

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. ESTUDIO DE
DERECHO COMPARADO."

TESIS DE GRADO

LUCÍA DEL MILAGRO DE PAZ LÓPEZ

CARNET 16564-09

QUETZALTENANGO, MAYO DE 2021
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. ESTUDIO DE
DERECHO COMPARADO."

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
LUCÍA DEL MILAGRO DE PAZ LÓPEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, MAYO DE 2021
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTHA ROMELIA PÉREZ CONTRERAS DE CHEN
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: LIC. JOSÉ ALEJANDRO ARÉVALO ALBUREZ
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: MGTR. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. JOSÉ FEDERICO LINARES MARTÍNEZ
SECRETARIO GENERAL: DR. LARRY AMILCAR ANDRADE - ABULARACH

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. HUGO ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. KARIN VANESSA SÁENZ DÍAZ DE EHLERT

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. MAGNOLIA FABIOLA ORÓZCO MIRANDA DE VÁSQUEZ

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTORA ACADÉMICA: MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN

SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Karin Vanessa Sáenz Díaz de Ehlert
Abogada y Notaria

Quetzaltenango, 25 de mayo de 2015

Mgtr. Brenda Dery Muñoz
Coordinadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Campus Quetzaltenango

Estimada Mgtr. Muñoz:

Cordialmente me dirijo a usted para informarle como corresponde, sobre el trabajo de tesis denominado "Guarda y custodia compartida del niño, niña y adolescente. Estudio de Derecho Comparado" de la alumna Lucía del Milagro De Paz López con carné número 1656409.

En virtud de que la estudiante atendió las sugerencias indicadas, determino que el resultado de la revisión de fondo es: APROBADO.

Sin otro particular, me suscribo.

Atentamente,



Karin Vanessa Sáenz Díaz
Abogada y Notaria



.12 Avenida 0-64 zona 1
Quetzaltenango
Telefax: 77615935
Correo electrónico karinsaenz78@gmail.es



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante LUCÍA DEL MILAGRO DE PAZ LÓPEZ, Carnet 16564-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07673-2015 de fecha 2 de noviembre de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO."

Previo a conferirsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 18 días del mes de mayo del año 2021.



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales

**LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar**

AGRADEZCO A:

A Dios y la Virgen María:

Por acompañarme en cada momento, por darme fuerza y determinación cuando lo necesité, y en quienes confió mi vida.

A mi Papá y mi Mamá:

por su amor incondicional, por su apoyo en cada etapa estudiantil, por su confianza, por su tiempo y esfuerzo, para poder culminar este proceso importante en mi vida.

A mis Abuelitos:

Víctor y Delia, que fueron papá y mamá en mis primeros años de vida, a quienes amo con todo el corazón, y se que mi abuelito en donde quiera que el universo lo tenga se siente feliz por mi, y a mi abuelita por la oportunidad de poder ser parte presencial, de este momento en mi vida.

A mis Hermanos y Hermanas:

: David, Gaby y Enmanuel por su apoyo, por su tiempo, consejos y cariño y a mi hermana Delia por su apoyo y cariño incondicional que fue determinante e importante para poder concluir este proceso, y mi cuñado Mario por su apoyo y cariño todo este tiempo.

A mis Sobrinos:

Fer, Nany por su apoyo, por su comprensión y amor y Maty por su amor, acompañamiento y ser fuente de inspiración.

A mis tíos y tías:

por su cariño, especialmente a mi tía Angelica, tío Iván, tía Lorena, tía Alma, tía Paty por su apoyo en cada momento determinante de mi carrera.

A mi amiga:

Raíza, por su apoyo siempre, y que juntas terminamos este proceso.

Y a cada una de las personas y seres de luz:

por su apoyo en este proceso, tan importante en mi vida, una, dos tres veces gracias, por todo.

DEDICATORIA:

Quiero dedicar este trabajo a mi familia, a mi papá y mi mamá, a mis abuelos, mis hermanos y hermanas a mis sobrinos y sobrina, y a mi cuñado, porque sin su amor, apoyo y fuerza no hubiera podido culminar este proceso. Que inicio como un sueño, y culmino en una realidad.

Para construir un sueño, necesitas imaginarlos, luego crearlo y construirlo, para hacerlo realidad necesitas determinación y fuerza, la cual impulsó el sueño. Si vale la pena cada esfuerzo, si vale la pena cada lucha, y cuando te sientas derrotado, solo recuerda a donde quieres llegar.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	5
LA FAMILIA	5
1.1. Definición de Familia.....	5
1.2.Clases de Familia	9
1.2.1. Concepto de Padre, Madre, Hija e Hijo.....	11
1.3. Enfoque Legislativo de la Familia	15
1.3.1. Igualdad de los hijos ante la Constitución Política de la República de Guatemala.....	19
1.4. Concepto Jurídico del Niño, Niña y Adolescente.	20
1.5.Concepto de Padre y Madre Jurídicamente y la Filiación.....	22
1.5.1. La Filiación.....	23
1.5.2. Madre y Padre concepto jurídico.	24
CAPITULO II.....	28
Derecho de Familia, Legislación guatemalteca	28
2.1. Derecho de Familia.....	28
2.2.Modalidades jurídicas de la familia.....	32
2.3. Concepto de Divorcio y Separación según la legislación guatemalteca.	32
2.4. Formas de Separación y del Divorcio;	34
2.5. Efectos de la separación y el divorcio, legislación guatemalteca.	36
CAPITULO III.....	40
DERECHO DE FAMILIA, LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	40
3.1. Derecho de Familia.....	40
3.2. Modalidades Jurídicas de la Familia.....	44
3.3. Efectos de la Separación y el Divorcio según legislación española.....	45
CAPITULO IV	48
ELEMENTOS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	48
4.1. La Patria Potestad.	48
4.2. Derecho y Obligación de Proporcionar Alimentación	51
4.3. Definición Doctrinaria de Guarda y Custodia	53
4.5. Guarda y Custodia diferencia entre Patria Potestad.	55
4.6. Contenido de Guarda y Custodia	58
4.7. Modalidades de Guarda y Custodia	60

4.8. Concepto Doctrinario de Guarda y Custodia Compartida.....	62
4.8.1. Principios en los que se debe basar la Guarda y Custodia Compartida.	64
4.9. Regulación Legal de la Guarda y Custodia. Legislaciones de Guatemala y España	65
4.9.1. Regulación Legal de la Guarda y Custodia en Guatemala;	66
4.9.2. Guarda y Custodia Compartida en la Legislación Española.....	68
CAPITULO V	79
GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. DERECHO COMPARADO.....	79
(ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS)	79
5.1. Beneficios que el niño, niña y adolescente recibe cuando se comparte la guarda y custodia después de un divorcio o separación.	85
5.2. Eficacia de la protección de los derechos hacia el niño, niña y adolescente, que garantice el bienestar físico y psicológico cuando sus progenitores comparten su guarda y custodia.	90
5.3. Forma en que la legislación guatemalteca en comparación con la española regula la guarda y custodia del niño, niña y adolescente en una sentencia de divorcio.	93
5.4 Conveniencia de la guarda y custodia compartida del niño, niña y el adolescente, cuando el padre y la madre se encuentran separados o divorciados.....	94
CONCLUSIONES.....	102
RECOMENDACIONES.....	104
REFERENCIAS	105
ANEXOS:	110

Resumen

El presente trabajo de investigación trata sobre la forma en que se desarrolla la guarda y custodia compartida en la legislación guatemalteca comparada con la española, debido a que este último país ha tenido gran desarrollo a nivel jurídico en los últimos quince años en relación al tema.

El objetivo de este trabajo de investigación es el poder determinar las similitudes, las diferencias y los beneficios que existen al momento de adoptar esta modalidad de compartir la guarda y custodia de los hijos e hijas que se tengan en común, luego de un divorcio o separación. Y como lo establece Guatemala y España dentro de su legislación y doctrina.

Y se hace a través de una monografía, por medios de la entrevista a profesionales conocedores del tema, libros jurídicos, diccionarios, enciclopedias jurídicas, tesis y sentencias extranjeras. En España el tema de guarda y custodia compartida ha tenido gran aceptación en la sociedad, e inclusive sigue vigente sus modificaciones, ya que ahora la terminología a utilizar es corresponsabilidad parental, igualdad en relaciones familiares o régimen de convivencia compartida entre otros términos, con la única finalidad de ser más específicos en el tema y no confundirlo con la patria potestad.

En la legislación guatemalteca la guarda y custodia compartida no está implementada dentro del marco jurídico, pero si existen casos en los cuales se adopta esta modalidad, y se hace a través de un acta notarial o cuando el divorcio o separación es de común acuerdo. Pero que un juez lo dictamine como España, es difícil que se suscite un caso. La guarda y custodia compartida puede ser un beneficio para el niño, niña y adolescente pero si no existe el real compromiso de los progenitores de seguir todos los parámetros establecidos para poder llevar a cabo esta modalidad, no resultaría beneficioso sino al contrario perjudicial para los menores de edad, también debe existir el compromiso de los jueces, trabajadores sociales y psicólogos para determinar si es la mejor opción para los hijos e hijas, cuando sus progenitores han tomado la decisión de separarse o divorciarse.

Introducción

En la presente investigación se compara el derecho guatemalteco con el español en referencia al tema de guarda y custodia compartida, del niño, niña y adolescente, luego de un divorcio o separación donde la familia se transforma.

La familia es importante dentro de la sociedad ya que es la primera manifestación social que los seres humanos perciben, y en la cual se manifiestan y aprende todo aquello, que los miembros de la misma le ofrecen. Por lo que los Derechos Humanos la protegen, al igual que los estados miembros dentro de sus legislaciones.

La familia es la base de la sociedad, existen diversas modalidades que la misma sociedad ha establecido, entre ellas está la nuclear compuesta por mamá, papá e hijos. En el primer capítulo, se desarrolla el tema de Familia en todos los aspectos, tanto legislativo como doctrina, al igual que conceptos de padre, madre e hijo/a. y por consiguiente en el mismo capítulo se habla sobre la relación paterno filial, y de la serie de derechos que se deslindan de esta relación y de obligaciones.

El capítulos dos y tres, desarrolla el tema de derecho familiar guatemalteco y español, con la finalidad de llegar a la comparación al igual que la evolucionado que cada uno ha desarrollado de forma distinta, en la que la española ha tenido grandes cambios porque la misma sociedad se lo ha demandado y por lo que su legislación ha sido modificada en gran medida, en estos últimos quince años, por ejemplo la implementación de la guarda y custodia compartida, o la aceptación de matrimonios entre personas del mismo sexo.

En relación a la legislación guatemalteca, ha presentado de una forma más pequeña los cambios en relación al tema de familia, por ejemplo, esta la creación de la ley de adopciones, lo cual era necesario para no seguir realizando adopciones ilegales.

Y por consiguiente en el capítulo cuatro se desarrolla todo lo relacionado con el tema de guarda y custodia y sus diferentes modalidades. Al igual que se hace una diferencia entre patria potestad y guarda y custodia, para que al momento de realizar la comparación entre ambos derechos se tenga claro esta diferencia, brevemente se podría decir que la primera es el derecho y las obligaciones que se deslindan de la relación paterno filial, y

la última es únicamente referida a todo aquello que se da a raíz de la convivencia diaria, como por ejemplo, la elaboración de alimentos, el llevarlos y traerlos de los centros educativos, el enseñarle diariamente modales, valores entre otras cosas que aprenden los hijos/as día a día.

Haciendo la diferencia, dentro de este mismo capítulo se establece como se regula dentro de la legislación de ambos países.

Luego de un divorcio o separación, uno de las consecuencias inevitables, es decidir con quien se quedan los hijos. La legislación guatemalteca en los casos de divorcio o separación por mutuo consentimiento, es más fácil tomar esta decisión, claro esta modalidad permite acordar de una forma más pacífica quien poseerá la guarda y custodia de los hijos e hijas que tengan en común. En la legislación española de igual forma esta es una de las consecuencias inevitables, y su ley es clara en establecer que una de las derivaciones del divorcio o separación es decidir quién poseerá la guarda y custodia y también la patria potestad de los hijos e hijas.

¿Qué tan necesario será implementar la guarda y custodia compartida en la legislación guatemalteca?, al implementar esta modalidad ¿Se agravarían los casos de divorcio y separación? o ¿Pueden llegar saturarse los juzgado de familia, queriendo implementar dicha modalidad?, y que esto en vez de favorecer al menor lo perjudique aún más, debido a la posibilidad que se podrían emitirse dictámenes acelerados, o que no se tomen las medidas necesarias para establecer la idoneidad de los progenitores y se ponga en riesgo la integridad del niño, niña y adolescentes, caso que sucedió en España en los primeros años.

Y en el último capítulo se desarrolla el análisis y discusión de resultados, en la que los instrumentos a utilizar, fueron todo el marco teórico, las entrevistas realizadas a profesionales que son importantes y conocedores del tema objeto de la presente investigación, al igual que sentencias relacionadas con la guarda y custodia en España, y para obtener más información de este último país se utilizó libros y tesis referentes al tema ya que como bien se mencionó anteriormente es un tema amplio para los juristas españoles, y de esta forma hacer posible la comparación, entre ambos países.

Se compara la legislación de Guatemala con la de España, en relación al tema de guarda y custodia compartida, las cuales se diferencian por elementos sociales como lo es la economía, la cultura, las ideologías, las costumbres, entre otros, lo que resulta beneficioso al momento de plantear las diferencias como las similitudes.

Para esta investigación se planteó la siguiente pregunta de investigación: ¿Es conveniente para el niño, niña y adolescente se permita una guarda y custodia compartida, en base a la comparación de la legislación guatemalteca con otra y que factores pueden ser clave para tener una buena regulación legal? y como objetivo general se planteó lo siguiente: determinar las diferencias, similitudes y beneficios que existen en relación a la guarda y custodia compartida en la legislación guatemalteca en comparación con otra, en la que se eligió España como país para poder hacerlo posible, ya que se tiene un amplio contenido en relación al tema.

Y los objetivos específicos son los siguientes a) Investigar en que legislación se busca un real beneficio para el niño, la niña y el adolescente, cuando se comparte la guarda y custodia, en caso que el padre y la madre se han divorciado o separado. b) Comparar en que legislación existe una protección eficaz hacia el niño, la niña y el adolescente de sufrir daños físicos o psicológicos cuando sus progenitores comparten su guarda y custodia. c) Analizar la forma en que la legislación guatemalteca en comparación con otra u otras como establecen la guarda y custodia del niño, niña y adolescente en una sentencia de divorcio. d) Determinar en base a la comparación de ambas legislaciones, si es conveniente para el niño, niña y adolescente se permita una guarda y custodia compartida del padre y la madre cuando están separados o divorciados.

El aporte de la presente investigación es dar a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de poder compartir con sus progenitores de forma conjunta y equitativa cuando estos se encuentran separados o divorciados, para propiciarles una vida más segura y feliz, puede que sea una realidad no tan lejana en base a una regulación dentro del marco jurídico guatemalteco, ya que es un derecho que poseen los menores de edad, y que en algunos años quizá sea necesario que la ley lo establezca e inclusive se presente un proyecto de ley de corresponsabilidad parental en caso de divorcio y separación.

