los padres sobre los hijos nacidos de éste, también son fuentes la adopción y la legitimación.

La filiación corresponde al lazo natural que relaciona al hijo con sus autores, produce efectos extensos; la filiación más plena es sin duda, aquélla que emana del matrimonio es decir que debe ser legalmente cierta.

⁵ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, Pág. 432.

⁶ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, Pág. 157.

La adopción se da cuando una persona es reconocida legalmente por otra como hijo, estableciéndose las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación del matrimonio. La legitimación corresponde al reconocimiento jurídico de una relación de padres e hijos cuando esta se da fuera del matrimonio.

1.6. Efectos

Los efectos de la patria potestad, pueden distinguirse en dos relaciones: con las personas y con los bienes.

a. Efectos con relación a las personas

Respecto a los sometidos en la patria potestad, los hijos cualesquiera sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Éste deber predominantemente ético no se extingue con la emancipación.

Mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en virtud de decreto de la autoridad; tampoco puede comparecer en juicios ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan resolviendo el juez en caso de irracional desacuerdo.

Estas prescripciones tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quienes se encuentran sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin autorización a contraer obligaciones que pudieran comprometer su patrimonio.

Respecto a las personas que la ejercen; la obligación de educar convenientemente al menor, incumbe a las personas que le tienen bajo su patria potestad y su incumplimiento entraña responsabilidad. Los padres y los representantes de los menores, tienen el deber de hacer que sus hijos o representados en edad inferior a 15 años concurren a las escuelas del Estado, a particulares autorizadas para cursar la

educación primaria y secundaria sancionándose administrativamente con multa el incumplimiento de esta obligación.

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de castigar y corregir a sus hijos moderadamente. La moderación a que hace referencia el Código Civil significa que en ningún caso esta autorizada con exceso de lo que en el orden natural de la conducta humana, pueden presumirse de quienes ejercen la patria potestad.

La obligación de dar alimento, a los hijos se acentúa en el caso de que se halle sometido a la patria potestad.

b. Efectos con relación a los bienes

Los bienes del hijo mientras este bajo la patria potestad son de dos clases, los que adquiera con su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título; los de la primera clase pertenecen a su propiedad, y la segunda a la administración y usufructo al hijo.

1.7. Regulación legal

En la actualidad, el esclarecimiento de las relaciones familiares impuso a la autoridad paterna principios y objetivos que transforman paradigmáticamente su dinámica, la jurista Yanel López Borsche, citando a Julián García Ramírez señala: “el derecho contemporáneo que protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una creciente protección a la mujer y notoria solicitud hacia las y los menores. En éste cambio de enfoques, la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre, para convertirse en una función social en que está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y las niñas”⁷.

⁷ López Borsche, Yanel, **Patria potestad**, Pág. 4.

La segunda mitad del siglo pasado, fue escenario del movimiento mundial tendiente al fortalecimiento de la familia y a su interior, a poner de resalto los derechos de sus componentes más débiles: la mujer y el niño.

A continuación haré mención de los instrumentos internacionales que reflejan éste proceso, según lo expone Yanel López Borche:

a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Esta Declaración fue aprobada en 1948 por la Organización de Estados Americanos, que establece como derecho de toda persona, el constituir una familia, como elemento natural de la sociedad y a recibir protección para ella; establece la protección de la maternidad y de todo niño, con cuidados y ayuda especiales. Sobre el derecho al trabajo, considera como retribución justa la que, asegure un nivel de vida conveniente para la persona trabajadora y su familia. Como deberes, entre otros establece, que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad y los hijos tienen el deber de honrar a los padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

b. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el mismo año, considera a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y establece su derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Se establece el derecho a casarse y fundar una familia, con el único requisito del libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, respecto al trabajo, la remuneración debe asegurar tanto al trabajador como a su familia, una existencia acorde a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Se hace referencia al nivel de vida que asegure a cada persona y su familia, la satisfacción plena de las necesidades sociales básicas, en materia de salud y bienestar, derecho a cuidados y proporcionarles asistencia especial a la maternidad y la infancia, igualdad de derecho a la protección de todos los niños nacidos o no dentro del matrimonio, derecho a la educación y de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos.

c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Sancionado en 1966 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, reafirma los derechos reconocidos por los instrumentos previos y garantiza a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente en su constitución y mientras sea responsable de los hijos a cargo.

Artículo 10. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la

explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales pelagra su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, este será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley, el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

d. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer

Aprobada en 1979 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, enfatiza en la modificación de patrones culturales y en la educación familiar con el objetivo de eliminar prejuicios y prácticas discriminatorias, la responsabilidad de los Estados de tomar las medidas apropiadas y garantizar los mismos derechos a hombres y mujeres así como la protección especial a la mujer durante el embarazo, parto y período posterior.

e. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Aprobada en 1989 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, establece en su preámbulo: convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Por lo demás diré que el tema familia se retoma, prácticamente en todos los Artículos de la Convención, sin embargo citaré los siguientes:

Artículo 5. Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso de los miembros de la familia ampliada o de la

comunidad, según establezca la costumbre local de los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 7. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo 8 Numeral 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

Numeral 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9 Numeral 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Numeral 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Numeral 4. Cuando esa separación sea el resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como lo es la detención, encarcelamiento, exilio, la deportación, o la

muerte, incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona este bajo la custodia del estado de uno de los padres del niño o de ambos, el Estado Parte proporcionara información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que esto resulte perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cercioraran, además de que la presentación de tal petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10. Libertad de tránsito, de conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

Artículo 11 Numeral 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
Numeral 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 14 Numeral 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres, y en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Artículo 16 Numeral 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales en contra de su honra y su reputación.

Numeral 2. El niño tiene derecho a la protección que la ley señala y que este en contra de esas injerencias o ataques.

Artículo 18 Numeral 1. Los Estados Partes, pondrán el máximo empeño en Garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, porque su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Numeral 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Numeral 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19 Numeral 1. Los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Numeral 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, a procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención, y para la identificación. Notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y según corresponda la intervención judicial.

Artículo 20 Numeral 1. Los niños temporal o permanentemente privado de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Numeral 2. Los Estados Partes, garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

Numeral 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la Kafala del derecho Islámico, la adopción o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas para la protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestara particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial en los siguientes casos:

- a. Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinaran con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b. Reconocerán que la adopción en otro país pueda ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

- c. Velarán porque el niño que haya ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d. Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e. Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales, multilaterales y se esforzarán dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades y organismos competentes.

Artículo 22 Numeral 1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitarias adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos estados sean partes.

Numeral 2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen en las naciones unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanentemente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente convención.

Artículo 23 Numeral 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

Numeral 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuado al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

Numeral 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Numeral 4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la información de difusión sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos ampliando su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24 Numeral 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute al más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Parte se esforzarán por asegurar porque ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Numeral 2. Los Estados Partes aseguran la plena aplicación de este derecho y en particular adoptarán las medidas apropiadas para:

- a. Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b. Asegurar la prestación de la asistencia medica y la atención sanitaria que sean necesarias para todos los niños, asiendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c. Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d. Asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e. Asegurar de que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de sus conocimientos;
- f. Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación de a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

Numeral 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

Numeral 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 27.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. Los padres y otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad en este derecho y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres y otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño y resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los

convenios internacionales o con la concertación de dichos convenios, así como la concertación de otros arreglos apropiados.

Artículo 29.

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c. Inculcar en el niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y de sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya;
- d. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e. Inculcar en el niño el respeto al medio ambiente natural.

Según la opinión de ésta autora, junto a estos derechos progresivamente se la relaciona a los deberes de asistir, alimentar, educar y amparar a los miembros que así lo necesiten tales como a los hijos, ancianos y discapacitados .

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, desde la perspectiva de él como sujeto de derecho, reconoce que la familia debe recibir la protección y la asistencia necesarias, para poder asumir plenamente sus responsabilidades como ámbito para el pleno desarrollo del niño y sus funciones dentro de la comunidad.

Queda establecido que los Estados Parte respetarán éstas responsabilidades, y éstos derechos y deberes de la familia, a los efectos de que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Se definen claramente los derechos a reconocer, respetar, promover y garantizar, se enfatiza el concepto de familia como un derecho del niño y se establecen las responsabilidades de la familia al respecto, así como las del Estado y de la sociedad en su conjunto.