Y a su vez que los progenitores puedan compartir sus obligaciones frente a sus hijos e hijas, y puedan ser parte de su vida día a día, y no como visitantes, o incluso solo dedicarle algunas horas a la semana. Si no la posibilidad que pueda convivir de una forma más equitativa, para bienestar de los mismos y por su puesto de los hijos e hijas que tengan en común. Claramente de llegar a establecerse en Guatemala o en cualquier otro país como es el caso de España, si no existe un real compromiso y madurez por ambos progenitores de asumir esta modalidad, no valdría la pena considerarlo ya que no se estaría buscando el beneficio del niño, niña y adolescente ya que solamente agravaría más la situación emocional por la que ellos y ellas atraviesan cuando sus progenitores deciden ya no estar juntos.

Y la metodología utilizada es la entrevista, a profesionales conocedores de este tema, para que puedan ampliarlo y dar sus opiniones respectivas.

Capítulo I.

La Familia

1.1 Definición de Familia

“Etimológicamente, familia procede de *dha* (*asentar*), *dhaman* (*asiento, morada, casa*). Se ha dicho también que deriva de *famel* (*hambre*). Asimismo, se le atribuye la procedencia de *familiam* (*conjunto de criados de una persona*), *famulum* (*criado*)”¹

En Roma, la familia era el conjunto de esclavos que en propiedad de un solo dueño que dependían del *paterfamilias*. Al igual que era el grupo de personas que estaban unidas por parentesco. Las familias Romanas eran más que una convivencia entre los miembros de la misma, sino más bien era como una escuela de disciplina donde se aprendía a respetar las órdenes del superior, incluyendo la obediencia de la mujer hacia el *paterfamilias* dejando a la mujer al margen de las decisiones del hogar. Claramente esto permite a Roma a expandir su imperio.

Comúnmente se puede considerar a la Familia como el conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo con vínculos de parentesco y donde los seres humanos conviven en sociedad por primera vez, las primeras enseñanzas de la vida. Generando para cada uno de los miembros derechos, obligaciones y deberes, dependiendo del lugar que ocupe dentro del núcleo familiar.

Siendo la unidad más pequeña de la sociedad y a través de ella se transmite la cultura de una generación a otra; de esta manera, vemos como las tradiciones y costumbres de cada pueblo se perpetúan por medio de la familia, como, por ejemplo, la fiesta de Navidad, el día de los muertos, las fiestas patronales, etc.

¹ Lorenzo-Rego, Irene. El concepto de familia en derecho español: un estudio interdisciplinar. España: J.M. BOSCH EDITOR, http://libreriabosch.com/media/public/doc/LorenzoRego_Indice_Prologo.pdf, Consultada el: 7 de enero de 2015

La Familia, existe antes del Derecho, es natural dentro de los seres humanos. Es definida como la base de la sociedad, conformada por el papá, la mamá y los hijos, siendo esto una familia nuclear. En el diccionario de la Real Academia Española define la Familia, “como: a) Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. b) Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. c) Hijos o descendencia. Está casado, pero no tiene familia”.² Es toda persona que tiene un vínculo que consiguió o se puede dar por adopción, pero con características físicas o actitudes similares.

La acepción lingüística oficial del vocablo familia viene a entender a ésta como aquel “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”³ también se puede decir que está formado por una pareja humana, entre una mujer y un hombre y sus hijos, se puede incluir las unidas por parentesco de sangre o político que estén vivas o muertas.

VELA SANCHEZ, define a la familia como “un concepto previo al Derecho, es decir, una multiplicidad de personas físicas vinculadas entre sí, bien por el matrimonio, bien por un vínculo de sangre (madre soltera con sus hijos), o, simplemente, por un afecto, que constituye un solo núcleo de convivencia.”⁴ La familia es histórica debido a que su configuración se ha modificado a lo largo de la Historia, por diferentes motivos.

La sociedad, por diversos motivos se le ha visto en la necesidad de crear nuevos modelos de familia a través de la historia, por lo que se le han agregado nuevas clases de familia, debido al constante cambio que ha presentado. Pero algo que es determinante para la presente investigación es el grado de parentesco por consanguinidad unida a la condición de vida, entre los que conviven dentro del núcleo familiar.

La importancia que tiene la familia dentro de la sociedad es innegable, debido que son las primeras manifestaciones de convivencia que va más allá de la herencia genética y

² Diccionario de la Real Academia Española, en línea, <http://lema.rae.es/drae/?val=la+familia>, (consultado el 2 de septiembre de 2014)

³ Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary. Web. 4 September 2014.

⁴ Vela Sánchez, Antonio. Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary. Web.: consultado el: 9 Marzo 2015.

las marcas de consanguinidad, es un recipiente y contenido de una historia de creencias, tradiciones y costumbre que se han transmitido por la cultura y del padre y la madre, estas se transmiten de forma consciente o inconsciente, y se conforma de un árbol genealógico único, por el hecho de que los nombre enlazados, son únicos al igual que los lugares e historias que se comparten en común, lo que son parte del pasado y presente.⁵ Comúnmente la familia se conforma a raíz del matrimonio, donde un hombre y una mujer con el ánimo de conformar una vida juntos, de procrear, educar y cuidar a sus hijos, propiciarles amor incondicional, ver el bienestar de ellos.

Es donde se aprende los valores, donde se enseña los buenos modales, es donde se aprende a procurar por el prójimo, donde demostramos hábitos de generosidad, donde inicia la construcción de la personalidad del ser humano, es donde los seres humanos perciben sus primeras muestras de amor incondicional, como el que le propicia su madre y padre. La familia es principalmente educadora, lo que se aprende en ella, será el futuro de una sociedad.

Por ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶, establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, por lo tanto, a quienes son parte y quienes deben respetar sus derechos entre ellos mismos.

El ser humano jamás dejará de necesitar en sus primeros años, el amor, cuidado y atención que le puedan procurar su madre y padre. En la actualidad se ha incrementado la cantidad de niños, niñas y adolescentes que no han podido crecer de forma conjunta con sus progenitores, por diversos motivos no recibiendo todo lo que ellos necesitan como lo principal la parte afectiva, siempre que la presencia de su padre o madre no sea perjudicial para su bienestar físico y psicológico.

⁵ Lerner Matíz, Jeannette. ¿Qué es la familia?: determinismo, transmisión, tradición. Colombia: Red Universidad Eafit, 2006. ProQuest ebrary. Web, consultado el: 7 enero: 2015.

⁶Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2013/decla_UniDe.pdf, consultada el: 3 enero de 2015

Una familia, no solamente implica una conformación de un grupo de personas que conviven junta, sino también debe tener relaciones positivas para que sean parte de ella, y puedan ser personas felices y estables, por lo que implica una serie de puntos, que son presentados a continuación por terapeutas familiares y trabajadores sociales como algo primordial para tener una vida familiar sana; a) conexión y el compromiso, cohesión de los miembros entre sí, b) respeto por las diferencias individuales, c) las relaciones de pareja o entre adultos a cargo, caracterizadas por respeto mutuo y poder igualitario, equilibrado y compartido. d) el liderazgo y la autoridad parental o adulta efectiva, e) cierta estabilidad en la organización del sistema familiar, f) características de flexibilidad, g) una comunicación abierta, clara, directa h) una efectiva resolución de problemas, i) un sistema de creencias compartido, j) los recursos adecuados de seguridad económica y soporte psicosocial.⁷

Varios estudios de psicología realizados en Estados Unidos y la Unión Europea han demostrado que el niño sufre mucho más en situaciones en la que los padres son infelices juntos que posteriormente, cuando viven solamente con uno de los dos y conviven con el otro, en un nuevo ambiente e incluso con una nueva pareja. Estas reacciones son difíciles de entender; los niños quieren sentir que sus padres son felices; lo contrario les provoca muchas alternaciones. Si la separación es amigable, la tensión generada desaparecerá.⁸ Porque también el costo emocional de la separación es alto, debido a que es la terminación de un proyecto común de dos personas y el fin de un compromiso que asumieron una mujer y un hombre de permanecer juntos para toda la vida. Por lo que la familia sufre un cambio, a pesar de ello los niños y niñas no dejan de tener una familia.

No importa cómo esté constituida esa familia, sino que sea capaz de vincularse a ese niño, de protegerlo, enseñarle a amar y a ser amado, integrarlo en el entorno en el que

⁷ Baeza Silvia, Familia y género. Las transformaciones en la familia y trama invisible del genero Praxis educativa, N.9, pp. 34- 42, 2005. Red Universitaria Nacional de la Pampa, 2005, pág. 38.

⁸ Congreso Internacional del Derecho de Familia, Gonzales Reguera, Elizabeth, facultad de Derecho UNAM, Guarda y Custodia del menor, México, <http://www.juridicas.unam.mx/> consultada el: 11 junio de 2014.

vive, ayudarle a comprender lo diferente como parte de sí mismo, a vivir su espiritualidad y a gestar un sentido crítico y ético propio que le guíen por la vida.

Cuando se produce una separación o divorcio del núcleo familiar, donde los hijos han estado conviviendo con su madre y padre y la relación de estos no ha podido seguir adelante e hicieron todo lo posible por rescatarla y lamentablemente se convirtió en algo insostenible siendo un caos, y llegaron al acuerdo de divorciarse, no resulta positivo para los niños, niñas y adolescentes para su desarrollo psico-emocional que se alejen de los hijos, porque estos siguen necesitando del amor y cuidado de ambos.

Para que esta separación no resulte perjudicial para los niños, niñas y adolescentes, que en su mayoría no pueden expresar con palabras lo que les ocasiona esta ruptura familiar y lo demuestran con actitudes que no son comprendidas por los adultos que los rodean. Por lo que se recomienda pedir ayuda profesional, para que este divorcio no resulte catastrófico para los hijos/as aislándolos del conflicto no será suficiente, sino se debe llevar un seguimiento para que puedan comprender lo que sucede con sus progenitores y que no se sientan culpables o puedan desarrollar una depresión.

Y el aspecto pasivo que demuestran los progenitores en el proceso de divorcio hará que el menor de edad no salga perjudicado, durante el proceso, es importante que ninguno de sus progenitores se aleje de él o ella, para que no se vea afectado emocionalmente por la ausencia, claro está que la presencia del padre o madre no sea perjudicial para la salud física y psicológica del niño, niña y adolescente

1.2. Clases de Familia

La familia nuclear surge con la Revolución Industrial, esta era extensa en cuestión de generación, pero a finales del siglo XX, surge la familia nuclear como se conoce, en la que conviven el padre, la madre e hijos únicamente como miembros del núcleo, perdiendo los vínculos colaterales que poseían anteriormente, sin perder los efectos jurídicos que se den por ejemplo con las sucesiones intestadas. Esto se puede dar por el matrimonio, pero se están constituyendo una vida junta, con el fin de procrear cuidarlos y protegerlos.

Existen otras clases de familia, como; las familias de hecho, en que los progenitores no están casados, pero conviven juntos con los hijos de ambos, familias monoparentales, donde uno solo de los progenitores convive con sus hijos, al faltar el otro por cualquier motivo, familias reconstituidas también llamadas ensambladas, en las que puede o no existir matrimonio entre la pareja, pero no todos los hijos proceden de ésta, sino también los hay de uniones anteriores, fueren conyugales o no, las familias adoptivas procedentes de una adopción, familias con padres separados o divorciados, y las familias homoparentales donde la pareja es homosexual,⁹ esta última familia no está aceptada dentro de la legislación guatemalteca, pero en algunos países de Latinoamérica y Europa si la aceptan y la regulan en su ley, pero existen diversos desacuerdos a razón de esta clase de unión y en consecuencia del matrimonio para que conformen una familia.

La familia objeto de la presente investigación, es la de padres separados o divorciados, afirmando así que los niños, niñas y adolescentes no dejan de tener una familia, al contrario pueden llegar a tener otras familias como la familias reconstruidas, pero que esta sea de una forma que los beneficie y no perjudique el desarrollo emocional y ponga en peligro su integridad. También pueden llegar a tener una familia monoparental, en la que se encuentran al cuidado de uno de los padres a falta de otro no importando el motivo.

La familia nuclear siempre será una magnífica opción para el desarrollo de los niños/as en el aspecto psicológico y físico, porque tienen el cuidado, protección y sobretodo el amor de ambos padres, pero en la vida surgen diversas circunstancias que hacen conformar otra forma de familia que puede ser la monoparental, reconstruida, adoptiva o de padres separados o divorciados. Lo importante es que el Estado proteja a la Familia, porque son los conformadores de la sociedad futura, deben ser reforzadas entrando en los ordenamientos jurídicos, para quienes son integradas dentro de ellas, no se sientan desprotegidos por las leyes, sino estos reciban el respaldo que necesitan, para estar reconocidas dentro de la sociedad guatemalteca y fortalecer la misma, como lo estipula la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁹ Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia. *Op.cit.*, consultada el: 8 Septiembre 2014.

1.2.1. Concepto de Padre, Madre, Hija e Hijo.

La madre y el padre son los arquitectos de la familia, los que preparan los cimientos sobre los cuales se va levantando día a día la estructura familiar. La pareja es el centro de la familia, y los hijos recibirán todo lo que su madre y padre les ofrezcan, dentro de sus posibilidades y límites. Es importante que los padres formen un equipo, cooperen entre ellos y mantengan una estabilidad, el vínculo entre la pareja es fundamental para que en la familia exista una estabilidad.

El papá y la mamá tienen que formar un “nosotros”, que no sea una independencia, ni tampoco exista una dependencia, sino que sea una interdependencia que en relación, uno tiene que ceder parte de sí mismo para convertirse en parte integrante de una pareja, lo que no resulta nada fácil, ya que son dos personas totalmente diferentes, pero que tiene cosas en común y que decidieron unir sus vidas, y desde el primer hijo que tienen se convierten en padre y madre.

En la actualidad se ha visto más que una necesidad un derecho de la mujer el poder tener un trabajo, profesión u oficio, siendo una realización personal y colaboración en el sustento del hogar y de los hijos y los padres deben seguir aportando económicamente no olvidando su obligación. Pero los aportes materiales no son suficientes ya que se necesita del amor de ambos, de que esto sea demostrado no con cosas materiales, sino con tiempo, con afecto, con escucharlos sobre sus deseos, sus sueños, anhelos, y dudas, compartir y vivir cada etapa de su vida, como la más hermosa y esencial de la vida de los seres humanos la niñez y por consiguiente una etapa delicada que requiere de cierta atención siendo esta la adolescencia, no solo por cumplir un papel en la vida de los hijos/as, sino porque son seres humanos que aprenden constantemente, y todo ello será reflejado en su vida futura, y que mamá y papá cumplan con sus obligaciones y responsabilidades para con ellos y que no estén de forma ausente no solo se refiere a lo físico, sino también a la ausencia que se puede dar por falta de atención, afecto, falta de interés hacia los hijos que se tienen.

La palabra hijo que proviene del latín *filiius* con el mismo significado, es definido por la Real Academia Española como la persona respecto de su padre y de su madre. Todos

los seres humanos son hijos ya que todos provienen de una madre y un padre biológicos, aunque estén ausentes, por algún motivo, pero los une el lazo consanguíneo, también están los hijos del alma que los une algo más fuerte que la consanguinidad, el amor. En las relaciones familiares madre, padre e hijo/a debe existir jerarquía.

La madre y el padre les dan a las hijas e hijos la vida, y también aseguran de cualquier forma a sus hijo/as todas las condiciones que a su alcance estén para brindarles bienestar como alimentación, educación, protección, cuidado y procurar un hogar. Por lo que le corresponde a los hijos/as tomar todo lo que les den, ya sea mucho o poco y aunque no sea siempre lo que desean y quisieran, pero se debe recibir con amor y agradecimiento.

Ahora la palabra padre se define como, "Varón o macho que ha engendrado; o Varón o macho, respecto de sus hijos."¹⁰ la función del ser padre no solamente es limitarse a algo biológico o reproductivo, es más que eso, es el poder ser una figura clave en el desarrollo de un niño, niña o adolescente, es el poder protegerlos, educarlos y ayudarlos en las diferentes etapas de su vida, que los hijos puedan sentirse amados, y los padres no sea solamente quien les proporciona seguridad económica, sino alguien que les de seguridad emocional, alguien que los ame, quien los cuide, quien les proporcione un consejo, quien los guíe, no negándose la oportunidad de convivir y compartir con sus hijos.

Claro está que dentro de la sociedad, la figura paterna ha sido aislado de la presencia afectiva y emocional de los hijos/as, se le ha alejado del hogar, se le ha etiquetado con el rol que el proporciona el trabajo instrumental del hogar, como por ejemplo el que trabaja y trae el dinero para el sustento del hogar, claro está en una obligación del padre, pero no es el único rol que debe asumir. Está la parte en la que la niña y el niño necesitan, de la atención, del cuidado, del amor, de la participación dentro de las actividades escolares y extraescolares, que el niño/ña realice. El poder dejar el rol que la sociedad les ha marcado, y darse la oportunidad, de conocer a sus hijos/as, el poder amarlos con

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española, *Op.cit.*

libertad y que la función como padre sea también reconocida, por la familia y por la misma sociedad.

Ahora bien, la palabra madre es definida como "Hembra que ha parido; o Hembra respecto de su hijo o hijos es más natural."¹¹, al igual que el ser padre es algo más que biológico, es el poder concebir a un ser humano dentro de su vientre, para fórmale físicamente y desde ya trasmitirle el "ser" de la madre. La mujer tiene el privilegio de la vida, el poder formar dentro de su vientre vida, y disfrutar la etapa de gestación. Y como el cuerpo cambia siendo símbolo de vida y amor, el compartir con su hijo/a una etapa de nueve meses, tan cerca que en ningún momento de su vida podrá repetirse el acercamiento entre madre e hijo/a.

Pero no siempre las mujeres están preparadas, es inesperado o no desean ser madres, son diversas las situaciones en la que se encuentra una mujer cuando queda embarazada, motivo por la que las lleva a no desear la vida que lleva dentro.

El ser madre debe ser una decisión, no por el hecho de ser mujer se debe ser madre, las mujeres pueden elegir que desean ser, si dedicarse a una vida profesional o dedicarse a la vida religiosa o a servir al prójimo de alguna u otra forma, por ese hecho no deja de ser mujer, solamente no desean serlo.

Las madres acompañan a los hijos/as en el desarrollo de sus vidas, es ese amor incondicional que demuestran cada día a su hijo o hija, el amor que no conoce límites, la atención, las muestras de afecto, y el apoyo que siempre tendrán hacia sus hijos/as.

El ser madre no implica que sea quien deba hacer todo lo referente a las tareas del hogar, aunque los medios de comunicación están tan sumergidos, en que ser madre es igual a, la cocina, electrodomésticos, lavado de ropa, planchado de ropa, etc, claro este trabajo no es menospreciado, al contrario, es un trabajo digno y que muchas veces no es apreciado por los miembros de una familia. Las madres también necesitan su espacio,

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española, *Op.cit.*

necesitan tomar su tiempo y si desean desarrollarse en el ámbito profesional lo pueden hacer, los hijos/as y cónyuge deben apoyar.

El ser madre y padre no es algo fácil, pero se pueden preparar, existen grupos de auto ayuda, religiosos o personas que puedan ayudar a los hombre y mujeres que desean ser padre y madre o que ya lo son, para que se pueda tener una relación positiva con los hijos e hijas, claro no existe la perfección, pero si la felicidad y la armonía familiar. Y lo hijos e hijas puedan recibir con amor lo que sus padres puedan darles, y agradezca de igual forma, para que en un futuro puedan caminar sin tantas dificultades a raíz de un pasado tormentoso o doloroso.

El ser padre o madre, deben ser decisiones tomadas, no solamente por bienestar propio, sino por el bien de los niños y niñas que vienen al mundo, porque son ellos quienes van educar, guiar, apoyar, cuidar y proteger. Y no dejándolos a la deriva, sino mostrándoles los mejores caminos a tomar y que cada hijo o hija decidieran.

La familia es importante, el poder enriquecerla cada día más, ahora bien, cuando la convivencia familiar se convirtió en algo caótico, se convirtió en una familia disfuncional, que claro esta puede encontrar una solución y convertirse en una familia funcional.

Las familias siempre presentaran crisis, y de estas siempre se aprende algo nuevo y que enriquece el espíritu y crecer como personas. Pero que sucede cuando parece que las relaciones entre mamá y papá no están funcionando del todo bien, y al parecer no existe solución alguna para la relación de ellos, y que claramente afecta a los hijos/as y se toma la decisión de separase o divorciarse, se deben solucionar las consecuencias que deviene de ello, como lo es, quien poseerá la guarda y custodia de los hijos/as.

La madre siempre va tener por preferencia la guarda y custodia de los hijos/as menores, es quien los tendrá a su cuidado y protección. Pero no solamente ella tiene la obligación de proporcionarles alimento, vestuario, educación, y por supuesto no es la única que debe estar en el desarrollo de la vida de los menores, porque la necesidad que los hijos/as sienten de tener a su padre conviviendo con ellos es natural, cuando se hacen separaciones destructivas provoca que los hijos tengan conflictos personales y hace que

se abra un abismo entre la relación padre e hija o hijo, lo que dificulta la comunicación y el poder ser parte de su desarrollo emocional y no ser solamente una presencia en su vida, si no ser parte de ella.

Esto pueda que sea cultural, o porque es una sociedad machista, lo que conlleva a esto, o la misma actitud de los varones, para tomar tal aislamiento con los hijos/as, pueden ser diferentes motivos, pero lo que es cierto que todos los humanos necesitan del amor y apoyo del padre y de la madre, para que el camino no sea tan dificultoso, o si lo es, que estén ahí para ayudarnos, una y otra vez que se necesite. Porque son amores incomparables y no importando que edad se tengan, siempre se necesita de ellos.

1.3. Enfoque Legislativo de la Familia

El doctor Vladimir Aguillar Guerra, define la familia como “una institución natural que surge con anterioridad al Derecho, es un *príus* cuando el ordenamiento la toma en cuenta y la regula, es como consecuencia de esa realidad humana y social presente en los diversos momentos históricos.”¹² La importancia de esta institución a través de la historia es evidente, el concepto ha evolucionado notablemente, debido a los constantes cambios en las sociedades, como lo afirma el doctor Vladimir Aguillar, “el de familia no es un concepto estable en el campo social y jurídico” ¹³rigiéndose a los ideales del tiempo en que vive la sociedad humana, pero siempre mantiene los lazos consanguíneos y esto en nuestra sociedad se inician desde la afinidad que se da desde la unión de un hombre y una mujer, ya sea por matrimonio o unión de hecho y dando así el reconocimiento de sus hijos/as, por medio de los apellidos y los de filiación que son entre madre, padre e hijos/as, o hijos/as que descienden de un mismo padre.

En el sentido doctrinario ACEDO PENCO hace alusión que es necesario tener un concepto jurídico de Familia, debido a la importancia que tiene esta institución dentro de la legislación y presenciando evidente dificultad de un concepto legal general de familia, por lo que “suele encuadrarse en principio, en torno al matrimonio y a la procreación, un grupo cerrado de procreadores y procreados, o sea, la familia tradicional, también

¹² Aguillar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia, Op. cit.*, pág. 1.

¹³ *Ibíd.* pág. 2.

llamada familia nuclear”¹⁴ es claro que la familia nuclear sigue presente y que esta es un modelo típico que el legislador toma, formándose una vida entre cónyuges y entre padres e hijos/as, dando así un lugar a los valores sociales y éticos que tenemos más arraigados

En un sentido más jurídico, PUIG PEÑA afirmó que la familia enlaza en una entidad total a los cónyuges y sus descendientes, marido y mujer; padres e hijos; éstos son los que integran el componente personal de la familia. Los demás parientes serán familiares, si se quiere; pero tampoco integran “la familia propiamente dicha”¹⁵

DÍEZ-PICAZO afirma que «la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural.

VELA SANCHEZ define a la familia desde un aspecto jurídico de la siguiente forma “puede conceptuarse como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio, parentesco o sólo convivencia al que la ley atribuye efectos jurídicos. La familia no goza de personalidad jurídica, no tiene autonomía respecto de sus miembros”¹⁶ Al referirse que la familia no posee personalidad jurídica es debido a que no se encuentra definido dentro del ordenamiento jurídico, solo aparece su protección como es el caso de la legislación guatemalteca.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 47 “Protección a 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.” el artículo anterior se refiere específicamente a la familia nuclear, pero en la actualidad se ha descuidado por parte del Estado a la misma y han surgido notablemente otras modalidades de familia dentro

¹⁴ Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia. *Op.cit.*, pág 2.

¹⁵ Lorenzo-Rego, Irene. El concepto de familia en derecho español: un estudio interdisciplinar. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2014. ProQuest ebrary. Web. Consultado el: 7 Enero 2015.

¹⁶ Vela Sánchez, Antonio. Derecho Civil para el grado IV, *Op.cit.*, pág. 22.

de la sociedad guatemalteca. No existe una definición de familia, debido a la posibilidad de adaptarse a otra modalidad de familia, pero surge la inquietud que quizás se pueda limitar la protección a las nuevas formas de familia debido a que su organización se promoverá a través de la base legal del matrimonio.

Ahora bien el compromiso que adquiere el Estado es de garantizar la economía familiar, cuando las tasas de desempleo aumentan y se ve en aumento la pobreza, convirtiéndose en un problema conyugal e inclusive obliga a la migración de algún miembro de familia a otro municipio o a otro país, donde se destruye el núcleo familiar y en varios casos la madre se queda únicamente con la crianza de los hijos e hijas.

La tasa de inseguridad y criminalidad va en aumento, donde los hijos corren peligro en los centro de estudios ya que pueden ser vulnerados sus derechos, y los padres no poder confiar en la justicia del país.

Igualdad de derechos entre los cónyuges, esto debe iniciar desde el seno familiar, la igualdad entre el papá y la mamá, y entre hija e hijo, para que se encuentre el equilibrio entre hombres y mujeres, no siendo más ni menos, el uno del otro. Y dejar en completa libertad de decidir a las madres y padres con el respeto y la decisión que debe prevalecer entre ambos, cuántos hijos/as desean criar, la decisión de la madre debe ser respetada y también tomar en cuenta las condiciones en las que se encuentran ambos para poder criar, educar, cuidar y proteger, a los niños y niñas que tendrán a su cargo.

La paternidad irresponsable, lamentablemente es un mal que acrecienta cada día más, en la actualidad existen más mujeres que se quedan solas con sus hijos/as, en la que los padres se ausentan de la parte afectiva y económico de los hijos/as, no reconociendo su paternidad. O padres que se separan de su esposa y también de sus hijos/as, lo que no resulta positivo para los niño/as, lo cual, en un futuro, con una mala orientación pueden caer en vicios que destruyan su vida, por el hecho de no entender el abandono e inclusive adoptando cierta culpabilidad, y destruir su vida. Pero el humano tiene la posibilidad de elegir en la vida, pero no resulta tan fácil cuando no se ha tenido las oportunidades necesarias, y un pasado tormentoso.

En Guatemala la creación de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, decreto 97-96, la creación de esta ley es poder tomar medidas legislativas para disminuir y poner fin a la violencia intrafamiliar, dentro de nuestra sociedad, para contribuir a la construcción de la igualdad y el respeto a la dignidad humana del hombre y mujer, dentro de la familia, como la misma ley lo cita.

La violencia intrafamiliar, es un mal que aqueja a la sociedad guatemalteca, surge desde la desigualdad entre hombre y mujer, y el sometimiento que existe por parte de los demás miembros del hogar, claro está siempre debe existir una jerarquía, basada en el respeto, en la igualdad entre padre y madre, y los cuales están para poder educar, cuidar y proteger, a los niños, niñas y adolescentes que sean parte de ella. Si dentro de la familia son vulnerados derechos humanos, difícilmente los miembros de ella respetaran o les respetaran sus derechos dentro de la sociedad.

En el decreto 96-96, en su artículo 1, se entiende por Violencia Intrafamiliar; los siguiente;”...cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a personas integrantes del grupo familiar, por parte de parientes o convivientes o ex convivientes, cónyuges o ex cónyuges o con quien se haya procreado hijos o hijas.” Protege a todo integrante que conforme el grupo familiar, niños, niñas, mujeres, jóvenes, ancianos, ancianas y personas discapacitadas, los cuales gozan de protección especial, por el estado de vulnerabilidad, que poseen.

Cuando dentro de una familia se ha sufrido violencia intrafamiliar, es importante el poder tratar tanto a la víctima en específico como a los demás miembros del grupo familiar, porque realmente se ven repercutidos, por los actos de los cuales fueron testigos, existen adiferentes grupos de apoyo los cuales pueden ser útiles en la recuperación. Uno de los grandes factores que causan la violencia intrafamiliar, son las adicciones a el consumo de cualquier otro estupefaciente, la pobreza, los trastornos psicológicos, entre otros motivos, que llevan al agresor a cometer actos que se violenten los derechos humanos, dentro del grupo familiar, el cual es parte fundamental en la educación del niño, niña y adolescente.

La familia debe cuidar y proteger al niño, niña y adolescente en todos los aspectos para que los hijos tengan una vida sana y feliz. Los primeros patrones de conducta que optarán los niños y niñas, serán dentro de la familia, y lo cual será reflejado en diferentes etapas de su vida, ya que la madre y padre son quienes transmiten modelos de comportamiento, lo cuales son enlazados por la cultura, y la condición de vida económica y social, e inclusive religiosa. Aunque la escuela, la política y la economía, en ocasiones se le puede sobreponer a la educación que se da en la familia, al igual que las relaciones personales que tengan con otras personas.

El Estado se compromete en el artículo 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a acciones para contrarrestar las causas que ocasionen la desintegración familiar, como pueden ser el alcoholismo, la drogadicción y otras causas, que puedan ocasionar la separación de la familia. En relación al tema del alcoholismo es una enfermedad social y que debe ser tratada por el mismo que la padece en el cual algunos jueces han tomado la decisión en sentencias de violencia intrafamiliar, a que los agresores siendo estos enfermos alcohólicos, deben asistir a grupos de auto ayuda como es el caso del Alcohólicos Anónimos, debido a que se estableció dentro de la sentencia, que un factor que incidió a cometer tales actos el abuso de alcohol, y debe cumplir con una serie de asistencias para poder aceptar su enfermedad y el compromiso del enfermo alcohólico.