Por mi parte agrego que la problemática familiar es considerada con preocupación en el ámbito internacional, surgiendo de las diferentes instancias de reunión a éste nivel como la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, en Viena en el año de 1993; y la Conferencia sobre la Situación de la Mujer; en la ciudad de Beijing en el año de 1996; siendo el Año Internacional de la Familia, en 1994, dando recomendaciones de protección a través de la legislación y de políticas públicas que fortalezcan los aspectos cualitativos que referíamos como sustanciales a la familia: lazos afectivos y valores, como la solidaridad, respeto, participación.

A su vez se enfatiza el lugar del privilegio de la familia al momento de abordar problemáticas de sectores tales como mujeres, niños, jóvenes, ancianos, discapacitados, refugiados, migrantes, privados de libertad, minorías étnicas.

Por su parte el Código Civil guatemalteco, en su Libro I, Título II y Capítulo VII al regular la patria potestad, refiere:

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.

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

Artículo 254. Representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.

Artículo 255. Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado.

Artículo 256. Pugna entre el padre y la madre. Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

Artículo 257. Padres menores de edad. Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre.

Artículo 258. Hijo adoptivo. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado.

Artículo 259. Capacidad relativa de los menores. Los mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento.

Artículo 260. Los hijos deben vivir con sus padres casados o unidos. Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar casa paterna o materna o aquélla en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.

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

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

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

Artículo 262. El interés de los hijos es predominante. No obstante lo preceptuado en los artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

Artículo 263. Los hijos deben respeto a sus padres. Los hijos aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

Artículo 264. Bienes de los hijos. Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público.

Artículo 265. Tampoco podrán los padres celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona.

Artículo 266. Siempre que el juez conceda licencia para enajenar o gravar bienes inmuebles, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta o el monto del crédito sea empleado en el objeto que motivó la autorización y que el saldo, si lo hubiere, se invierta debidamente, depositándose mientras tanto en un establecimiento bancario.

Artículo 267. Salvo el caso de sucesión intestada, el que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor.

Los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos.

Artículo 268. Tutor especial. Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial.

Artículo 269. Separación de la patria potestad. Si el que ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o del Ministerio Público.

Artículo 270. Los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra.

Artículo 271. Si al que se halla bajo la patria potestad se le hiciere alguna donación, o se le dejare herencia o legado, con la expresa condición de que los bienes no los administren los padres, será respetada la voluntad del donante o testador, quien deberá designar la persona o institución administradora y si no lo hiciere, el nombramiento lo hará el juez en persona de reconocida solvencia y honorabilidad, si no hubiere institución bancaria autorizada para tales encargos.

Artículo 272. Los padres deben entregar a los hijos, luego que éstos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración.

Artículo 273. Suspensión. La patria potestad se suspende:

1. Por ausencia del que la ejerce, declarada Judicialmente;
2. Por interdicción, declarada en la misma forma;

3. Por ebriedad consuetudinaria; y
4. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.

Artículo 274. Perdida. La patria potestad se pierde:

1. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
2. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;
3. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
4. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y
5. 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.

Artículo 275. El que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacia sus hijos, que se establecen en el presente capítulo.

Artículo 276. Sólo podrán promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado

de consanguinidad y el Ministerio Público. El progenitor inocente y el Ministerio Público serán parte en el juicio en todos los casos.

Artículo 277. Restablecimiento. El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

1. Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;
2. Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; y
3. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º de este artículo.

En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.

La ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece en alguno de sus artículos lo siguiente:

Artículo 9. Vida. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho fundamental a la vida. Es obligación del Estado garantizar su supervivencia, seguridad y desarrollo integral. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Estos derechos se reconocen desde su concepción.

Artículo 14. Identidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales y su idioma. Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración y privación de ella.

Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos.

El Estado deberá prestar la asistencia y protección adecuada en todos aquellos casos en los que sean privados ilegalmente de alguno de los elementos que constituyen su identidad, con el fin de restablecerla.

Artículo 18. Derecho a la familia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

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

CAPÍTULO II

2. Guarda y custodia

2.1. Definición

El sistema para el desarrollo integral de la familia en el distrito federal, de la República mexicana, informa que la guarda y custodia, es la protección y cuidado de los hijos, y que los encargados de ejercerla, son los padres, y cuando por alguna circunstancia deje de ejercerla uno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

“La guarda y custodia de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre”⁸.

Cuando se produce una separación o un divorcio y hay hijos en común, la guarda y custodia de éstos puede ser adjudicada a cualquiera de los dos progenitores. La decisión final depende de varios factores.

La guarda y custodia, es un concepto que define con quién va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación de los padres.

La guarda y custodia de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba y ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, 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 el que debe decidir. En éste supuesto se tienen en cuenta varios factores: no

⁸ Mundohogar, **Hijos guarda y custodia**, Pág. 15.

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.

Otro de los criterios que tiene en cuenta el juez 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 éste 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, en el 94 por ciento de los casos se adjudica a las mujeres.

Colateralmente con la decisión de con quien quedarán viviendo los hijos, se debe aprobar el régimen de visitas.

Con éste concepto se define el tiempo que el niño convive con el progenitor que no posee la custodia. Lo más común, es establecer un régimen de visitas de fines de semanas alternos y períodos vacacionales al 50 por ciento. Cada vez se convienen regímenes de visitas más amplios, introduciendo algún día entre semana.

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

Vale la pena hacer la aclaración que en toda separación, los que más sufren son los niños; por lo que para amortiguar ese dolor, considero que lo mejor es explicarles claramente cuál es la situación, a la vez que se les da confianza en todo lo que se refiere a su bienestar.

Tanto el padre como la madre deben hacer ver a sus hijos, que la separación sólo se produce por discrepancias entre ellos y nunca hacerles sentir culpables. Es muy

importante, también, no hacer comentarios despectivos del otro cónyuge cuando están los niños presentes, y mucho menos hacerle ver como único culpable de la ruptura.

Por último con respecto a éste punto, considero que es necesario, que los niños no tengan la sensación de ruptura familiar. Para ello, hay que hacerles saber que la familia la siguen componiendo papá, mamá y ellos, aunque ahora la forma de vida haya cambiado.

Tanto si se quedan al cargo de los hijos como si no, los dos cónyuges tienen una serie de derechos y obligaciones con los niños.

1. Cuando se tiene la custodia:

a. Como derechos tendrá:

- El cónyuge facultado posee el propio disfrute diario de los hijos;
- Tomar las decisiones que afectan a los niños el día a día;
- La administración de sus bienes y de su pensión alimenticia.

b. Como obligaciones, se tendrán:

- Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesario;
- El progenitor que tiene la custodia también debe facilitar el cumplimiento del régimen de visitas;
- Informar al otro cónyuge de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

2. Cuando no se tiene la custodia:

a. Como derechos se tendrán:

Disfrutar del régimen de visitas acordado, ser informado de todas las incidencias importantes, ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario y la posibilidad de acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.

b. Como obligaciones se tendrán:

Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador; régimen de visitas y pensiones alimenticias, así como velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

2.1. Naturaleza jurídica

Existe unanimidad en la doctrina en considerar el deber del progenitor, que tiene atribuida la guarda y custodia, de hacer entrega de los menores, en el lugar, día y hora establecidos, al progenitor no custodio, para que éste disfrute del derecho de visitas, comunicaciones y estancias establecido en la sentencia.

Aún cuando, materialmente la obligación no requiera forzosamente un hacer personalísimo del progenitor custodio, en la medida en que, el hacer que consiste en entregar a los menores al otro progenitor, puede ser realizado por otra persona, como un abuelo del menor, un tío, incluso el hermano mayor de edad del propio menor, que podrían sustituir satisfactoriamente la actividad que se requiere del obligado, jurídicamente se considera tal actividad un hacer personalísimo, la ley a través de la sentencia requiere, por tanto, que la obligación consiste, en la entrega de los menores al otro progenitor, sea realizado por el padre custodio, de modo que sólo excepcionalmente, por imposibilidad y otras causas, pueda el progenitor delegar el cumplimiento de tal obligación en un tercero, normalmente un pariente mayor de edad, salvo que la resolución judicial hubiere establecido otra cosa.

Dentro de esas obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, derivadas de las medidas, establecidas en sentencia o convenio, relativas al ejercicio de la patria potestad, guarda, custodia y régimen de visitas de los menores, obligaciones que constituirían un género, y se hace distinguir, a efectos de ejecución, otra clase de obligaciones, que serían las derivadas del régimen de visitas. La especialidad viene determinada, precisamente, por las específicas consecuencias jurídicas previstas en la norma para el supuesto de incumplimientos reiterados de la obligación, que pueden dar lugar a la modificación del régimen de guarda y de visitas.