1.3.1. Igualdad de los hijos ante la Constitución Política de la República de Guatemala

En la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 51 hace alusión a la igualdad que debe existir entre hijos; “Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación punible.” Es clara la ley, al establecer la igualdad entre los hijos/as, no haciendo un divisionismo por motivos de edad, sexo o capacidades físicas que tenga cada uno de ellos, la ley establece la igualdad que debe existir entre los hijos/as, en algunos casos no resulta de esta forma debido a que existe ciertos privilegios ante el hijo varón, forjando desde el hogar la desigualdad en hombres y mujeres. También establece la igualdad de hijos fuera del matrimonio, con los hijos

habidos en el matrimonio, siempre que estén reconocidos o se haya comprobado dentro de un juicio la filiación, todos tienen los mismos derechos, lo que deben ser respetados.

1.4. Concepto Jurídico del Niño, Niña y Adolescente.

En toda sociedad, los niños/as y adolescentes son considerados menores de edad, por el hecho que todavía no tiene la capacidad de discernimiento que puede tener un adulto, y debe cumplir la mayoría de edad para que adquiera la capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles, dentro de la sociedad guatemalteca, al cumplir dieciocho es obtener la mayoría de edad.

En la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 2° establece; "...se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años, de edad, y adolescencia a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad" En la Convención sobre los Derechos del niño, en su artículo 1° establece que se considera niño; "...todo ser humano menor de dieciocho años de edad...", los cuales están al cuidado del padre, madre si estos fueran aptos para ejercer su guarda y custodia, y si la reconocen. Los cuales están obligados a velar por su bienestar emocional, físico, y espiritual para tener una vida plena y feliz, respetando sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones como progenitores para que tengan un desarrollo pleno, propiciándoles lo que necesiten según sus condiciones de vida.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 51, establece la "Protección a menores y ancianos, El estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantiza sus derechos a la alimentación, salud, educación y seguridad y prevención social." El estado se compromete a garantizar una serie de derechos que son básicos e inherentes a ellos, por ser un grupo vulnerable dentro de nuestra sociedad, por la falta de interés e inclusive de seriedad con que se toma a los niños, niñas y adolescentes, olvidando la sociedad que son el presente y futuro del país.

Cumplir con esta serie de derechos resulta un gran desafío en la actualidad para el estado, por diferentes motivos por mencionar algunos, la política, la economía y el desinterés por parte de la sociedad y de los gobernantes. El estado se compromete a

promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, así como su dignidad como seres humanos que son, su libertad con lo que conlleva este derecho, la igualdad ante toda la sociedad, y la protección que hace la sociedad hacia con ellos.

La niñez es el “Período de la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia. En materia penal, dicho período implica inimputabilidad por falta de discernimiento; y en materia civil, total incapacidad para obrar.”¹⁷ En la etapa de la niñez, el niño y niña no pueden ser penados por la ley, por no ser responsables de sus actos, debido a la inmadurez, falta de discernimiento, lo vulnerable a ser manipulados, y el engaño. La capacidad civil la podrá ejercer a través de un representante legal, ya que tiene falta de aptitud para poder manejar la serie de derechos y obligaciones que adquiere al cumplir la mayoría de edad.

“La palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre con la persona individual durante las primera etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial etapas de la vida que están caracterizadas por una situación de heteronomía, frente a esa otra situación de autonomía que es consustancial a quienes, normalmente desarrollaron y alcanzaron la necesaria madurez de su personalidad para regir su propio destino.”¹⁸

En la etapa de la niñez y adolescencia, son considerados menores de edad, hasta cumplir los dieciocho años como lo establece nuestra legislación, siendo está una edad que biológicamente y psicológicamente se considera que el ser humano ha alcanzado una madurez y puede ser un humano autónomo, pero para lograr todo ello, inexorablemente pasa la etapa primera de todo ser humano desde su concepción para luego ser niño o niña y por consiguiente la adolescencia, lo cual determina en gran

¹⁷ Enciclopedia Jurídica, Cosntantinos Stamatoulos, Niñez, España, www.encyclopedia-juridica.biz14.com, consultado el: 2 de febrero de 2015

¹⁸ Mendizábal Osés, Luis, Derecho de Menores teoría general, España, Ediciones Pirámide, S.A., 1977, pág. 43.

medida lo que será cuando sea adulto y sirva a la sociedad, y en donde aprende de las primeras relaciones humanas en lo que es considerado su hogar, la familia. Y se da una dependencia normal de los seres humanos, y esta se da naturalmente en sus progenitores. Los cuales educaran, alimentaran, guiarán, protegerán y sobre todo les dará amor que es parte de la naturaleza humana.

Por la vulnerabilidad de sus derechos, y del aprovechamiento de su inocencia, ingenuidad y pureza de los niños y niñas y adolescentes por parte de las personas adultas, se han creado leyes específicas para su resguardo y cuidado como lo es la Ley PINA (Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia) y la Convención sobre los Derechos del niño, ratificados por Guatemala el 15 de mayo de 1990, establece derechos que son básicos e inherentes los cuales deben ser respetados, como lo es el derecho a la vida, derecho fundamental de todo ser humano, la protección desde su concepción, para luego ser plena a lo largo de su infancia, por lo que debe tener un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual.

1.5. Concepto de Padre y Madre Jurídicamente y la Filiación.

Las relaciones paterno filiales es una de las más ricas de todo el Derecho privado y sus consecuencias afectan y se proyectan en muchas otras áreas jurídicas, no solo del Derecho de Familia (alimentos, patria potestad, tutela, etc), también en Derecho Sucesorio (sucesión forzosa e intestada, sobre todo); ámbito penal (parricidio, estupro...) y administrativo (incompatibilidad de funcionarios).¹⁹ Como bien se menciona al inicio del párrafo anterior la relación paterno-filial es una de las relaciones más abundantes por el hecho que no solamente se proyecta en una sola área jurídica sino en varias, lo que la hace indiscutiblemente importante dentro del marco jurídico.

La filiación genera una serie de obligaciones que se atribuyen a los progenitores, los cuales deben cumplir y respetar.

¹⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia, Op.cit.*, pág. 214

1.5.1. La Filiación

Ahora bien, la filiación, es la relación jurídica que se establece entre el padre, la madre y los hijos, generalmente el vínculo generacional que les une, esta se distingue por naturaleza o por adopción.

AGUILAR GUERRA lo define de la siguiente manera, en el ámbito jurídico, la filiación es la relación que une a determinadas personas (que pueden ser progenitores o no) con otras (que pueden ser procreados o no) y determinar en aquéllos y en éstos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección (cuidado, alimentos, educación, inserción social...) de estos últimos.²⁰

ANCEDO PENCO, establece que en lenguaje común y según el diccionario de la Real Academia Española define la filiación como la “procedencia de los hijos respecto a los padres”. Se trata, por tanto, cuando la filiación es de sangre, de la relación biológica existente entre las madres y sus hijos/as, y entre los padres y sus hijos/as. No apareciendo vínculos biológicos, existen otros supuestos en los que, legalmente, en determinadas circunstancias, la ley atribuye tal vínculo entre padres e hijos. ²¹

Por lo que se determina que la filiación es el vínculo existente entre las hijas e hijos en relación a sus progenitores, es el vínculo que procede esencialmente del hecho del nacimiento. En relación al ámbito jurídico la filiación es esencialmente la relación que une a unas personas con otras aunque no sean su padre y madre con otra que pueden ser sus hijos e hijas.

La filiación puede ser natural ya que desde un “punto de vista biológico, todos los seres humanos tienen un padre y una madre, estén o no identificados uno o ambos, tratándose de un hecho natural que sirve de plataforma inicial, como regla general, para que el Derecho establezca la relación jurídica de la filiación materna y paterna”²².

²⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de Familia, *Op.cit.*, pág. 209.

²¹ Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia, *Op. cit.*, pág. 193.

²² *ibid*, pág. 194.

La filiación natural dependerá “de la existencia o no del matrimonio de sus padres, siendo filiación matrimonial si los progenitores estaban casados entre sí, o filiación no matrimonial, en ausencia de un matrimonio entre ellos”.²³

También encontramos otras modalidades como puede ser por adopción, “es la que se deriva de un acto jurídico (llamado adopción) que establece una relación de filiación entre personas no unidas por un acto de generación.”²⁴ que también recibe el nombre de filiación civil.

Existe un tanto más compleja que las anteriores, es el poder determinar la filiación derivada de la inseminación artificial.

La filiación por lo tanto es la unión existente entre el padre y la madre con sus hijos e hijas, ya sea por naturaleza, matrimonial, no matrimonial, por adopción, o por inseminación artificial. Y lo cual tiene consecuencias tanto humanas, como jurídicas, como lo es el otorgamiento de los apellidos, la igualdad entre los hijos e hijas, y el poder excluir la patria potestad si se considera necesario.

1.5.2. Madre y Padre concepto jurídico.

El concepto de padre y de madre e hijo no son conceptos naturales sino culturales.

El concepto natural es el del progenitor y el procreador; el concepto jurídico-cultural es el padre, madre e hijo. La realidad biológica es progenitor y procreado siendo esto lo primero para el Derecho. Por lo que el ordenamiento jurídico no lo recibe sino lo construye, ser padre o madre no solamente es una realidad biológica sino también una cualidad jurídica que normalmente se basara en un hecho natural.²⁵

Padre ascendiente varón en primer grado.”, “De la relación padre-hijos se siguen obligaciones y derechos: a) los derivados de la patria potestad; b) prestación de

²³Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia, *Op. cit.*, pág. 194.

²⁴ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de familia, *Op.cit.*, pág.219.

²⁵ *Ibíd.* pág. 210

alimentos; c) sucesiones; d) deberes de asistencia; e) consentimiento matrimonial para los menores; f) transmisión del apellido, etcétera.”²⁶

El diccionario de la lengua Española lo define padre como “varón que ha engendrado”, pero cabe la posibilidad que exista un aborto durante el embarazo, o que él bebe nazca sin vida, claro esto desde el punto de vista social.

Pero desde lo jurídico es el varón por el cual proviene jurídicamente un individuo, en el cual, determinada relación va a surgir una serie de derechos y obligaciones.

Madre es mujer quien ha tenido uno o más hijos, la relación de parentesco entre ella y su hijo es el de consanguinidad de primer grado en línea recta, existiendo un vínculo jurídico entre ella y el niño o niña. ²⁷

En la paternidad del marido dentro de la legislación guatemalteca se determina por el matrimonio, como lo establece en el Código Civil en el artículo 199 aunque este sea declarado de insubsistente, nulo o anulable, el matrimonio. Se presume que es concebido dentro del matrimonio el hijo nacido después de los 180 días, luego de la celebración o de la reunión de los cónyuges legalmente separados y el nacido dentro de los 365 después de la disolución del divorcio.

Ahora los nacidos fuera del matrimonio, se reconocen de forma voluntaria en caso del padre y existen varias formas las cuales pueden ser; comparecer ante el registro o ante el registrador los que extenderán ya sea el caso la partida de nacimiento o el acta especial, por una escritura pública, por testamento o por confesión judicial, y con el solo nacimiento en caso de la madre, y si no es de forma voluntaria se debe hacer por medio de sentencia judicial que declare la paternidad en caso del padre. Solicitando como la prueba inequívoca del ácido desoxirribonucleico -ADN-, lo que determinara científicamente la filiación del presunto padre o madre.

La filiación determina los apellidos, en Guatemala el orden de los apellidos es de primero el del padre y seguidamente el de la madre, pero por puro derecho consuetudinario se

²⁶ Enciclopedia Jurídica, Cosntantinos Stamatoulos, *Op.cit.*

²⁷ *Ibid*, madre.

han determinado de esta forma. En países como España en su Código Civil, en su artículo 109 "...Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellidos, antes de la inscripción registral...". En otros países como Francia y los proyectos de reforma en México y Chile, dan una opción a ambos progenitores de decir que apellido debe ir de primero si el paterno o el materno, con la finalidad de establecer la igualdad entre mujeres y hombres.

En la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 52 establece que la maternidad es protegida por parte del Estado y velará por que se cumplan los derechos y obligaciones que de ella se deriven, debido a la condiciones físicas y biológicas que la mujer experimenta a lo largo del proceso de gestación, considerándose como un milagro de vida, el poder formar un ser humano dentro del cuerpo de una mujer, y que todo ser humano experimenta este milagro de la vida, nacer de un vientre materno, por ello en varias culturas ancestrales es considerado tiempo sagrado para la mujer, tiempo de espera, y tiempo en que se da la conexión entre ella y su hijo/a, por el hecho que el bebé percibe todo lo que su madre siente y por su puesto es fuente del inicio de su vida y formación tanto física como espiritual.

En la legislación guatemalteca se regula la ley para la maternidad saludable, decreto 32-2010, como responsabilidad del estado la protección a la maternidad, se crea esta ley con el fin de poder resguardar a la mujeres antes y durante el embarazo y el parto y post parto, debido a que en el país existe un alto número de muerte materna, por lo que se pretende ayudar a las mujeres que lo necesiten, facilitando el servicio y asegurando la cercanía de los centros de salud, para poder evitar la muerte de la madre o de la hija o hijo, y haciéndoles valer el derecho a la vida.

Desde el año de 1919 fecha en la que se fundó la OIT, ha estado comprometida con la igualdad de género en relación a los derechos laborales. Desarrollando políticas, que hagan posible la igualdad entre mujeres y hombre, en el ámbito laboral, al igual que protege la maternidad, desde su concepción hasta el periodo de lactancia. Y todos los estados partes deben aplicar estas políticas en sus legislaciones.

En la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 102 inciso k, "...La ley regulara la protección a la maternidad de la mujer trabajadora, a quien no se le debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo que ponga en peligro su gravidez..." esto es importante dentro de las empresas grandes, medianas y pequeñas, ya que lo que se está protegiendo es la vida de la madre y la del bebé quien tiene derecho a la misma, por lo que el ambiente en que se encuentre laborando la madre no presente sustancias toxicas y no realice actividades que puedan dañar el bienestar de ambos, y si es necesario removiéndola a otro cargo.

La ley también prevé, que las madres trabajadoras deben tener un descanso necesario y debe ser pagando como un salario normal, durante los treinta días que preceda al parto y los cuarenta y cinco días siguientes después del parto, y en época de lactancia derecho a dos periodos de descanso extras, para poder atender a su bebé.

Sería importante proporcionar guarderías o espacios dentro de las mismas instalaciones de la empresa, para que los niños/as, puedan crecer cerca de su madre, para no repercutir en su salud física y psicológica, puede ser en todo el periodo de lactancia, debido que en algunas ocasiones el lugar donde se encuentra la madre y el lugar donde se encuentre él bebe son largas, provocando que en ocasiones se omita este derecho por la misma madre. Y poder tener la posibilidad de tener cerca a los hijos e hijas durante su infancia.