Se comenta que: “de un tiempo a ésta parte en la práctica forense nos viene mostrando, en el ámbito de los procesos de familia y de medidas de guarda relativas a menores nacidos fuera del matrimonio, un considerable aumento del número de casos en que, tras fijarse, en la sentencia o en el convenio regulador, judicialmente aprobado, un régimen de comunicaciones y estancias de los hijos menores con el progenitor no custodio en una abrumadora mayoría de casos, el padre no es posible dar cumplimiento en la práctica a dicho régimen, debido a una actitud renuente o deliberadamente rebelde del progenitor guardador que, bien se niega de forma explícita a hacer entrega de los menores, en el lugar día y hora predeterminados, al progenitor no custodio, para el ejercicio por éste de su derecho a comunicaciones y estancias, son pretextos de ser el menor el que rechaza y se opone a ir con su padre. Es decir que al principio se muestra formalmente dispuesto cínicamente a facilitar la ejecución, para después llenar de obstáculos, trabas y trampas el normal desarrollo del régimen de comunicaciones establecido, con el propósito de boicotearlo y hacerlo fracasar”⁹.

En la actualidad, la utilización de la denominación derecho de visitas, para referirse a las comunicaciones y estancias que mantiene el progenitor no guardador con sus hijos menores, tras la separación o divorcio de los padres, es vista con recelo, con toda la razón, por una gran mayoría de padres separados y divorciados que atribuyen a dicha expresión claras connotaciones peyorativas y discriminatorias frente a las madres, las que, sociológicamente, ostentan, en la inmensa mayoría de los casos de separación y

⁹ González del Pozo, Juan Pablo, **La obligación de entrega de los menores al progenitor no custodio**, Pág. 3.

divorcio, la guarda y custodia exclusiva de los hijos menores, y ello en cuanto el verbo visitar significa, en su primera acepción, según el Diccionario de la Real Academia Española: Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo, trasladando la idea, coincidente además con otras acepciones del verbo, de contactos rápidos del padre con el menor, de corta duración y de escasa intensidad, similares a los de la visita domiciliaria del médico al enfermo o a las visitas de pura cortesía a alguien para conocerlo.

Así mismo se señala que, efectivamente, el empleo del término derecho de visitas, está definido, en su uso sociológico, de connotaciones peyorativas y que, por eso, se considera más adecuado hablar de derecho de comunicaciones y estancias con el menor. Si se mantiene en el título es porque tal denominación continúa siendo la más conocida, permite identificar claramente el tema del que se debate y su uso lingüístico es más breve y sencillo que el de la locución comunicaciones y estancias.

Por supuesto no se examinan aquí aquellos supuestos, también numerosos en la práctica, en que, el incumplimiento del régimen de visitas, no se debe a un comportamiento o actitud del progenitor custodio, sino a la propia conducta del progenitor no custodio que provoca rechazo en los menores por causas diversas trato humillante, rigor y disciplina excesivos, falta de habilidades básicas para interaccionar con los menores, abusos sexuales, o a la propia actitud del menor, no inducida por el progenitor custodio, especialmente a partir de cierta edad 10, 11 o 12 años, según los casos en que el hijo rechaza la compañía del progenitor no custodio, por no serle grata la relación paterno filial a causa de motivos diversos, graves diferencias de carácter y personalidad, posturas irreconciliables sobre el uso del tiempo de ocio, resentimientos del hijo hacia el padre por hechos pasados que le resultaron especialmente dolorosos.

Tampoco se plantea aquí el estudio de los casos de falta de ejercicio, por parte del progenitor no custodio, de su derecho a mantener contactos con el menor, y el de comunicarse sea en realidad, más que un genuino derecho subjetivo, un derecho que se establece en función de los intereses y beneficio del menor, necesitado del contacto

con la figura paterna para su adecuado desarrollo psicoafectivo y de madurez, que implica, en realidad un deber del progenitor de mantener contactos con su hijo para velar por él, de tal suerte diré que, lo cierto es que ese deber paterno de comunicar con el hijo es incoercible, pues resulta imposible obligar coactivamente a un padre a relacionarse con su hijo, lo que no quiere decir, en modo alguno, que no produzca consecuencias jurídicas el incumplimiento.

Por parte del progenitor no guardador, de ese deber de relación, a veces debido a la pura desidia, a la mera comodidad o a impedimentos laborales causas por las que, en determinados casos, producida la ruptura de la convivencia ente los integrantes de una unión matrimonial o de hecho con hijos comunes menores de edad, el progenitor guardador trata de impedir, por todos los medios a su alcance, sea de manera permanente o transitoria, sea con mayor o menor virulencia, que el progenitor no custodio mantenga un régimen normalizado y regular de comunicaciones y estancias con los hijos.

En una primera aproximación, sin intención alguna de profundizar en la cuestión, una de las causas que provocan ese tipo de conductas del progenitor custodio, tal vez la más frecuente en la práctica, es el manipuleo, en la comunicación de los hijos como elemento de presión o coacción para conseguir, del progenitor no custodio, determinadas pretensiones de tipo económico derivadas de la ruptura matrimonial, como las referidas a la liquidación de los bienes comunes, al pago de la pensión compensatoria o alimenticia y de los gastos extraordinarios generados por el menor.

El manipuleo por parte del progenitor custodio, de las visitas a los hijos como elemento de negociación o presión frente al progenitor no guardador, es una práctica corriente entre progenitores mal avenidos; siendo frecuente que aquél justifique ante éste su negativa a que se comunique con los hijos con expresiones tales como las siguientes: puesto que no me pagas la pensión de alimentos no tienes derecho a ver al niño o hasta que no demuestres querer realmente a tu hija, abonándome la mitad de los gastos extraordinarios que te reclamé, no vas a ver a la niña.

Éste es un estudio de oposición a las visitas del progenitor no custodio que se caracteriza por no ser permanente, sino puntual o esporádico y por tener una graduación de intensidad que se corresponde con la mayor o menor resistencia del chantajeado a ceder a la extorsión. Los obstáculos al desarrollo pacífico de las visitas desaparecerán una vez que el custodio haya conseguido la contrapartida exigida como condición para la normalización, pudiendo reaparecer, eso sí, en cualquier momento posterior en que el progenitor custodio necesite plegar a los dictados de su voluntad la conducta del no custodio, para lo cual no dudará en presionar de nuevo, frente al no custodio, la amenaza de la supresión, de hecho, de las visitas con los hijos.

En éste tipo de conductas del progenitor custodio subyace una concepción del hijo como un bien propio, de pertenencia exclusiva, que puede utilizar como arma arrojada contra el otro progenitor para solucionar los conflictos derivados de su ex relación conyugal o parentalidad, con claro menosprecio de los intereses, sentimientos y necesidades afectivas de los hijos menores, que no son sino víctimas inocentes de un conflicto no provocado ni deseado por ellos.

Éstos comportamientos del progenitor custodio son claramente improcedentes y rechazables desde una perspectiva jurídica, en cuanto a la obligación de un progenitor, no custodio, de abonar al otro pensiones alimenticias o compensatorias y otra obligación de contenido patrimonial.

Tal vez sería más adecuado denominarlo síndrome del progenitor malicioso, para no herir los sentimientos de los defensores de derechos de las mujeres separadas y divorciadas.

“Cantón Duarte ha resumido las distintas clases de situaciones relacionadas con la interferencia del progenitor custodio en el régimen de visitas en las tres siguientes:

1. La interferencia grave, que es definida por éste autor como una postura, no sistemática, que adopta el progenitor custodio mediante la cual se niega a la

práctica de las visitas, de modo directo o mediante estrategias pasivas, motivada por un enfado con el otro progenitor debido a una cuestión puntual. En ésta categoría cabe incluir, naturalmente, la utilización de las visitas como elemento de coacción o presión de un progenitor frente a otro.

2. El síndrome de alienación parental que consistiría en la intención expresa de un progenitor, a cargo de la guarda y custodia del menor, por enfrentar a éste en contra del otro progenitor, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquél. Las definiciones de síndrome de alienación parental, elaboradas por los autores varían según se pretenda describir el síndrome desde la perspectiva de la sintomatología que presenta el menor alienado que lo padece, o desde la del progenitor custodio y alienador, cuyo comportamiento lo provoca. Gardner, definió el síndrome de alienación parental como un trastorno que surge, principalmente, en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación.