El poder ser madre y padre responsables, frente a los hijos o hijas que se tienen no es una obligación es más bien un derecho que los niños y niñas tienen, de ser amados, cuidados y protegidos por sus progenitores, para poder tener una vida estable y llena de felicidad a la cual tiene derecho.

CAPITULO II

Derecho de Familia, Legislación guatemalteca

2.1. Derecho de Familia.

La importancia que tiene en la sociedad la familia, en la actualidad y a través de la historia, debido a los intereses que en ella se ventilan y de las personas que la conforman y necesitan de protección. Y el derecho se preocupa en proveer soluciones a los problemas que se le plantean, los motivos que llevan a conformar un concepto de Derecho de Familia son totalmente válidas.

Las personas menores, desde su nacimiento hasta su mayoría edad, los incapaces no importando su edad, los tutelados o adoptados, estos necesitan la protección jurídica, frente a personas que sean cercanas a ellos, o sus representantes legales, cuando se presenten situaciones conflictivas, al igual que la protección de interés para las personas más vulnerables, dentro de las relaciones familiares.

El Derecho de Familia es necesario porque establece una regulación jurídica que contempla el reconocimiento y los efectos, personales y patrimoniales, de las relaciones de pareja, en particular del matrimonio, porque se necesita una guía para poder manejar y buscar soluciones a los problemas de una forma coherente y efectiva.

Por lo que el Derecho de Familia pretende evitar situaciones en que impregne el egoísmo y no exista la solidaridad, ya que esto no deja solucionar problemas entre los miembros de la familia de una manera pasiva, ni objetiva, como lo puede ser un conflicto de parejas y ex parejas, así como el cuidado de los hijos fruto de esta relación.

AGUILAR VLADIMIR define que es “el conjunto de reglas de intermediación y organización familiar de carácter estructural se denomina, Derecho de familia....comprende básicamente de los siguientes aspectos: a) La regulación del matrimonio y sus posibles situaciones de crisis. b) Las relaciones existentes entre padres

(o progenitores) e hijos. c) Las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad. “²⁸

La definición que hace el doctor, autor citado en el párrafo anterior, sobre derecho de familia es básica, ya que hace una breve síntesis de la misma, el punto importante en el desarrollo de la presente investigación, es en las relaciones existentes entre los progenitores e hijos/as, ya que la guarda y custodia la poseen ambos progenitores, al momento de contraer matrimonio, ahora cuando se disuelve o se modifica en nuestra legislación la posee una sola persona, la cual es la madre.

En otro concepto el derecho de Familia, se define como “aquella parte del Derecho civil que comprende las normas relativas a las relaciones de pareja, especialmente las matrimoniales, la filiación y las situaciones que dimanen de la ausencia de personas que ejerzan la patria potestad o se motivan por la restricción de la capacidad de obrar de algún miembro familiar o de la insuficiencia de medios económicos para la subsistencia”²⁹

Esta definición es general, y hace mención de que el Derecho de Familia es una sub-rama del Derecho Civil, ya que contiene lo que son normas, reglas y principios, que están aplicadas al individuo en sus relaciones familiares y conflictos que surjan de esta, por lo que únicamente está relacionada con particulares, vinculándolo con Derecho privado, y no como una rama independiente, esto es cuestionable en la actualidad ya que algunos tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho. Siendo esto únicamente relaciones familiares y siempre estará unido al Derecho Civil.

La división del Derecho de Familia; comprende tres grandes divisiones: a) El tratado del matrimonio: en el que hay que distinguir el Derecho matrimonial personal y el Derecho matrimonial patrimonial, b) El tratado de la filiación: que comprende las diversas clases de esta y las relaciones entre padres e hijos y c) El estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados.³⁰

²⁸ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia, Op.cit.*,pág. 29.

²⁹ Acedo Penco, Ángel. *Derecho de familia. Op.cit.*, pág. 25.

³⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia, Op.cit.*, pág. 31

En la división que se realiza en el párrafo anterior, de Derecho de Familia en el inciso b, se hace mención de la relación existente entre madre y padre e hijos/as, existiendo desde la filiación, que se da a través del simple hecho de reconocer a los hijos, por parte del padre y con el nacimiento del hijo por parte de la madre.

GAUTAMA FONSECA escribe; que el derecho de Familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en, sentido objetivo que se entiende por Derecho de Familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. Y en sentido subjetivo Derecho de Familia, es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros.

El Derecho de Familia, está en constante cambio, acoplándose a las sociedades de cada país, abarca las relaciones privadas de las personas en torno a los lazos consanguíneos o de afinidad, como todo derecho busca soluciones, resuelve conflicto, en este caso referente a relaciones de familia, que conlleva en ocasiones a romperse los lazos, por diferentes motivos. La relación de madre, padre e hijos resulta en ocasiones conflictivas, por ejemplo en el que surgen mayormente problemas es el divorcio o separación, no solo problemas de división de bienes, de la pensión alimenticia tanto para la madre como para los hijos, de cómo se organizaran económicamente, sino también lo que conlleva los sentimientos que surgen de estos hechos, como sobrellevarlos de una forma efectiva, y no destructiva, evitando no perder la comunicación de padre e hijo/a o de madre e hijo/a.

Acordar de forma pacífica la manera de cuidar a los hijos/as resulta complicado, pero no imposible. La guarda no corresponde únicamente a un solo progenitor, sino que la pueden ejercer los dos, de igual manera el proporcionar alimento a los hijos/as es de ambos, y no debe ser visto como una obligación de los progenitores, sino desde lo que es, un derecho de los niños.

Es la parte del Derecho Civil que tiene por objeto las relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye

el eje central de la familia, el matrimonio y la filiación. Uno de los grandes problemas que enfrentan el derecho de familia en la actualidad es el concepto de familia.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 47, el cual establece la necesidad de proteger a la familia, y el compromiso de garantizar su protección social, económica y jurídica de la misma.

Y en el Código Civil de Guatemala en el primer libro regula a la persona y a la familia, todo lo relacionado a las relaciones familiares proporcionando soluciones para los posibles conflictos que se desarrollen en las relaciones familiares, principia con en el título I relacionado con la persona, para seguir con el título II referente al matrimonio, el divorcio, unión de hecho, filiación, patria potestad, tutela y patrimonio familiar. No teniendo un código de derecho familiar, en específico sino más bien existen leyes creadas que apoyan a las dificultades que puedan existir dentro del grupo familiar.

La ley es muy clara, que el estado está obligado a garantizar la protección de la familia, todo lo que conlleva realizar esto a través de las leyes, acuerdos, decretos del país, protegiéndola con la ley suprema, siendo esta la Constitución Política de la República de Guatemala, y con otras como lo son; la Convención Internacional de Derechos Humanos, la ley de Adopciones, el Código Civil, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley para Sancionar, Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Ley de Tribunales de Familia, la Ley del Organismo Legislativo, Ley de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la mujer, Ley de Protección para las Personas de la Tercera Edad.

La importancia que tiene la familia en la sociedad es lo que exige a nivel mundial la protección hacia la misma, y hace que los estados formen leyes que la protejan y a sus miembros. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la importancia de la familia declarando que "... es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" La importancia de la familia radica en que es la primera forma que los seres humanos se relacionan con la sociedad, como es dicho cotidianamente la primera escuela de la vida.

2.2. Modalidades jurídicas de la familia

La Constitución Política de la República de Guatemala prevalece el inicio de la familia a través del matrimonio. En el marco jurídico existe la separación y el divorcio, surgiendo así nuevas familias.

2.3. Concepto de Divorcio y Separación según la legislación guatemalteca.

Para la presente monografía será necesario tener un concepto de separación o divorcio, en el sentido de la importancia que genera por el hecho de decidir con quién se queda el menor de edad, al momento de estos hechos jurídicos.

La Familia comúnmente se inicia a través del matrimonio, esto iniciando para la mayoría como una institución que prevalecerá por siempre, pero los motivos que llevan a conformarla quizás no eran los adecuados y esto repercutirá en el futuro. “Un total de 10 mil 281 divorcios fueron procesados el año pasado por los juzgados de Familia del Organismo Judicial (OJ)”³¹, cifra que puede ir aumentando, al pasar de los años probablemente.

La ruptura de un matrimonio, trae una serie de consecuencias jurídicas, y también psico-emocionales, tanto para el hombre como para la mujer, y si existen hijos/as son quienes mayormente resultan perjudicados.

Todos los miembros de la familia se ven afectados de forma inevitable por el proceso de divorcio, lo que no debe ser caótico, no solamente por los cónyuges que experimentan una separación que no solamente afecta económicamente sino también emocional, porque deben seguir criado conjuntamente a sus hijos/as, porque a ellos/as tendrán en común a lo largo de su vida.

Este proceso no solamente afecta al núcleo familiar, sino a los demás involucrados como son los abuelos, tíos y primos, de ambas partes los cuales también sufren por la ausencia

³¹ Genesis Agustin, OJ, reporta aumento de 10% en caso de divorcio, Diario de Centro América, Guatemala, consultao el: 3 de Junio, 2013.

de los niños, niñas y adolescentes. Los procesos de divorcios y separación deberían ser de una forma sana, lejos de todo sentimiento negativo.

AGUILAR GUERRA define la separación como “aquella situación en la, que subsistiendo el vínculo conyugal, se produce el cese de la vida en común, transformándose el régimen jurídico de los derechos y obligaciones de los cónyuges.”³² Situación en la cual los cónyuges han roto la convivencia matrimonial, pero por supuesto el vínculo matrimonial no, y cabe la posibilidad de una reconciliación o definitivamente se procede a un divorcio.

En relación al divorcio se define de la siguiente manera;

BREÑA SESMA concluye que si el “divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, con obviarlo tendríamos el renacimiento de la armonía conyugal y de la integración familiar. Desafortunadamente no es así, el divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, el fracaso de una unión conyugal y la única salida para evitar males mayores.”³³ Siendo la forma legal de terminar con un matrimonio y que las causas que lo motivaron lo previene la ley, esto dependerá como lo regule cada país, ya que en algunos no es necesario determinar causas.

ACEDO PENCO, lo define de la siguiente forma “Es el mecanismo jurídico a través del cual se decreta, por la autoridad competente, la disolución de cualquier matrimonio, en vida de los contrayentes, sea cual fuere la forma de su celebración, pero del que se desprendan efectos civiles, y debiendo ser instado, en exclusiva, por la libre voluntad de solo uno, o de ambos cónyuges.”³⁴

MANUEL OSSORIO, define el divorcio “como la acción y efecto de *divorciar o divorciarse*; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o

³² Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia, Op.cit.*, pág. 121.

³³ Breña Sesma, Ingrid. Derechos del hombre y de la mujer divorciados. México: IPN / IIJ - UNAM, 2010. ProQuest ebrary. Web. Consultado el: 4 de 2015.

³⁴ Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia. España, *Op.cit.*, pág. 2015.

bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho común
“³⁵

Otra definición se encuentra en la Enciclopedia Jurídica, en la que define al divorcio como “la causa de disolución del matrimonio caracterizada por la ruptura del vínculo conyugal en virtud de una decisión judicial, ya sea a petición conjunta de ambos cónyuges o de uno solo, atendiendo a los requisitos establecidos en la ley.”³⁶

Siendo entonces la ruptura legal del matrimonio, en el cual ambos cónyuges tienen la libertad de nuevamente volver a contraer matrimonio, y en consecuencia cesaran una serie de derechos y obligaciones que se adquirieron al momento de contraer nupcias de la forma legal y basándose en el principio de igualdad entre la mujer y el hombre. Claramente los derechos que no cesan a raíz del divorcio o separación son; de la relación paterno-filial si esto no atenta contra el interés superior del niño, niña o adolescente.

El Código Civil guatemalteco en su artículo 153, establece que “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio” y de ellos, se desligan una serie de efectos, que deben ser atendidos, regulados antes de proseguir no se debe olvidar que “la norma jurídica relativa al divorcio no es una norma imperativa o impositiva, sino es una norma habilitante o permisiva; no obliga a divorciarse.”³⁷ Por lo que es una decisión, ya sea por cualquier causa.

2.4. Formas de Separación y del Divorcio;

En el artículo 154 del Código Civil se establece que la separación y el divorcio podrán declararse, por mutuo acuerdo de los cónyuges y por voluntad de uno ellos mediante causa determinada.

Por consiguiente, son dos formas que se regulan dentro de la legislación guatemalteca;

a) El divorcio voluntario o por mutuo acuerdo: en esta modalidad de divorcio es indispensable el consentimiento de ambos cónyuges, pero este se puede pedir pasado

³⁵ Divorcio, Diccionario Ciencias Jurídicas Políticas Sociales, *Op.cit.*, pág. 339.

³⁶ Enciclopedia Jurídica, Cosntantinos Stamatoulos, Divorcio, *Op.cit.*

³⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia*, *Op.cit.*, pág. 128.

un año, dentro de la legislación guatemalteca, cumpliendo los requisitos enumerados en el artículo 163 del Código Civil.

Al momento de solicitar el divorcio ante el juez no es obligación determinar las causas que se enumeran en el artículo 155 del Código Civil, debido a que los cónyuges no necesitan hacer público sus motivos, lo que sí es indispensable es que el convenio presentado sea aprobado por parte del juez y en consecuencia los derechos y obligaciones de los hijos/as menores de edad estén garantizados, por ambos progenitores.

b) El divorcio por causa determinada (divorcio contencioso) también llamado absoluto o vincular: en esta modalidad uno de los cónyuges no está de acuerdo, por lo que es necesario que el cónyuge que está solicitando el divorcio debe invocar alguna de las causas enumeradas en el artículo 155 del Código Civil y que la ley ha estipulado como las únicas razones por las cuales se puede solicitar y quien lo hace es el cónyuge que no ha dado lugar a tales hechos, siendo este el afectado y pasado seis meses luego de haber conocido los hechos en los cuales funda su demanda, y lo cual debe ser probado según la sana crítica del juez.

Antiguamente en la legislación no era necesario colocar alguna causa y la ley no las enumeraba como se hace actualmente, ya que se consideró en algún tiempo el matrimonio un contrato, en diferente gobierno fue modificada esta normativa, debido a la importancia de la familia dentro de la sociedad, al igual que la influencia que ejerce la iglesia, en el cual el matrimonio es insoluble, excepto causa de fuerza mayor y que deben ser tratados en tribunales eclesiásticos, para que se declare soluble el matrimonio y así ambos cónyuges puedan contraer nuevas nupcias.

En algunas legislaciones en países como España no es necesario que se estipule un motivo en particular, lo que alegan que esos hechos son de privacidad de los cónyuges, y no desean hacer público los motivos y también debe ser respetados.

También en otras legislaciones es suficiente que uno de los cónyuges solicite el divorcio porque ya no desea tener este vínculo por diversos motivos y por lo tanto debe cumplir con una serie de requisitos que se solicitan para poder disolver el vínculo matrimonial tal

es el caso del Distrito Federal de México, el cual es posible tramitar el divorcio y se pueda disolver solamente con el consentimiento de una de las partes, ya sin la necesidad del consentimiento de la otra.