3. El fenómeno resulta de la combinación en la que uno de los padres y de las propias contribuciones del niño están dirigidas a la denigración del progenitor, objetivo de ésta campaña, también Aguilar Cuenca describe el síndrome de alienación parental, como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición. Este autor distingue tres tipos de síndrome de alienación parental: leve, moderado y severo. En el primero las visitas con el progenitor no custodio se producen, sin que haya grandes episodios de conflicto, aunque la campaña de denigración del progenitor no custodio ya ha comenzado. En el tipo moderado, las visitas con el no custodio comienzan a ser conflictivas, convirtiéndose en habituales los episodios de enfrentamiento, sobre

todo en los momentos de entrega de los hijos. La campaña de denigración se intensifica provocando efectos negativos. En el tipo severo, las visitas con el progenitor no custodio comienzan a ser imposibles y a veces directamente, se anulan. La campaña de denigración es extrema y continúa en el tiempo y en el espacio.

4. El síndrome de la madre maliciosa que consiste en el intento de la progenitora de castigar a su ex marido, sin justificación, interfiriendo en el régimen de visitas y acceso del padre a los niños, con un patrón estable de actos maliciosos contra éste, sin que este comportamiento se justifique por otro trastorno mental, aunque se pueda presentar simultáneamente.

Teniendo en cuenta que todos los expertos coinciden en recomendar al progenitor víctima del proceso de alienación, como medio de no perder irremediablemente a los hijos, no perder nunca el contacto con ellos, por más que el mismo sea de corta duración y pueda resultar afectivamente duro o distante para el progenitor, cobra especial importancia el examen de las soluciones jurídicas existentes frente al incumplimiento de su obligación de entrega de los menores por parte del progenitor custodio”¹⁰.

Derivado de todo lo anterior diré que el objeto de la obligación, es decir, los deberes del progenitor guardador y deberes del no guardador nos revelan algunas interesantes aportaciones para la creación de un cuerpo de doctrina que permita fijar, de modo nítido, el contenido de la obligación personalísima a que hago referencia.

En lo concerniente a los deberes del progenitor custodio, deudor de la prestación, dada su naturaleza de hacer personalísimo, un deber de cooperación para que la prestación quede efectivamente cumplida, implicando ese deber de colaboración negativamente, que se eviten las conductas obstructivas tendientes a dificultar o imposibilitar la entrega

¹⁰ González del Pozo, Juan Pablo, **Ob. Cit.** Pág. 8.

de los menores y positivamente, la adopción de comportamientos y actitudes favorables al desarrollo de la comunicación paterno filial.

El fundamento legal de ese deber de colaboración del progenitor deudor, para que la prestación se cumpla, radica en el deber de observar la diligencia exigible a todo deudor, en el cumplimiento de su obligación, que impone la sentencia. Esa carga, impuesta al progenitor custodio como deudor, de emplear la debida diligencia en el período de cumplimiento de la obligación para lograr que la obligación se cumpla, viene modulada por dos parámetros de conducta:

- a. Que la conducta a través de la cual se materializa ese deber de diligencia, sea una conducta racionalmente adecuada para lograr el cumplimiento, esto es, dirigida a provocar el cumplimiento como resultado.
- b. Que el comportamiento realmente observado por el deudor para realizar la prestación debida la entrega de los menores al otro se ajuste al estándar de conducta ordinario, es decir el que correspondería a un buen padre de familia. El modelo de conducta exigible al progenitor custodio habrá de definirse en cada caso concreto con los datos de la propia obligación en el supuesto de que se trate: será necesario valorar las circunstancias del lugar de la entrega de los menores, del tiempo para comprobar por ejemplo, si el retraso del no custodio en acudir a la visita justificó la no entrega; la edad y deseo de los menores. Será la omisión de esa debida diligencia, por parte del progenitor custodio, la que permitirá determinar la existencia de dolo o negligencia del deudor en el incumplimiento de la obligación.

Por lo que se refiere a los deberes que debe observar el progenitor no custodio, para posibilitar el cumplimiento de su obligación, por el progenitor custodio tenemos:

- a. El de apersonarse en el lugar, día y hora indicados para la reunión establecida en la sentencia o convenio, para hacerse cargo temporalmente de la guarda del

menor durante el período que le corresponda, pues la falta de cumplimiento de ese deber exime del cumplimiento de la obligación, por imposibilidad, al progenitor guardador.

- b. Junto a ese deber primario o elemental, también pesa sobre el progenitor no custodio el deber de comparecer en condiciones psíquicas y físicas idóneas para ejercer las funciones de guarda que ha de asumir a partir de la visita de los menores.

En caso de presentarse el progenitor custodio en condiciones que le incapaciten para asumir las funciones de guarda, están:

- a. Muy debilitado por encontrarse bajo los efectos de una grave enfermedad, o con riesgo de recaídas que dejen en situación de práctico desamparo a los menores, decaerá la obligación de entrega de los menores por parte del progenitor custodio, al ser de aplicación preponderante en ésta materia el superior interés del menor y la obligación de velar por él que corresponde a todo progenitor;
- b. No deberá ser entregado el menor si el progenitor no custodio presenta signos evidentes de embriaguez o intoxicación a causa de la ingesta de alcohol o drogas, presenta signos aparentes de enfermedad física o psíquica que le incapaciten;
- c. Concorre cualquier otra circunstancia de la que racionalmente pueda inferirse que la entrega representaría un riesgo o peligro cierto para el menor.

Dentro de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación para la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas definitivas, provisionales o cautelares, acordadas en los procesos matrimoniales o de menores, en que se impongan obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, un régimen especial, que pasa a ser especialísimo cuando se trata de la ejecución de obligaciones

derivadas del régimen de visitas, porque, en éste último caso, deben añadirse las establecidas, de modo específico para éste tipo de obligaciones.

Por ejemplo el Artículo 94, párrafo 1º del Código Civil español dispone. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de éste derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

De acuerdo con ese régimen las consecuencias jurídicas que pueden derivarse, para el progenitor custodio, en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de los menores son los que se analizan brevemente, a continuación:

- a. Inaplicabilidad de la sustitución por el equivalente pecuniario, apartándose del régimen general establecido, para la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer personalísimo, en que se concede al acreedor, una vez transcurrido el plazo concedido al deudor para que realice la prestación, la facultad de optar entre pedir que siga adelante la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo, el legislador parece haberse inclinado, en relación con la ejecución forzosa de las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, establecidas en los procesos matrimoniales y de menores, por evitar la automática sustitución del incumplimiento por el equivalente pecuniario, es decir, por la conversión en indemnización de daños y perjuicios, ya que repugna a la naturaleza de éste tipo de obligaciones que el deudor pueda liberarse de ellas mediante la entrega al acreedor de una cantidad de dinero en concepto de indemnización por resarcimiento de perjuicios, pues sería una burla a la justicia que el acreedor custodio pudiera ufanarse de incumplir su obligación y eximirse de la misma sustituyéndola por la de resarcir perjuicios, mientras el progenitor no

custodio ve transcurrir el tiempo, meses e incluso años, sin tener comunicación con sus hijos.

- b. Inspirándose en esa filosofía, comenta González del Pozo, la enmienda número 607, referida al texto del Artículo 711 de las obligaciones de hacer personalísimo, del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, establecía la improcedencia de la sustitución automática de las obligaciones de hacer personalísimo, por su equivalente pecuniario, en obligaciones relativas a derecho de familia o si con la indemnización no se satisficiera el derecho protegido o no se restableciera el derecho fundamental infringido.
- c. La imposición de multas coercitivas mensuales, manifiesta el autor que traigo en comentario que dispone el Artículo 776, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del Artículo 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto. Resulta indudable la aplicabilidad de ésta norma a los supuestos de incumplimiento, por el progenitor custodio, de la obligación a que nos venimos refiriendo, manteniendo las multas, si el obligado no diere cumplimiento a la obligación en ese plazo, más allá del año a que se refiere el artículo comentado.
- d. La modificación del régimen de guarda y visitas en los supuestos de incumplimiento reiterado junto a la posibilidad de imposición de multas mensuales como sanción por el incumplimiento, la regla 3ª del Artículo 776 comentado, introduce otra posibilidad realmente novedosa: El incumplimiento reiterado del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y

visitas. Sin embargo, sobre las múltiples dudas que puede plantear ésta norma, haré las siguientes consideraciones:

1. Por incumplimiento reiterado, ante la falta de precisión legal, debe entenderse, el repetido o sucedido más de una vez, lo que exige, al menos, dos incumplimientos de ésta obligación por el progenitor custodio.
2. El ámbito objetivo de aplicación del precepto viene circunscrito por el precepto a las obligaciones derivadas del régimen de visitas, que incluyen, fundamentalmente, para el progenitor guardador, la de hacer entrega de los menores al otro progenitor en el lugar, día y hora establecido y la de visitarlos, bajo las mismas circunstancias de tiempo y lugar, una vez finalizado el período de estancia con el otro progenitor. Para el progenitor no custodio, comprenderá la obligación de recoger a los menores en el lugar día y hora establecidos, la de ejercer responsablemente las funciones inherentes a la guarda del menor durante el tiempo en que lo tenga en su compañía, y la de reintegrarlo a la custodia del otro progenitor al término del período de estancia correspondiente.

2.3. Diferencia entre guarda y custodia, patria potestad y tutela

En cuanto la guarda doctrinalmente, se dice que cuando los padres o tutores por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

De la entrega de la guarda se dejará constancia por escrito, haciéndose constar que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquellos y al ente a cargo.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda.

La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores es decir voluntaria o como función de la tutela por ministerio de la ley o sea forzosa se realizará mediante el acogimiento familiar o residencial.

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que en el hogar residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea recibido el menor.

Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor o la persona o personas a quien se hubiere confiado su guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

Regresando al acogimiento, diré que como concepto de éste término se dice que: “El acogimiento es definido por la doctrina científica como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de los menores que se encuentren privados, aunque sea circunstancialmente de una adecuada atención familiar”¹¹.

Dentro de las clases de acogimiento puedo citar:

- a. Acogimiento familiar simple: El cual tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección más estable.

¹¹ Morant Vidal, Jesús, **Artículos doctrinales derecho civil**, Pág. 34.

- b. Acogimiento familiar permanente: Cuando la edad y otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y lo informen sobre los servicios de atención al menor.
- c. Acogimiento familiar preadoptivo: Se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informado por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, y cuando fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, antes de la propuesta de adopción.

Como efectos diré que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Incumbiría en todo caso a la Procuraduría General de la Nación, la superior vigilancia del acogimiento porque es igual cuando sucede con la guarda y tutela la entidad pública le dará información inmediata de los ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización, relativos a la constitución y cesación de tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le daré cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

La autoridad, semestralmente deberá comprobar la situación del menor y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. De todos modos, la vigilancia de la Procuraduría General de la Nación, no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y deberá comunicar a la autoridad administrativa las anomalías que observe.

El acogimiento del menor cesará:

- a. Por decisión judicial;

- b. Por decisión de las personas que lo tienen acogido previa comunicación de éstas a la entidad pública;
- c. A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía;
- d. Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste, siendo escuchados los acogedores.

La patria potestad por su lado, es un sistema de protección, cuidado, asistencia, educación y un medio de suplir la incapacidad, la podemos definir como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

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

Los elementos personales de la patria potestad son, los hijos que están bajo la potestad y los padres a quienes corresponde su ejercicio.

Respecto a los hijos, hay que tener en cuenta que si durante la menor edad se incapacita a un menor, la patria potestad se prorroga por ministerio de la ley al llegar a la mayor edad. Se habla en éstos casos de patria potestad prorrogada.

Respecto a los padres, la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente, o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Éste mismo precepto dicta reglas para el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo o de separación de los padres.

Un caso particular es el que establece el ejercicio de la patria potestad del menor emancipado sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y a falta de ambos, de su tutor.

Dentro del contenido de la patria potestad, se establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Se puede señalar así las siguientes obligaciones y deberes hacia los padres:

- a. Velar por los hijos;
- b. Tenerlos en su compañía;
- c. Alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral;
- d. Corregirlos moderada y razonablemente.

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

Por lo que respecta a los deberes y facultades de los hijos, se pueden resumir en los siguientes:

- a. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre;
- b. Contribuir según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella;

- c. Ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten, si tuvieran suficiente juicio;
- d. Tienen derecho a relacionarse con sus padres, parientes y allegados.

Los menores de edad carecen de la capacidad de obrar para actuar en la vida jurídica, por lo que deberán ser representados por sus padres, titulares de la patria potestad.

Con respecto a la extinción hay que distinguir entre causas de extinción propiamente dichas y causas de privación de la patria potestad.

Las causas de extinción, no plantean ningún problema desde el punto de vista doctrinario y son:

- a. La muerte o la declaración de fallecimiento de los padres;
- b. La muerte o la declaración de fallecimiento del hijo;
- c. La emancipación del hijo;
- d. La adopción del hijo.

Pero además de éstas causas de extinción de la patria potestad existe, como se ha dicho, causas de privación de la misma. Según el Artículo 274 del Código Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad:

1. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
2. Por dedicar a los hijos a la mendicidad o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;

3. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos;
4. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y
5. 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.

Entre otros casos están:

- a. Por sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma. Ésta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, pero en la práctica la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas.
- b. Por sentencia dictada en causa criminal. Algunos han pensado que éste precepto establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación en el proceso civil o en el penal, de la privación de la patria potestad por incumplimiento de sus deberes.
- c. Por sentencia dictada en causa matrimonial. Destacar finalmente que, como se puede comprobar, la privación de la patria potestad sólo puede acordarla la autoridad judicial mediante la correspondiente sentencia.

Con respecto a la tutela, ésta puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y sus bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

El objetivo de la función tutelar no es otro que la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados.

En cuanto a los sistemas de tutela, se pueden distinguir los siguientes:

- a. El sistema de tutela de familia, en la que la función tutelar se encomienda al grupo familiar del pupilo;
- b. El sistema de tutela de autoridad, en la que el tutor se encuentra bajo la vigilancia, supervisión y control de la autoridad pública.

Nuestro Código Civil, al respecto de la tutela establece:

Artículo 293. El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres.

El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.

Artículo 294. La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.

Artículo 295. La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.

Así mismo, nuestro Código Civil, reconoce diferentes clases de tutela, las cuales anoto a continuación:

Artículo 296. La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial.

Artículo 297. Testamentaria. La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario o su hijo adoptivo.

Artículo 298. Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.

Artículo 299. Legítima. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1. Al abuelo paterno;
2. Al abuelo materno;
3. A la abuela paterna;
4. A la abuela materna;
5. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

Artículo 300. Judicial. La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para éste efecto, el Ministerio Público y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista.

Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el artículo anterior.

Artículo 301. Tutela de los declarados en estado de interdicción. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde.

1. Al cónyuge;
2. Al padre y a la madre;
3. A los hijos mayores de edad;
4. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.

Con respecto a las obligaciones del tutor nuestra legislación civil establece:

Artículo 305. El protutor está obligado:

1. A Intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor;
2. A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;
3. A promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviera ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;

4. A intervenir en la rendición de cuentas del tutor;
5. A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley.

Nuestra legislación también establece prohibiciones con respecto a los tutores, las cuales son:

Artículo 314. Prohibiciones. No puede ser tutor ni protutor:

1. El menor de edad y el incapacitado;
2. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;
3. El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
4. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
5. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;
6. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
7. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;

8. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;
9. El que no tenga domicilio en la República;
10. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.

CAPÍTULO III

3. La guarda y custodia dentro del juicio ordinario de divorcio

3.1. Forma en que se otorga la guarda y custodia

La familia y sus transformaciones implican por supuesto, cambios en el derecho de familia, el cual debe ajustarse a las realidades de convivencia humana con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar, fundamentalmente a los niños, quienes por sus características requieren de toda nuestra atención y cuidado.

Dichas transformaciones son de índole sociocultural, económica y de género, las que se reflejan en el trato más equitativo que se da a hombres y mujeres en la ley, independientemente de la edad, así como en las formas y criterios de protección, y en la resolución de controversias del orden familiar, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el judicial.

Entre los temas que se pueden abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y la custodia de menores por parte de sus progenitores en los casos de divorcio.

3.2. Consideraciones para otorgar la guarda y custodia al hombre o la mujer

“Dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley”¹².

¹² Pérez Contreras, María de Montserrat, **Reflexiones en torno a la custodia de los hijos**. Pág. 12.

De conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el Artículo 46 de la Constitución Política de la República, son ley vigente y positiva en el territorio nacional, al indicar: Artículo 46. Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Así como con el propio Artículo 4. Constitucional, que establece: en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si.

Es decir que las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer en la Constitución, refiere que cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.

Complementa más adelante el mismo cuerpo constitucional por si quedará alguna duda lo siguiente:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantizan.

Por supuesto no puedo dejar de citar lo relativo a la protección de la familia, contenido en el cuerpo constitucional.

Artículo 47. Protección de la familia. 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.