En cualquiera de las modalidades en la legislación guatemalteca el juez debe dejar garantizados los derechos de los hijos/as menores de edad, y las medidas que se tomen sean en conveniencia del menor y no quede desamparado luego de la disolución del matrimonio, e inclusive si es necesario alguno o ambos padres pueden perder la patria potestad, o dejar la guarda y custodia de los menores a cargo de otras personas por el bienestar de los menores.

El juez al momento de efectuar una sentencia de divorcio, sería importante que implementara una serie de citas con un psicólogo en las que debe acudir los hijos/as, para que puedan comprender de una mejor forma lo sucedido con su padre y madre y no les perjudique en el desarrollo de su vida, debido a que tendrá consecuencias inevitables y los padres no podrán manejarlas y será más perjudicial para los niños, niñas y adolescentes y no se cree un distanciamiento entre padre o madre e hijo/a y así fortalecer las relaciones paterno-filial.

Concluyendo los niños, niñas y adolescentes no dejan de tener una familia por el hecho de que su madre y padre se divorcien o separen sino solo se modifica, y podrá funcionar de una mejor forma a como era antes de la separación o divorcio, si los progenitores se proponen dejando atrás los motivos que llevaron a romper con su vida de matrimonio.

2.5. Efectos de la separación y el divorcio, legislación guatemalteca.

Al momento en que se da una separación o divorcio, por cualquier causa que lo haya motivado, se despliega una serie consecuencias tanto emocionales como de normas en relación a las obligaciones, a los derechos y por supuesto a la convivencia entre los ex cónyuges y aún más importante entre ellos y los hijos e hijas. Resulta de una forma diferente cuando es solo una separación porque el vínculo existe, pero ya no una convivencia.

Una de las consecuencias más notables en comparación con el divorcio y la separación, el primero deja en libertad de poder contraer matrimonio cualquiera de los ex cónyuges, a hora bien en relación al segundo esto no es posible, pero el cónyuge inocente tiene derecho a la sucesión intestada del otro cónyuge.

Los efectos que producen la separación o el divorcio son regulados del artículo 159 al 172, del Código Civil guatemalteco.

La protección a la mujer y a los hijos, desde el momento en que se presenta la solicitud de separación o de divorcio, los cuales quedaran en resguardo de las autoridades competentes, para garantizar su seguridad física, debido a que el padre y cónyuge, puede arremeter contra su familia, por algún motivo.

En relación a la mujer, deja de tener derecho a usar el apellido de su cónyuge, lo que se considera desde el momento en que adquiere ese derecho una sumisión de la mujer hacia el hombre, lo equitativo, sería que ambos contrajeran el mismo derecho de tener el apellido de mujer y hombre para poder unificarse y compartir algo que civilmente es de cada uno, y fortalecer aún más su unión y no sentir que es propiedad ni dueño de su cónyuge, buscando desde el principio la equidad de género. Pero las sociedades han estado sumergidas en un sistema patriarcal desde hace décadas, cambiar algo así genera diferentes discusiones y puntos de vista, pero que realmente lo que se quiere no es hacer de menos a los hombres, porque definitivamente todos venimos de un hombre, sino buscar la igualdad real, sin la intención de abordar sentimientos como el odio o el resentimiento que no colaboran con el verdadero objetivo. Claro este tema podría manejarse en otra investigación, pero es algo que realmente es importante poder tratar en esta monografía por el hecho que el padre y la madre son los que guían a los niños, niñas y adolescentes del futuro.

La liquidación del patrimonio conyugal, es precedente luego de dictarse la sentencia de separación, según los términos prescritos en las capitulaciones, por lo que la ley estipule o por las convenciones que los cónyuges hayan celebrado.

La pensión de la mujer, será fijada por el juez si los cónyuges no llegaran a un acuerdo, ella gozará de la pensión mientras no contraiga matrimonio, y el hombre también tendrá

derecho a una pensión cuando se encuentre imposibilitado de poder trabajar mientras no contraiga matrimonio.

Si la separación o divorcio la solicitaren por mutuo acuerdo, deben presentar un convenio, de los siguientes puntos; a) a quien se le confían los hijos, b) por quien de los progenitores deberá ser alimentados y educados, y a cuanto proporcionara cada quien, c) acordar la pensión de la mujer, d) y como se garantiza el cumplimiento de las mismas.

Se puede perder la patria potestad, cuando la causal de divorcio o separación la lleve consigo y exista la petición de la parte interesada, esto con la única finalidad de proteger al niño, niña y adolescente, de sufrir daño físico y psicológico.

En el artículo 163 del código civil, establece la obligación de los padres, en la que los padres quedan sujetos, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y el derecho de relacionarse con ellos, y la obligación de vigilar su educación.

Se ha sugerido una reforma legislativa en el Código Civil de Guatemala por parte del doctor Vladimir Aguilar Guerra, en su libro Derecho de Familia, “en relación a determinadas cuestiones que afectan el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados”³⁸ con el objeto de que los progenitores comprendan que pese a la ruptura matrimonial las obligaciones con los hijos están presentes, e inclusive con mayor grado de diligencia en el ejercicio de la patria potestad.

También se ha sugerido que no sea necesario, establecer una causa cuando el divorcio no sea por mutuo consentimiento, como lo es actualmente, porque se considera algo privado de la pareja e inclusive de la misma familia.

El divorcio o separación debe hacerse de una forma sana para los niños, niñas y adolescentes, sin violentar ninguno de sus derechos, y sin dejar al padre sin ninguna de sus obligaciones para cumplir ya que ambos son los encargados de alimentar, cuidar, guiar, educar, orientar y proteger para que estos no sufran el dolor de un alejamiento de alguno de sus progenitores, que mayormente resulta ser el padre y que estos no se

³⁸ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia*, Guatemala, *Op.cit.*, pág. 132

sientan obligados sino que hagan valer el derecho que tienen sus hijos/as, como lo establece la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 7, en su tercer párrafo “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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”. Siendo esto un derecho y no una obligación, como lo regula la legislación guatemalteca.

CAPITULO III

Derecho de Familia, Legislación española

3.1. Derecho de Familia.

Es indispensable para la presente monografía, el poder determinar la estructura territorial de España, y está se compone por municipios, provincias, y comunidades autónomas.

El derecho de Familia es uno de los derechos que más ha evolucionado en España en los últimos treinta años, debido a los constantes cambios de su sociedad. Y la cual necesita del amparo de la ley.

El derecho de Familia es el “conjunto de reglas de mediación y organización familiar de carácter estructural” (LASARTE) o el “conjunto de normas jurídicas que regulan la familia en todos sus aspectos de Derecho privado” (O´CALLAGHAN).³⁹

“El Derecho de familia comprende, básicamente, los siguientes aspectos: 1º. La regulación del matrimonio y de sus eventuales situaciones de crisis. 2º. Las relaciones entre padres e hijos, esto es, la filiación. 3º. Las instituciones tutelares sustitutivas de la patria potestad.”⁴⁰

Los caracteres son los siguientes a). Contenido ético: tradicionalmente se ha mantenido que el Derecho de familia es un conjunto de reglas éticas que el Derecho transforma en jurídicas. En verdad, se trata del sector del ordenamiento jurídico en que se produce una mayor influencia de los principios morales o de las convenciones sociales.⁴¹

b) Prevalencia de las relaciones personales y del interés supraindividual: se regulan básicamente relaciones personales, siendo las económicas las consecuencias de aquéllas; y, tanto en unas como en otras, el interés familiar prima sobre el particular⁴²

³⁹ Vela Sánchez A. *Derecho Civil Para El Grado IV : Derecho De Familia* [e-book]. Madrid: Editorial Dykinson; 2013. Available from: eBook Collection (EBSCOhost), Ipswich, MA. Consultado el: 21 de mayo 2015. Pág. 22.

⁴⁰ Loc.cit.

⁴¹ Ibid, pág. 23

⁴² Vela Sánchez A. *Derecho Civil Para El Grado IV : Derecho De Familia*, Ibid, pág. 23

c) Fusión entre derechos, facultades y deberes: normalmente, en este Derecho no puede hablarse de derechos subjetivos, sino de potestades, es decir, de poderes concedidos para cumplir ciertos deberes. Estos poderes son personalísimos, indisponibles, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, de ahí que no quepa la representación, ni el término, condición o modo.⁴³

d) Imperatividad de sus normas: la mayor parte de las normas de este Derecho son de *ius cogens*, por lo que no cabe la autonomía privada. ⁴⁴

e) La limitación de la autonomía de la voluntad: dado su carácter imperativo, los particulares pueden crear libremente el status básico del Derecho de familia, el matrimonio, pero deberán aceptarlo como viene previsto en la ley. No obstante, existe cierta autonomía respecto de las relaciones económicas y algunas personales (fijación del domicilio familiar, etc.). ⁴⁵

En España el matrimonio se convierte en un contrato divisible y no eterno, se establece la igualdad entre hombre y mujer dentro de la familia y se admite la investigación en casos que existieren hijos fuera del matrimonio.

En España surge la llamada crisis de familia, y existen diversas opiniones respecto a esto, hay quienes aseguran que es parte del cambio y que es necesario modificar normas que se adapten a la sociedad actual y hay quienes establecen que está perdiendo el valor de la familia, como fuente educadora de la sociedad. Pero realmente estos cambios favorecen a los más vulnerables de la construcción de una familia, como lo son los niños, niñas y adolescentes, más bien sería de hacer un estudio sociológico y psicológico respecto a esto, pero cabe mencionar lo positivo de estas modificaciones que ha tenido el derecho español, la igualdad entre mujeres y hombre, al momento de formar una familia, ahora de la legislación a la práctica, depende de los mismos.

En la actualidad existen principios constitucionales, del derecho de familia en el artículo 32 inciso 1 de la Constitución española, establece que “1. El hombre y la mujer tienen

⁴³Vela Sánchez A. Derecho Civil Para El Grado IV : Derecho De Familia, *Ibid*, pág. 23

⁴⁴ *Ibid*.

⁴⁵ *Loc.cit*.

derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.” Habla en referencia a la igualdad de género, no haciendo división, y disponiendo roles que se deben cumplir para el bienestar de la familia, claro está el hombre y la mujer deben comprometerse a cumplir lo correspondiente para el bienestar de la familia, en igualdad de jerarquía para construir el grupo familiar.

Y en su artículo 39:1 de la Constitución española dice así: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Protege a los Miembros primordiales de la familia como son, los hijos, en la cual el poder público está obligado a la protección económica, social y jurídica, para que esta institución social prevalezca unida, para el bienestar de la sociedad española. También está protegiendo a los hijos nacidos fuera del matrimonio, y dentro del mismo, hasta que estos cumplan la mayoría de edad. Obliga a los padres y madres a no evadir su responsabilidad frente a los niños, niñas y adolescentes, hasta que cumplan su mayoría de edad, siendo esta a los dieciocho años, como lo establece su propia ley.

En la constitución española, no se define en si la Familia y no especifica en donde surge, por lo que deja su evolución futura dentro del marco constitucional.

En España se han instituido leyes, creadas para tutelar a los miembros de un grupo familiar, las cuales son; Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; es un obstáculo en el desarrollo de la sociedad la violencia contra la mujer, lo que no genera paz, ni igualdad, ni le permite a la mujer el poder hacer goce y disfrute de los derechos fundamentales de todo ser humano,

establecido en la declaración Universal de Derechos Humanos. A raíz de esta ley se generan los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con el fin de poder procesar y sentenciar, casos relacionados delitos y faltas cometidos contra las mujeres.

Ley orgánica 3/07 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres Su finalidad es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres mediante la eliminación de la discriminación de la mujer para alcanzar una sociedad más democrática, justa y solidaria.

La Ley 13/2005 de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio. El matrimonio civil se reguló en España por primera vez en el año 1870, el 18 de junio pues antes sólo se realizaba el religioso. En la actualidad el matrimonio se configura como un negocio jurídico bilateral y formal, en la que los convivientes declaran su voluntad de constituir una relación plena y estable, pero también es una institución jurídica de importancia ante la sociedad y es reconocida por la Constitución española, y no se establece un concepto propio dentro de su Código Civil, solo los requisitos que se necesitan para contraerlo, de qué forma se celebra el contrato y se establecen los deberes y obligaciones de los cónyuges.

Esta ley añade al artículo 44 el párrafo 2º del Código Civil, que establece que “el matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”. Cuando anteriormente a esta ley, el matrimonio era únicamente entre una mujer y un hombre.

La Ley 15/2005 sobre separación, divorcio y nulidad matrimonial, en la cual en su exposición de motivos recoge principios de igualdad jurídica entre los cónyuges, y la libertad individual como los valores que impregnan a la institución matrimonial.

En esta ley se elimina la concepción de sentimiento de culpa que impregnaba la anterior y que concebía la separación y el divorcio como una sanción. En esta ley señala, que la separación o divorcio puede solicitarse luego de transcurrido tres meses después de la celebración del matrimonio y que se haga a petición de ambos. Lo que ya no requieren causas para poder acceder a un divorcio o separación, como se solicitaban anteriormente. Se debe tener la mediación familiar, con el único objetivo, que los

progenitores puedan acordar de qué forma van a tener la guarda y custodia del niño o niña, ya que son las partes más vulnerables dentro del proceso de divorcio.

Se establece una pensión alimenticia a favor de los hijos, se instaura la custodia compartida cuando sea solicitud de los padres y esta sea puesta en convenio regulador o se llegue a un acuerdo a lo largo del proceso. Claramente que los padres sean idóneos, para compartir su custodia y estos puedan ser capaces de responsabilizarse por sus funciones luego de la disolución del matrimonio. Y la ley prevé un derecho de visita para los abuelos.

3.2. Modalidades Jurídicas de la Familia

Al igual que la legislación guatemalteca, en España existe la nulidad del matrimonio, la separación y el divorcio.

En la legislación española, el divorcio o separación, pueden solicitarse y obtenerse, formulando una simple petición, sin que exista alegación ni prueba de causa alguna. Pasado el tiempo de tres meses, se puede solicitar antes si peligran la seguridad física y psicológica de la mujer o los hijos. Esto se da a raíz de la ley 15/2005 de 8 de julio.

En España en su artículo 85 del Código Civil, establece de la siguiente forma que el “matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. Lo que nos marca un nuevo estado civil a las personas el de “divorciado”, adhiriéndosele derecho y obligaciones. Son tres formas en las que se puede disolver el matrimonio, por la muerte ya sea de ambos o de un solo cónyuge, y por el divorcio en el cual debe existir una sentencia de divorcio.

La separación entre cónyuges puede surgir a raíz de una acción o por una sentencia con carácter constitutivo y se le denomina separación judicial o legal, y la cual produce la suspensión de la vida en común de los cónyuges, y no se podrán adjudicar los bienes del otro cónyuge.

También está la separación de hecho la cual se da porque los cónyuges suspenden la vida en común y algunos efectos de la misma, por cuenta propia.

La separación legal o judicial puede ser; separación consensual está regulada en el artículo 81 del Código Civil Español y se debe hacer a petición de ambos cónyuges o de uno con consentimiento del otro. Y la separación unipersonal producida a través de un solo cónyuge, a esta demanda, se debe acompañar de las medidas que se regulan a consecuencia de la separación.