La edad de los menores igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a los hijos pequeños, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos.

A decir de María de Montserrat Pérez Contreras, el sexo de los hijos también ha sido históricamente, un aspecto importante en la decisión de las autoridades judiciales para otorgar la custodia de los hijos, lo que representa un criterio discriminatorio contra alguno de los progenitores por cuanto a la designación de cuál de los progenitores detendrá la custodia y cuál quedará bajo el régimen de visitas, lo que lleva implícito un trato diferenciado de los progenitores, igualmente por sexo, en la práctica jurídica.

Agrega la jurista que como podemos ver, nuevamente nos encontramos con los roles, los estereotipos y las prácticas de género, que permean tanto en el ámbito de control formal e informal, y que resultan poco favorables para todas las partes o miembros de la familia. Entonces ya no sólo nos encontramos frente a la discriminación por sexo y a la desigualdad del hombre y la mujer, sino a la discriminación a los progenitores por edad del menor, considerando una preferencia hacia la madre por razón de la juventud de los hijos.

Con respecto a la ley civil guatemalteca, la protección se establece de la siguiente manera:

Artículo 162. Protección a la mujer y a los hijos. Desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o de divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias, los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el juez, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional.

Artículo 163. Mutuo acuerdo. Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes:

1. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio;
2. Por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educarlos los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos;
3. Que pensión deberá pagar el marido a la mujer a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades;
4. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

Artículo 164. Obligación del juez. Para el efecto expresado en el artículo anterior, el juez bajo su responsabilidad, debe calificar la garantía, y si ésta, a su juicio no fuere suficiente ordenara su ampliación, de manera que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges.

Artículo 165. Si la separación o el divorcio se demandarán por causa determinada, deberá el juez resolver las cuestiones a que se refiere el artículo 163; pero tanto en este caso como en el de mutuo acuerdo, no podrá declararse la separación o el divorcio mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos.

Los padres pueden decidir de mutuo acuerdo a quien quedan confiados los hijos, tal y como lo refiere el siguiente artículo que cito:

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

Artículo 167. Obligación de los padres separados. Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación.

Artículo 168. Obligación del juez respecto de los hijos. En cualquier tiempo el juez podrá dictar, a pedido de uno de los padres o de los parientes consanguíneos, o del ministerio público, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.

Artículo 169. en la pensión a la mujer, si esta fuera inculpable gozará de la pensión alimenticia a que se refiere el inciso tercero del artículo 163, la cual será fijada por el juez, si no lo hicieren los cónyuges, teniendo en cuenta las posibilidades de quien debe prestarla y las necesidades de quien ha de recibirla.

La mujer gozara de la pensión mientras observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio; y el marido inculpable también tendrá el mismo derecho, solo cuando esté imposibilitado para dedicarse a trabajos que le proporcionen medios de subsistencia y no contraiga nuevo matrimonio.

Artículo 170. Liquidación del patrimonio conyugal. Al estar firme la sentencia que declare la insubsistencia o nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio, se procederá a liquidar el patrimonio conyugal en los términos prescritos por las capitulaciones, por la ley, o por las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges.

Artículo 171. Pérdida del apellido. La mujer divorciada no tiene derecho a usar el apellido del marido.

Artículo 172. Efectos. Los efectos y consecuencias de la insubsistencia o de la nulidad del matrimonio, a si como lo de la separación y el divorcio, se regirán, en cuanto a las personas por las leyes del país donde hayan sido decretadas.

Debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en éste caso a uno o varios miembros de la familia. Así mismo, por el interés superior o el mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del hombre y la mujer, cualquiera de los padres está capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos.

Siguiendo criterios influidos definitivamente por una perspectiva basada en roles, estereotipos y prácticas sobre lo masculino y lo femenino, sobre lo que se espera socialmente de la madre y del padre, de acuerdo a dichos estereotipos, los criterios de los tribunales y se manifiestan por una preferencia que podría ser discriminatoria a la luz del Artículo 4. de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 426 establece que el divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contados desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

Con la solicitud deberá presentarse los documentos siguientes:

1. Certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos padres y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido.
2. Las capitulaciones matrimoniales si se hubiesen celebrado.
3. Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Artículo 427. del mismo código, establece que al darle curso a la solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cual será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer.

Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre y los hijos varones mayores de diez años, al cuidado del padre.

Si a criterio del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinaran igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer estipula que los Estados Partes en la presente convención, consideran que:

La Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer.

La Declaración Universal de Derechos Humanos reafirme el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en la declaración, sin distinción alguna y por ende sin distinción de sexo.

Los Estados Partes en los pactos internacionales de derechos humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y a la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos sociales culturales, civiles y políticos.

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las naciones unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Así como también las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las naciones unidas para favorecer la igualdad que debe de existir entre el hombre y la mujer sobre sus derechos.

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia, contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer.

La presente convención contempla en algunos de sus artículos lo siguiente:

Artículo 4. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer ya que no se considerara discriminación en la forma definida en la presente convención, pero en consecuencia el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Artículo 5. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para:

a. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones de los hombres o de las mujeres;

b. Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

La ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto 27-93.

Establece en su artículo 3. Que el Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la constitución política de la república, la presente ley y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva.

Artículo 5. 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, 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 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, adolescentes y de la familia.

Artículo 6. Tutelaridad. El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

- a. Protección y socorro especial en casos de desastres;
- b. Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública;
- c. Formulación y ejecución de políticas públicas y específicas;
- d. Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección de la niñez y la adolescencia.

CAPÍTULO IV

4. La guarda y custodia en la situación de la familia guatemalteca

4.1. Criterios para otorgar la guarda y custodia al hombre o a la mujer

Los tribunales de familia, con el transcurrir del tiempo, han aplicado diversos criterios sobre los que han descansado sus resoluciones relativas a la situación de guarda y custodia de los hijos en los casos de divorcio de sus padres. Como ya se indicó anteriormente, dichas resoluciones, han descansado sobre el principio del interés superior del niño, de conformidad con la interpretación que a los casos concretos convinieren, y que han determinado la conformación de éste grupo de criterios que tienen como fin establecer y garantizar los deberes y responsabilidades de los padres para con los hijos y el derecho de convivencia de éstos para con aquéllos.

Los criterios obviamente se han presentado para atender a la evolución de las sociedades y de los intereses jurídicos que se pretenden proteger en un orden jurídico; se fundamentan en los deberes y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, ya que la guarda y la custodia es un deber impuesto a los padres en razón de aquella.

Así los criterios que se han tomado a lo largo del tiempo para resolver sobre la custodia de los hijos, los más relevantes y sin ningún orden de importancia o prelación específico, son los siguientes:

- a. La relación de los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo, los abuelos maternos y paternos o parientes por consanguinidad, ascendentes o colaterales;
- b. La edad y preferencia del menor, si es suficientemente grande para expresar una preferencia relevante o significativa;

- c. La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y la expectativa de mantener continuidad;
- d. La estabilidad en las condiciones de vida del menor;
- e. El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará el niño;
- f. La capacidad de cada padre para permitir o conceder y animar continúa y frecuentemente el contacto entre el niño y su otro padre, incluyendo el acceso físico;
- g. La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los niños;
- h. El deseo de cada uno de los padres de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas;
- i. El efecto en el niño, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor;
- j. Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en 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 éste último caso, cuando se trata de enfermedades crónicas, con frecuencia en hospitalización y que crean dependencia de medicamentos o también, por ejemplo, la sordera o la ceguera.

4.2. El interés superior del niño y la custodia en las relaciones familiares

El interés superior de la infancia es el principio universal que debe 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.

Como principio universal 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. Puedo afirmar que incluso va más allá, pues éste principio consiste en aplicar el criterio de la norma más protectora del menor, aún cuando ésta sea distinta de una convención internacional de derechos humanos; todo ésta por encima de cualquier otro derecho de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismos padres.

Parece que la interpretación que se hace de éste principio por las autoridades judiciales, en muchos casos en el mundo entero, no siempre se orienta a éste fin, o bien su interpretación se encuentra plagada de roles, estereotipos y prácticas culturales que tienden a beneficiar o a que exista una preferencia para con uno de los padres, normalmente la madre.

Pareciera ser que, 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.

Éste tipo de interpretación, le resta valor al principio, debido al sesgo discriminatorio con que se matiza, usándose a favor de las madres, o en el caso de utilizar el criterio del sexo de los hijos en 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 expuesto, así como con los criterios expresados en la ley, en la práctica de las instituciones de asistencia y en la de los tribunales de familia, sobre todo en éste caso en particular debido a la determinación de la custodia de los hijos, puede llegar a encontrarse mal empleado, ya que parece haber un problema respecto del significado del standard creado por el Comité sobre Derechos del Niño y su aplicación y construcción en el derecho interno por el Organismo Judicial encargado de impartir justicia.