Si surgiera la reconciliación pondría fin al procedimiento de separación por lo que ambos cónyuges separados deberán ponerlo en conocimiento del Juez competente, sin embargo, mediante la resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en proporción a los hijos, cuando exista causa que justifique este hecho.

El divorcio puede ser: a) Consensual: que es el que se produce por mutuo consentimiento. Se hace a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro y se debe presentar una propuesta de convenio regulador de sus efectos. El juez no puede rechazar la petición por motivos materiales, pero sí por causas procesales. b) Unilateral: que se produce a petición de uno solo de los cónyuges, en caso de maltrato, en cuyo caso la acción sólo corresponde al que los sufre⁴⁶.

Como en toda legislación estas modalidades tanto la separación como el divorcio producen efectos, quizás no de la misma forma, pero los hechos son los mismos, ya que en definitiva si existen hijos o hijas menores de edad o incapacitados se debe determinar qué sucederá con ellos, para no quedar desprotegidos, y si existen bienes en común, esto puede que alargue aún más el proceso.

3.3. Efectos de la Separación y el Divorcio según legislación española.

Los efectos que se derivan a raíz de un divorcio, con consentimiento de los cónyuges en un convenio donde se establece," a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. c) La atribución del uso de la vivienda y bien

⁴⁶ Vela Sánchez, Antonio. Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia, *Ibid* pág. 56

familiar. d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio..." artículo 90 del Código Civil.

Cuando existe una separación o divorcio, se debe adjuntar un convenio, en el cual se establece, el cuidado de los hijos, de qué forma se pueden comunicar con el progenitor que o posee la guarda y custodia, también prevé la comunicación de los hijos con los abuelos, ya que son parte importante de la vida de los niños, niñas y adolescentes. Quien se queda con la casa familiar, es quien posee la guarda y custodia de los niños/as y también se debe establecer quien proveerá los alimentos para los hijos/as. Si alguno incumple, con lo establecido dentro del convenio se hará saber al juez, quien tomara las medidas necesarias e inclusive modificará el convenio, si fuere necesario.

No eximen a los padres de su obligación con los hijos, al existir la nulidad, divorcio o separación de los mismos. Cuando exista la necesidad de quitar la patria potestad de los hijos a alguno de los padres se hace saber en la sentencia.

El Juez realiza el estudio correspondiente para determinar que modalidad de guarda y custodia es más favorable para la crianza del niño, niña y adolescente cuando sus progenitores han decidido divorciarse o separarse.

Al cónyuge que la separación o el divorcio le generen un desequilibrio económico, en relación a la posición del otro, tendrá derecho a una pensión temporal o por tiempo indefinido, o una indemnización, según se determine en el convenio o la sentencia. La pensión dejara de percibir, si él o la beneficiada contrajeran nuevamente matrimonio.

El cónyuge que actuara de buena fe, y su matrimonio fuera nulo, tiene derecho a una indemnización, si ha existido convivencia conyugal, y atendiendo una serie de circunstancias, que hagan posible la indemnización.

La separación y la disolución del matrimonio el código Civil español es reguladas del artículo 81 al 107, donde encuadra, los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, de las medidas provisionales por demanda de la misma, y ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio.

En la ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, en su artículo 7, en el inciso f, hace alusión a la suspensión al presunto agresor de la guarda y custodia de los hijos e hijas, como una medida de seguridad. Por lo que da la pauta que se refiere al cuidado y protección de los hijos/as los cuales están bajo la guarda y custodia, cuidado de su padre y su madre.

CAPITULO IV

Elementos Conceptuales y Jurídicos de la Guarda y Custodia Compartida

Luego de una separación o divorcio una de las consecuencias inevitables cuando se tienen hijos/as y no han cumplido la mayoría de edad, es tener que decidir quién se queda con la guarda y custodia. Siempre que no se haya ordenado por parte del juez el retirar la patria potestad alguno de sus progenitores. Esto sucede cuando los motivos que llevaron al divorcio y a la separación, son los que atentaron contra la integridad de algún miembro de la familia, y lo cual fue solicitado por parte del cónyuge afectado o fue resuelto por el juez considerándolo necesario para el bienestar del niño, niña y adolescente.

Como una de las consecuencia del divorcio o separación es decidir quién se queda con los niños, niñas o adolescentes, quien en su mayoría la preferencia la tiene la madre, en otro caso la puede poseer el padre o si ellos no se les considera aptos la pueden poseer, los abuelos paternos o los abuelos maternos, lo que se busca es la estabilidad de los menores, que le den seguridad para poder desarrollarse de una forma sana, para su propio bienestar, y como una parte vulnerable de la sociedad.

4.1. La Patria Potestad.

Las relaciones jurídicas entre padres e hijos/as que se generan por filiación reciben en nombre de paterno filiales, alcanzado su máxima expresión jurídica a través de lo que se conoce tradicionalmente como patria potestad, con lo que se pretende atender especialmente las necesidades de los hijo/a menores de edad o los hijos/as mayores de edad que se encuentren es estado de interdicción.⁴⁷

PUIG PEÑA, define la patria potestad como aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores o a los declarados en estado de interdicción en la medida reclamada por las necesidades de estos.

⁴⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de familia, *Op.cit.*, pág. 256.

AGUILAR GUERRA lo define como un “conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad o incapacitados a efecto de su protección y formación. La patria potestad es un derecho (los padres tienen el derecho de ostentar la patria potestad de los hijos) y a la vez constituyen una obligación.”⁴⁸ Esta es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, cuando exista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, o puede ser ejercida por uno solo según fuera el caso.

Por su parte PINTO ANDRADE; define la patria potestad de la siguiente manera;” viene siendo considerada como la función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores en relación a sus hijos menores de edad, con independencia si existe matrimonio o no entre estos”⁴⁹

También se define como el "conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar e instruir a los hijos menores de edad, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad de obrar” ⁵⁰ .

Los términos utilizados, ya no son tan determinantes para el significado actual que se le ha dado a patria potestad, ya que no solamente es del padre como se ejercía antiguamente, en la actualidad la madre se le ha reconocido la participación a la cual tiene derecho por naturaleza, y tampoco es poder, porque los derechos resguardan la integridad de los niños, niñas y adolescentes, para que los progenitores no los sometan como se realizaba en la antigüedad.

El padre y la madre ejercen la patria potestad de forma conjunta, por lo que deben ponerse de acuerdo en todo lo relacionado a su educación, su formación y a la administración de los bienes que les pertenezcan a sus hijos e hijas, solo cuando uno de los progenitores la haya perdido por una sentencia o la muerte la debe ejercer exclusivamente uno solo.

⁴⁸ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de familia, Op.cit.*, pág. 257.

⁴⁹ Echeverría Guevara, Karen Lisset, *La Guarda y Custodia de los Hijos, Op.cit.*, pág., 34

⁵⁰ Jefe de Estado, Código Civil, decreto ley 106, reformado y aprobado.

BREÑA SESMA, establece que luego del divorcio y la separación “La patria potestad no sufre cambios, la continúan ejerciendo conjuntamente el padre y la madre, con las modalidades de custodia y derechos de convivencia”⁵¹

En el Código Civil español establece que “La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.” Y esto comprende de los siguientes deberes y facultades como, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representar y administrar sus bienes. También se considera si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Esto último lo establece la convención internacional de los Derechos del niño, en su artículo 12 inciso 1) “...garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” “...oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado...”

Esto dentro del marco jurídico guatemalteco, no es establecido y no lo prevé, la opinión del niño o niña dentro del ámbito jurídico es importante y considerando su madurez, en este caso, para poder tener opinión respecto quien ejercerá su patria potestad, claro que en alguna ocasión puede hacerse por práctica, pero establecerlo dentro de la ley es importante, debido que la opinión del niño/a es básica e inclusive puede ser determinante para que se pueda establecer una decisión más favorable para el menor, y buscar su bienestar.

En el código civil guatemalteco, el capítulo VII se refiere únicamente a la patria potestad, de qué forma se puede suspender o perder, cuando la causal de la separación o de divorcio la lleve consigo, y exista la petición expresa de la parte que está interesada en

⁵¹ Breña Sesma, Ingrid. Derechos del hombre y de la mujer divorciados. *Op.cit.*

solicitarla. Y de qué forma y en qué casos se puede restablecer, lo cual será únicamente resuelto por el juez.

Se encuentra la definición en el artículo 252 del Código Civil guatemalteco,” en el matrimonio y fuera de él; La Patria Potestad se ejercerá sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre y la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.”

El artículo 253 del Código Civil guatemalteco, establece que “el padre y la madre están obligados a sustentar a sus hijos, sean o no sean del matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina...”. Cuando existe una separación o divorcio, quien ejercer la patria potestad del niño, niña y adolescente es quien se quede a cargo de él, según el acuerdo en que llegaron si fue por mutuo acuerdo o por decisión del juez. Pero esto no implica que el otro cónyuge quien también posee la titularidad de la patria potestad no cumpla con su obligación de proporcionar alimento, y que no se comunique con el menor.

También puede darse el caso en que la patria potestad de quien no ha cumplido la mayoría de edad, sea suspendida o perdida por los progenitores, por motivos donde se ponga en riesgo su integridad física y psicológica, en tal caso se deberá buscar algún familiar idóneo, quien pueda hacerse cargo del niño, niña o adolescente, o si es necesario, buscar una institución capaz de proporcionar el reguardo y cuidado.

Se debe recordar que luego de la separación y el divorcio ambos ejercen la patria potestad, pero quien no posea la guarda del menor, es quien tendrá el derecho de visitas.

Y si el progenitor quien tenga a su guarda a los hijos/as negare ese derecho al progenitor, esté debe acudir ante un juez de los juzgados familiar, a exponer el caso quien resolverá en base al interés superior del niño, niña o adolescente, y determinara un régimen de visitas, o se tomaran las medidas necesarias si este régimen ya existía y se le negó este derecho.

4.2. Derecho y Obligación de Proporcionar Alimentación

La palabra alimentos proviene del vocablo latino, *alimentatum*, *abalere*, que quiere decir nutrir, alimentar. En el sentido recto significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo, y en el lenguaje jurídico se utiliza para asignar lo que se provee a una persona para atender a su subsistencia.⁵² Las personas necesitamos de cosas básicas, para poder vivir de una forma digna dentro de la sociedad, y los niños, niñas y adolescentes, quienes no están preparados físicamente y psicológicamente a proveerse de las cosas elementales como, un lugar donde formar un hogar, los medios económicos para poder pagar la asistencia médica, su educación, el vestido y su comida, por lo que el padre y la madre en conjunto deben proporcionárselo, quizás delegándose cada uno responsabilidades frente a sus hijos, para que estos tengan el derecho de gozar y disfrutar de su infancia y niñez, y si está en sus posibilidades cuando entre en la etapa de la adolescencia el poder colaborar con la familia cuando lo necesite, pero siempre que se resguarde su integridad personal.

La obligación de alimentos a que están sujetos los padres respecto de sus hijos menores de edad e incapacitados se encuentran sometida a régimen especial, comprendido en los artículos 278 a 292 del Código Civil guatemalteco.

En la enciclopedia jurídica define alimentos como la “prestación que generalmente tiene por objeto una suma de dinero destinada a asegurar la satisfacción de las necesidades vitales de alguien que no puede procurarse por sí misma la propia subsistencia.”⁵³ La suma de dinero es otorgada con la finalidad de que la persona pueda tener en concepto de alimentos la posibilidad de acceder a ellos.

Esta la alimentación que se deriva del matrimonio ya que los cónyuges se la deben entre sí y la que nace de la filiación, que es la que ambos progenitores o uno solo se la debe a sus hijo e hijas.

El alimentista es la persona que tiene derecho a reclamar de un pariente suyo el cumplimiento de la obligación que le corresponde a éste de prestar alimentos.

⁵² Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de familia, *Op.cit.*, pág. 257.

⁵³ Enciclopedia Jurídica, Cosntantinos Stamatoulos, Alimentos, *Op.cit.*

No se puede renunciar, embargar, y no son transmisibles a un tercero el derecho a los alimentos. Pero si se puede compensar, embargar, renunciar y enajenar las pensiones alimenticias atrasadas. Esto con la finalidad de asegurar al alimentista su derecho a percibirlos.

Para poder percibir y dar recíprocamente el pago en concepto de pensión alimenticia son los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos. La ley contempla cuando el padre y la madre estén imposibilitados en poder proporcionarles alimento a sus hijos/as, lo debe hacer el abuelo paterno de los alimentistas hasta donde se considere necesario.

Al existir una separación o divorcio, quien no ejerce la guarda y custodia es quien está obligado a pasar la pensión alimenticia, y que debe cumplir con responsabilidad y derecho frente a sus hijos/as, pero en ocasiones se debe llevar un proceso para obligar al cumplimiento de esta obligación y no permitir que se viole este derecho a los niños, niñas y adolescentes, porque son seres vulnerables ante la sociedad, y sus padres deben ser responsables para brindarles una buena calidad de vida en la medida de sus posibilidades.

Al cumplir la mayoría de edad, no se puede exigir pago de alimentos para quien había sido el beneficiado, pero cuando se halla declarado habitualmente enfermo, impedido o en estado de interdicción, se debe continuar haciendo el pago respectivo.

4.3. Definición Doctrinaria de Guarda y Custodia

La palabra guarda proviene del germánico *wardon* (vigilar, custodiar, proteger). La palabra guarda lo define el diccionario de la Real Academia Española como “Persona que tiene a su cargo la conservación de algo”, algo que debe ser cuidado y protegido por alguien que debe hacerlo.

Guarda, en el diccionario Jurídico lo define así: “Defensa, conservación, cuidado o custodia. | Curatela, curadería. | Tutela.⁵⁴ Otra definición de guarda en la contenida en la enciclopedia jurídica; “(Derecho Civil) Derecho de familia: Prerrogativa reconocida al

⁵⁴ Guarda, Diccionario Ciencias Jurídicas Políticas Sociales, Guatemala, Dastascan, S.A., 1ra edición electrónica, pág. 425.

titular de la patria potestad de obligar a sus hijos menores a que vivan bajo su techo y a vigilar sus actividades.”⁵⁵ El privilegio que tiene el padre y la madre que deben vigilar las actividades de los niños, niñas y adolescentes y de obligarlos a vivir dentro de la misma casa, en donde deben respetar y obedecer a sus progenitores en relación a las disposiciones relativas a su vida, para su crecimiento y desarrollo tanto intelectual como físico, sin que estas disposiciones trasgredan su integridad personal.

La palabra custodia “acción o efecto de custodiar. | Protección, amparo. | Vigilancia.”⁵⁶, “Cuidado. | Guarda. | Vigilancia. | Protección.”⁵⁷

La palabra custodia han sido utilizados como sinónimo, refiriéndose a una efigie, y esto es el cuidado personal de los hijos.

Entonces se debe de entender que las palabras guardan y custodia se refiriere únicamente al cuidado personal que uno o ambos progenitores ejercen sobre sus hijos/as.

Ahora la palabra guarda en su simplicidad, se refiere al cuidado personal ejercido por un tercero, ya sea un tutor, un guardador o una entidad pública. Se argumenta que la palabra custodia fue agregada con la palabra guarda con la pretensión de diferenciar esta figura de otras que son afines, como por ejemplo la curatela, la tutela, las cuales en ocasiones se relacionan con la guarda.