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

Es fundamental entender que los derechos de la infancia y el principio del interés superior del niño como mecanismo para implementarlos debe estar siempre, de hecho y de derecho, definitiva e inequívocamente por encima de los intereses y derechos de los adultos, por las razones expresadas en el preámbulo de la Convención Sobre Los Derechos del Niño.

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

4.3. Análisis de la custodia compartida

La custodia compartida es una figura nueva en el derecho de familia, por lo menos de derecho, porque de hecho se ha presentado ésta práctica con acuerdos no judiciales entre las partes. Como en todos los procesos, en aquellos lugares donde se ha regulado éste tipo de custodia, hay quienes se encuentran a favor y quienes en contra de los beneficios y eficacia de ésta práctica jurisdiccional y familiar, argumentando sus consecuencias para él o los menores hijos.

La custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Ésto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones.

Así por ejemplo, el cambio de domicilio de los menores, no puede ser determinado unilateralmente por el progenitor titular de la guarda y custodia, ya que el ejercicio de la patria potestad recae sobre ambos.

De lo anterior como indica un prestigioso jurista guatemalteco: La patria potestad, entonces, ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes. Es más que todo, una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por si mismas, específicamente los hijos menores de edad.

Desafortunadamente nuestro Código Civil, no define el instituto de la patria potestad. Dicho cuerpo normativo se limita a exponer dentro del Capítulo VII denominado De la Patria Potestad, lo siguiente:

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.

De la interpretación armónica del artículo anterior, se desprende que la patria potestad se ejerce por los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, y en caso de la separación de los progenitores, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes, quedando el menor bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos como la custodia, mientras que el otro tendrá la obligación de contribuir con el que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia, si no fue privado de la patria potestad.

Por consiguiente, el progenitor que detenta la guarda y custodia sobre el menor, no puede cambiar unilateralmente el domicilio de éste, ya que la titularidad de esos derechos no implica un poder omnímodo y exclusivo para determinar el lugar en que debe vivir el infante, porque tratándose de esa decisión tan importante debe intervenir también el otro progenitor, ya que al estar en pleno ejercicio de la patria potestad, conserva el derecho de convivir con su hijo e incluso, la obligación de velar por la formación física, espiritual y moral de él, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que le represente utilidad, lo que no podría llevar a cabo si éste es trasladado a un lugar distante sin su consentimiento o sin que se fijen previamente las bases de la convivencia y visitas entre ambos, por lo que es inconcluso que los dos padres deben resolver de común acuerdo ese cambio y en defecto de convenio.

Debe ser el juez competente el que determine todo lo conducente a la formación y educación del menor, entre lo que destaca lo relativo al lugar y ambiente en que ha de desenvolverse, pues no es posible que sin una debida justificación se distancie a los

hijos de sus padres, en tanto ésta puede implicar una separación fundamental, ya que de cambiar el domicilio a un lugar muy lejano, sea dentro o fuera del país, es patente que el progenitor que no tiene la guarda y custodia no podrá disfrutar de la convivencia con su menor hijo en la forma en que lo venía haciendo, toda vez que no es lo mismo visitarlo en la propia ciudad a tener que salir incluso del país para lograr esa convivencia, lo que es evidentemente acarrea notorios perjuicios no solamente para el progenitor sino inclusive para el menor, pues ya no se fomentarían con la misma intensidad y frecuencia los lazos afectivos entre ellos; de ahí que sea significativo valorar la conveniencia de que el menor cambie su residencia o en su caso, fijar las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo ese cambio, en virtud de que ésta facultad y correlativa obligación es una cuestión inherente al ejercicio de la patria potestad y por extensión de la vigencia del derecho de visita y convivencia con el menor.

La custodia compartida no es una alternativa para todos los casos, por eso es importante tomar en consideración tanto las ventajas como las desventajas, como los criterios que se han tomado para determinar quiénes pueden ser buenos candidatos a éste tipo de medida.

La custodia compartida no es una solución para toda la gente, debe ser el producto de un acuerdo o convenio entre los padres divorciados. Creo que respecto a éste concepto y práctica debe prevalecer la adecuada aplicación del Artículo 4. de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En éste orden de ideas abordaremos brevemente el debate sobre la conveniencia o no de la custodia compartida.

Así señalaré en primer lugar, los enunciados más importantes de la postura a favor de la custodia compartida.

Se señala que la custodia compartida garantiza el mejor interés del menor en cuanto a su situación con respecto a los padres, su vida y desarrollo familiar.

Los acuerdos entre los progenitores permiten que las autoridades judiciales competentes, es decir el juez de lo familiar, pueda tomar determinaciones que influyan en la ideología social local y en las percepciones de género, roles y estereotipos, al considerar a ambos padres por igual en la crianza de los hijos, de forma que ésta haga eficaces los principios de igualdad y no discriminación en la ley y ante la ley. Se afirma que mediante la custodia compartida, ambos padres tienen oportunidad juntos y por separado de tomar decisiones y resolver problemas sin necesidad de ayuda externa, ya sea de la corte o de cualquier otra autoridad.

La custodia compartida provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer las necesidades de los hijos, por un lado, y por el otro, los menores establecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única.

Se le atribuyen beneficios económicos, al eliminar los gastos profesionales y judiciales que llevan aparejados los juicios de custodia derivados de contiendas entre los padres.

Le provee de independencia a cada uno de los padres para poder tomar acciones y decisiones en cuanto a cuestiones académicas y escolares del menor, cuidado médico, viajes, relativas al desarrollo y diario vivir del menor, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones y circunstancias.

En segundo lugar, anoto los argumentos que se contraponen y que tiene más aspectos que afectan al desarrollo integral y emocional del menor que beneficios.

Señala que mientras no haya investigación, estadística y experiencia en la aplicación de la figura, no se puede afirmar que es benéfica para el menor o para los padres respecto

del menor. Porque puede haber situaciones relativas a la edad del menor que se vean alteradas por el cambio permanente en sus condiciones y circunstancias de vida, en particular para una estabilidad emocional y en su medio social.

También se le atribuye un perjuicio económico, puesto que en algunos casos, no sabemos cuántos, pero tal vez muchos, puede ser demasiado oneroso proveer para la manutención y sostenimiento de dos hogares, cuando así se estipule en el acuerdo de custodia compartida por la autoridad judicial.

Puede ser que el acuerdo de custodia compartida no dure mucho tiempo o funcione por un largo término como consecuencia de la situación de los padres, por ejemplo, cuando uno de ellos contraiga nuevas nupcias, o cuando tenga que cambiar de ciudad y domicilio.

En muchas ocasiones, la custodia compartida acordada y determinada es guiada por el interés de concluir con un cansado y desgastante proceso de divorcio y no necesariamente, por el deseo de proteger los intereses del menor.

Es muy difícil que los tribunales de lo familiar, den seguimiento a los casos de custodia compartida, lo que no permite determinar la eficacia o no de ésta figura, ni los beneficios para los menores en las relaciones familiares.

Finalmente la falta de eficacia y de conveniencia de la custodia compartida, en los casos en que los padres antes, durante o después del divorcio mantienen cierto grado de hostilidad en sus relaciones, puesto que los menores hijos estarán expuestos a los conflictos y consecuencias de los mismos, lo que los llevarán a ser víctimas de un descuido, falta de atención y a experimentar un ambiente hostil de convivencia y desarrollo familiar.

Como se puede apreciar, las dos posturas parecen considerar aspectos que resultan fundamentales en el desarrollo humano, social y emocional del menor, y en algunos

casos aspectos relativos a las condiciones de los padres con el fin de proporcionar todos los elementos para lograr todo lo anterior en favor de los hijos.

Considero que para que los acuerdos de custodia compartida sean eficaces y cumplan con sus objetivos más optimistas, es necesario hacer un examen por parte de un equipo multidisciplinario y bajo la supervisión del juez, de las condiciones en que se encuentra la convivencia entre los progenitores y de éstos con sus hijos, de los aspectos económicos y otros más, para establecer en qué casos procede y en cuáles no aún cuando no haya violencia familiar , es decir en qué caso se es candidato o no a un acuerdo y resolución de custodia compartida.

Caso interesante de anotarse resulta lo establecido en el Código Civil para el Estado de Veracruz, en la República de México, del cual se establece “que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aún de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser un ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues al caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores”¹³.

Comenta María de Montserrat, que de acuerdo a la práctica “que previamente la han establecido y regulado la custodia compartida en su legislación, como es el caso de

¹³ Pérez Contreras, María de Montserrat, **Ob. Cit.** Pág. 21.

Estados Unidos de América, Reino Unido, Canadá, Australia, por mencionar algunos, se ha afirmado que la custodia compartida no resulta para todas las familias, pero sí para muchas de ellas¹⁴.

De acuerdo a ésta autora existen algunos supuestos que, si se reconocen, hacen posible considerar la aplicación de la custodia compartida en ciertos casos, y entre ellos están:

- a. Considerar que, en general, son los miembros de la familia, mejor que ninguno, los que saben qué es lo mejor para cada uno de sus miembros;
- b. Cuando ambos padres se encuentren igualmente involucrados en las actividades y en la crianza de los hijos, y compartiendo en igualdad de condiciones la responsabilidad, superando roles, estereotipos y prácticas tradicionales;
- c. La aceptación, no impuesta, de los padres acerca de la posibilidad o la intervención psicológica a través de profesionales, que permita un incremento en la comprensión, diálogo y toma de decisiones, entre todos los miembros de la familia y entre los padres en particular, sobre todo si se considera que los menores tienen o manifiestan igual apego por ambos padres;
- d. El reconocimiento de ambos padres de la importancia del papel que juegan ambos en el crecimiento y desarrollo integral de los hijos y sus nuevas responsabilidades, en las nuevas condiciones;
- e. La importancia de que ambos padres tengan claro el papel de cada uno en la crianza y desarrollo de los menores, durante y después de los acuerdos a los que lleguen y que sean confirmados por la autoridad judicial competente;

¹⁴ **Ibid.**

- f. La posibilidad de llegar a acuerdos, evaluada por el juez, entre los padres es un elemento esencial para poder confirmar y resolver a favor de la custodia compartida, ya sea sin o con auxilio de ayuda externa, como sería, en éste último caso, a través de un medio alternativo, como la mediación;
- g. Que ambos padres tengan claro que el divorcio no restringe a ninguno de los padres el derecho de convivencia con los hijos, excepto cuando así lo decrete una sentencia judicial y en el mejor interés del menor;
- h. Cuando los padres consideran la custodia compartida como resultado de una situación de residencia en diversos puntos de los que se venía realizando la convivencia familiar, ya sea nacional o internacional;
- i. La relación funcional, positiva y viable que los mantenga objetivos respecto a la situación de los hijos, independientemente de aquellos aspectos de conflicto que pueda haber en virtud del divorcio, los cuáles deberán ser considerados por el juez, y que en muchos casos son pasajeros y se superan en el corto plazo, llevará a acuerdos y resoluciones dirigidos a proteger, respetar y garantizar el bienestar o intereses de los menores para su mejor desarrollo integral y social;
- j. Que entre los padres se mantenga siempre el respeto y se promueva éste y el aprecio por los hijos hacia cada uno de ellos;
- k. Cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas. Es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda multidisciplinaria en el corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres;

- I. Cuando ambos padres tienen la libertad para decidir y resolver sobre las vidas de sus hijos, por no albergar ninguno de los sentimientos antes mencionados;

- m. La capacidad de los padres para llegar a acuerdos, en lugar de que éstos tengan que ser impuestos por autoridad judicial, lo que disminuye o elimina la posibilidad de conflictos y agresiones, abriendo la puerta a la construcción de horarios, condiciones, frecuencia y todos los detalles que permitan construir un buen convenio de custodia compartida.

CONCLUSIONES

1. La patria potestad es una responsabilidad compartida por ambos padres, que lamentablemente está perdiendo su carácter tradicional paterno, alejándose en consecuencia del modelo histórico, que situaba a ésta institución legal, dentro del ámbito social que está íntimamente ligada a la familia como base fundamental de la sociedad.
2. En la mayoría de casos de divorcio por voluntad de uno de los cónyuges, los jueces otorgan el ejercicio de la guarda y custodia, sin atender a la solvencia moral, legal y económica del padre pero la legislación siempre favorece en otorgar la guarda y custodia a la madre, considerada como una certeza jurídica para la protección de los hijos.
3. La guarda y custodia se encuentran debidamente reguladas en la legislación civil guatemalteca, la cual otorga derechos y obligaciones a los padres, pero dentro de la función que realiza la familia en la sociedad, está fuera de la realidad social, porque la decisión final le compete al órgano jurisdiccional el de otorgar a alguno de los progenitores el de cuidar a los hijos menores.
4. La separación y el divorcio modifican o disuelven la relación familiar en el matrimonio, que al convertirse en tema de discusión, abarca las relaciones personales, afectivas y patrimoniales de la familia, porque sus efectos dejan en juicio a quien realmente le corresponde tener mejor derecho de criar y cuidar a los hijos menores.
5. Actualmente la custodia compartida, surge como una nueva opción que tienen los hijos menores, en el que ambos padres puedan ejercer los cuidados y otorgarles la asistencia que ellos necesitan durante su desarrollo físico, moral e intelectual, como resultado que dejan los procesos en que los padres solicitan la separación y el divorcio.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe reconocer en los padres, la dirección, asistencia y representación de los hijos, así como la legal administración de los bienes que les pertenecen, inspirada en los elevados designios del sentimiento de la paternidad y que se concretan en las relaciones paterno filiales, para regular en forma efectiva la responsabilidad que tienen ambos padres.
2. El Estado de Guatemala, por medio de los órganos jurisdiccionales, debe de aplicar sus normas en función social, a través de una iniciativa de ley que pretenda cumplir en forma objetiva la equidad que debe de existir, tomando en consideración la solvencia moral, legal y económica que tiene el padre al momento de otorgarse la guarda y custodia.
3. Los juzgados de familia, al momento de otorgar la guarda y custodia de los hijos menores, tienen que tomar en consideración la igualdad de derechos y obligaciones para los padres, porque son ellos quienes tienen la obligación de responder ante la ley, de cuidarlos e instruirlos, para que cuando sean adultos tengan pleno conocimiento de sus responsabilidades.
4. Es responsabilidad de los padres de familia, el de analizar detenidamente todas las controversias que existan antes y durante la relación conyugal, para que juntos resuelvan pacíficamente sus diferencias, al igual que las autoridades competentes, deben de utilizar todos los medios de conciliación para resolver los problemas familiares para evitar el daño a los hijos.
5. Para prevenir de una manera eficaz, el mal ejercicio de la guarda y custodia, es necesario que todos los padres que se hayan divorciado de manera voluntaria, procuren que los niños, niñas y adolescentes, se desarrollen en un ambiente armonioso y de respeto a sus derechos, de esa forma se evitará una desintegración y desvalorización de la familia.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGON, Hilda, **La patria potestad en Roma**, Ed. Helianista, Buenos Aires Argentina. ed.; 1993.

BRAÑAS, ALFONSO, **Manual de derecho civil**, Ed. Estudiantil Fénix, 1ra. ed.; Guatemala 2001.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, **Manual de derecho civil español**, Ed. Revista de derecho privado, 4ta. ed.; Madrid, Vol. IV, 1975.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, **La obligación de entrega de los menores al progenitor no custodio**, Ed. El derecho editores, Madrid, 2006.

LOPEZ BORCHE, YANEL, **Patria potestad**, casa editorial Barcelona España 1998.

MORANT VIDAL, JESÚS, **Artículos doctrinales, derecho civil**, Ed. Pirámide Madrid, 3ra ed.; 1976.

MUNDO HOGAR, **hijos guarda y custodia**. www.mundogar.com/ideas/fichas.asp?ID=8766.

PEREZ CONTRERAS, MARIA DE MONSERRAT, **Reflexiones en torno a la custodia de los hijos**, 2 ed. vol. 2 Madrid España 1995.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**, Ed. Pirámide, Madrid, 3ra.ed.; vol. 5.; 1976.

Legislación:

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

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea general de las naciones unidas, 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Conferencia internacional americana, Bogotá Colombia 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea general de las naciones unidas, 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Asamblea general de las naciones unidas, 3 de enero de 1976.

Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Asamblea general de las naciones unidas, 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de la mujer. Asamblea general de las naciones unidas, 1979.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

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

Ley de Tribunales de Familia. Congreso de la República número 206, 1964.

Ley de protección integral de la niñez y adolescencia. Congreso de la República Decreto número 27-2003, 2003.