Por su parte, PÉREZ SALAZAR-REZANO; define esta figura como “el derecho de los Progenitores a estar en compañía del menor, elemento integral de la patria potestad”⁵⁸ y está en caminata ante todo a mantener, preservar y a fomentar, su estado emocional y psicológico, sin desatender las demás necesidades de índole material o de orden económico, para que el menor tengan una buena calidad de vida.

La guarda y custodia por lo tanto es la capacidad o potestad que le atribuye el derecho de tener una convivencia habitual con los hijos e hijas que no han cumplido la mayoría

⁵⁵ Enciclopedia Jurídica, Cosntantinos Stamatoulos, Guarda, España, *Op.cit.*

⁵⁶ Enciclopedia Jurídica, Cosntantinos Stamatoulos, Custodia, España *Op.cit.*

⁵⁷ Guarda, Diccionario Ciencias Jurídicas Políticas Sociales, *Op.cit.*, pág. 425.

⁵⁸ Echeverría Guevara, Karen Lisset, La Guarda y Custodia de los Hijos, *op.cit.*, pág., 34.

de edad o los incapacitados, ya sea de forma permanente o hasta que esta resulte modificada en un nuevo acuerdo o en una decisión judicial y se haga de forma unilateral, o con una modalidad alterna o sucesiva en periodos establecidos de forma convencional o judicialmente que viene siendo la guarda y custodia compartida y lo abarca todas las obligaciones que se originan de la vida cotidiana y ordinaria de los niño, niñas adolescentes, como lo es la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, vigilancia, formación y asumir la responsabilidad por hechos ilícitos que cometan los menores.

Ahora cuando el matrimonio se disuelve, de esta forma los hijos/as, pasan a convivir habitualmente con uno de sus progenitores y este es quien asume la guarda y custodia, y trae como consecuencia que el niño, niña y adolescente se relacione menos con su otro progenitor y este es quien asumirá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicarse y permanece con sus hijos conforme al régimen de visitas que se establezcan que hubiesen acordado, los padres.

La figura de guarda y custodia cobra relevancia en situaciones de no convivencia del padre y madre del niño/a, debido a que se debe determinar quién asume la figura jurídica. Lo más importante de una separación o divorcio es velar por el bienestar físico y psicológico del niño, niña y adolescente, y es quien recibe menos atención en su mayoría de casos. La guarda y custodia constituye una de las funciones de los progenitores sobre sus hijos menores derivadas del Ejercicio de la Patria Potestad.

4.5. Guarda y Custodia diferencia entre Patria Potestad.

Es determinante hacer la diferencia entre la institución natural como lo es la Patria Potestad y la guarda y custodia, ya que son dos figuras diferentes pero que están unidas de alguna forma, a raíz del compromiso y responsabilidad que el padre y la madre tiene frente a sus niños, niñas y adolescentes.

Es diferente la tenencia y el ejercicio de la Patria Potestad y de la guarda y custodia dentro del matrimonio o en la unión de hecho, en comparación cuando se disuelve o se modifica el matrimonio, porque el padre y la madre ya no comparten el mismo hogar, y hacen su vida de forma diferente y no conjunta como lo realizaban dentro del matrimonio,

y deben organizarse y acordar como van a cuidar a los hijos e hijas en común, lo que nunca podrán descuidar y son quienes en varias ocasiones sufren las desavenencias de sus progenitores.

Se puede decir que la patria potestad es la consecuencia de la filiación, ya sea biológica o adoptiva, al referirse (padre y poder) corresponde este término y la titularidad a ambos progenitores.

La Patria Potestad viene siendo el conjunto de deberes y derechos que se dan en relación a los hijos/as y sus bienes por parte de sus progenitores y está será siempre compartida entre los progenitores cuando estén casados, claramente siempre existirán excepciones. El padre y la madre tienen la obligación de estar con los hijos/as y es un derecho que estos últimos tienen, y quienes deben ser cuidados, protegidos, alimentados educados y deben recibir una formación integral y a quienes se les debe representados legalmente y sus bienes deben ser administrados adecuadamente.

Al referirse a la custodia es hablar de un derecho específico, presume la mera tenencia física del hijo/a, en un sentido material que comúnmente puede atribuírsele únicamente a un solo progenitor una de las modalidades para el país de España es que a ambos progenitores luego de que se dé un divorcio o separación se otorgue la guarda y custodia de forma conjunta e inclusive a una tercera persona. Por lo que se entiende en sentido de vivencia, cuidado y asistencia a los hijos e hijas. Cuando se le atribuye a un solo progenitor, el no custodio deberá acatar una serie de regímenes de visitas en horarios establecidos.

La guarda y custodia del menor hijo es esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física o espiritualmente procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.⁵⁹

⁵⁹ Breña, Ingrid, Análisis de la patria Potestad después del divorcio de los Progenitores, biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2106/28.pdf , México.

Por lo que la guarda y custodia es la facultada tácita de la patria potestad, pero en el caso de la separación o divorcio de los progenitores esta se separa de la misma, debido a que se debe de otorgar la guarda y custodia a un progenitor esto no implica que el que no la posea pierda la patria potestad. Quien no la posea tendrá el derecho de saber todo lo relacionado con la salud física del menor, el estado emocional en el que se encuentra, sobre su rendimiento académico y procurar su educación moral en cuanto al progenitor que la posee es quien debe dirigir su educación moral y una serie de responsabilidades que surgen de la convivencia diaria.

GARCIA PRESAS hace diferencia entre estas dos figuras formulando de la siguiente manera, “Mientras que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad ante una ruptura matrimonial se puede mantener en los dos progenitores continuando de este modo la cotitularidad y el coejercicio, la guarda y custodia exclusiva o unilateral se ejerce en solitario por el progenitor que indica el convenio regulador o la sentencia de nulidad, separación o divorcio y en los casos de guarda y custodia compartida no hay una cotitularidad en la facultad de guarda sino que hay una titularidad sucesiva y alterna, de manera que, en cada momento será guardador el progenitor que establece el convenio regulador o la sentencia de nulidad, separación o divorcio⁶⁰

Se dice que la guarda y custodia nunca podrá ser compartida, que la única forma que suceda en cuando se convive dentro del matrimonio, de lo contrario solo podrá ser alterna o sucesiva, mientras que la patria potestad ambos reciben la titularidad y ambos la ejercen siendo de ambos progenitores. Dejando a un lado toda posibilidad de poder compartir la guarda y custodia de forma unísona por el padre y la madre ya que esta se le atribuye al progenitor que conviva con el hijo o hija y que reciban los cuidados y la educación que se derivan únicamente de la convivencia y que se da entre el padre o madre y el hijo/a, y que esto necesita del contacto diario, para que se puedan atender adecuadamente.

⁶⁰ García Presas, Inmaculada. La patria potestad. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary. Web. 16 February 2015

Los cuidados y la educación de los hijos/as que precisan del contacto diarios con ellos/as, lo pueden ser los buenos modales que se aprenden dentro del hogar, las costumbres, hábitos, los valores, la preferencia de alimentos, etc.

Por el contrario, las cuestiones sobre el cuidado o la educación de los hijos que no precisan del contacto diario con ellos, para poder ser desarrolladas exceden de la guarda y custodia y pertenecen ya al ámbito del ejercicio de la patria potestad. Ya que son decisiones que el padre y la madre pueden llegar a acordar como, por ejemplo, la elección del colegio al cual asistirá, el del médico en caso fuere necesario, la religión que profesara, entre otras cosas.

Dentro de la niñez, resulta de gran relevancia el poder compartir la guarda y custodia, siendo esto aún más justo que limitarse a visitas a la que tiene derecho el progenitor que no es custodio, ya que esto fortalece la relación paterno-filial.

Porque al tenerlos en su compañía, compartir el que hacer del día a día el progenitor custodio es en quien moldea su personalidad. Porque a pesar de que ambos tienen la patria potestad pero que muchas veces no conviven con el menor e inclusive se puede limitar por el mismo custodio, por razones personales, hace que crezca un distanciamiento entre el no custodio y el menor convirtiéndose así en una relación distante.

4.6. Contenido de Guarda y Custodia

Dentro de esta figura jurídica, debe de existir ciertos elementos en relación de los padres hacia los hijos. La convivencia debe existir, cuando los hijos/as conviven dentro de una familia nuclear, siempre se está en constante convivencia con el padre y la madre, pero cuando se disuelve o se modifica, la convivencia también se rompe, y se debe determinar quién ejercerá la guarda y custodia y de esta forma quien no la posea, se verá reducida la convivencia.

También unido a la convivencia se deriva el deber, y también el derecho de velar por ellos. La puesta en práctica de las funciones que impliquen un contacto directo, constante, inmediato y físico para que se le procure su prosperidad, también se debe

involucrar en la educación y su formación integral, que incluye su bienestar psico-emocional, velando por ellos/as de una forma completa.

El progenitor custodio influirá decisivamente en el desarrollo moral e intelectual del hijo/a, manteniendo comunicación constante sobre; quienes son sus amistades, cuáles son sus aficiones, que le sucede en los ámbitos sociales en los que se desarrolla, como es la convivencia en los centros de estudio, el poder orientarlo para que tome decisiones para que tengan un presente y un futuro próspero.

Como tercer elemento en poder tener a los hijos en compañía, el cual se encuentra íntimamente ligado a la guarda y custodia del niño/a y adolescente, se podría decir que es en consecuencia e inseparable de la guarda y custodia. Esto implica un modelo de vida en común para los hijos/as, que permite ejercer con éxito el deber de atención diaria. Y lo demás inherente a la posesión de la patria potestad.

“el guardador a nuestro criterio, posee facultades de cuidado y dirección del desarrollo del menor”⁶¹ facultades que únicamente se le atribuyen al progenitor custodio ya que es quien convive con el niño, niña o adolescente.

La obligación del padre y la madre luego de una separación o divorcio lo estipula el artículo 167 del código Civil guatemalteco, “...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.” En el artículo 253 del referido Código Civil determina que existe la penalización al abandono moral o material del padre y la madre hacia sus hijos/as y también si dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

En la convención Internacional del Derecho del niño en su artículo 9 y 18 establece “...respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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.” “...reconocimiento del principio de

⁶¹ Echeverría Guevara, Karen Lisset, La Guarda y Custodia de los Hijos, *Op.cit.*, pág. 53.

que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los progenitores o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.”

La importancia de que los niños, niñas y adolescentes, puedan mantener una comunicación constante con sus progenitores luego de una separación o un divorcio, tanto es un derecho que poseen los menores de edad como también un derecho del padre y madre poder tener comunicación y convivencia con sus hijos/as, pero que no sea perjudicial para el bienestar de los mismos.

4.7. Modalidades de Guarda y Custodia

Dentro del Código Civil guatemalteco no existe ninguna modalidad, de la guarda y custodia, ahora bien dentro de la legislación española si existen ciertas modalidades que se encuentran dentro de su Código Civil y su Ley de Enjuiciamiento Civil. En los cuales se pueden desprender los siguientes;

a) “La guarda y custodia exclusiva o unilateral; es aquella en la que la convivencia se atribuye a uno solo de los progenitores, si bien el otro progenitor tiene un derecho de visitas, salvo que por concurrir alguna causa grave sea privado de las mismas, puede también atribuirse a un tercero como (abuelo u otros familiares) o a una institución cuando exista la incapacidad o imposibilidad de los padres.”⁶² Esta puede recaer ya sea en la madre o el padre, pero quien recibe preferencia para contenerla es la madre, como lo establece la jurisprudencia. En la que se fijan días de visitas, o fines de semana, con quien deben pasar los niños, niñas y adolescentes con quien no es su custodia, e inclusive los días festivos acuerdan con quien estarán.

b) La guarda y custodia partida o distributiva; es la siguiente “... se da en los casos en que se distribuyen los hijos entre ambos progenitores asignando la guarda y custodia de unos hijos a uno y de otros al otro. Implica por lo tanto la separación de los hermanos que convivieran con el progenitor que asume la guarda. Este sistema rara vez se utiliza

⁶² Porcel Gonzales, Isabel, Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que se modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación o divorcio, España, 2011, Licenciatura en Derecho, Universidad Abat Oliba CEU, pág. 11.

debido a que la Corte de Constitucionalidad sigue el principio de no se debe ser para los hermanos, solo se adopta de forma excepcional cuando las circunstancias así lo aconsejen”⁶³ esta se da si queda pactado que los hermanos no perderán toda comunicación, y si el juez lo permite, y si se hizo el análisis psicosocial y se determinó que era la mejor opción para los menores.

c) “La guarda y custodia Compartida o alternativa; En el sistema de custodia compartida la convivencia del menor con los progenitores se reparte entre ambos durante los periodos de tiempo que se hayan estipulado, teniendo estos una duración similar y presuponiendo que la patria potestad corresponde a ambos progenitores. Este régimen puede establecerse porque lo acuerden los padres o bien, porque así lo decide el juez.”⁶⁴ Existen diversas diferencia respecto al término utilizado de guarda y custodia, compartida, como lo establece la doctora Romero Coloma; “el termino no es correcto, ya que cuando los progenitores están separados o divorciados, no es posible, precisamente, la guarda conjunta, ya que ambos progenitores, en esta situación, no pueden ejercer de modo simultaneo el cuidado de los hijos menores de edad, ya que no hay entre los cónyuges convivencia.”⁶⁵ Debido a que se puede confundir con la alternativa, lo que quizás diferencia es que los periodos de estadía del menor son más largos a comparación con la otra modalidad. Y si ha tenido ciertas lagunas debido a que no estipula los límites de compartir la guarda y custodia.

Aunque al referirse en custodia compartida evita cierto sentimiento de exclusión y derrota de uno de los progenitores e inclusive beneficia al niño/a, porque ambos se convierten en responsables de sus hijos/as, es por ello que en España ha tenido gran aceptación esta modalidad.

⁶³ Porcel Gonzales, Isabel, Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que se modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación o divorcio, España, 2011, Licenciatura en Derecho, Universidad Abat Oliba CEU, pág. pág. 15.

⁶⁴ Porcel Gonzales, Isabel, Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005/, *Op.cit.*, pág. 9.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 11.

4.8. Concepto Doctrinario de Guarda y Custodia Compartida.

La palabra compartir proviene del latín *compartiri* y significa “distribuir a todos”, es definida por el diccionario de la Real Academia Española como repartir, dividir, distribuir algo en partes, participar en algo. Ya que si conjugamos las palabras, guarda, custodia y compartida, es el poder repartir, dividir o distribuir las obligaciones y responsabilidades de los padres frente a los hijos, cuando exista un divorcio o separación, por lo que estaría compartiendo la patria potestad y no responsabilizando en su totalidad el cuidado y protección a uno solo.

La jurista LATHROP GOMEZ, define la guarda y custodia compartida como, “alternada o sucesiva aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en los que a residencia se refiere vivir, con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.”⁶⁶

HERNANDO RAMOS, “compartimiento de la autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes.”⁶⁷ Donde se va establecer la igualdad de condiciones y derechos de los hijos/as entre el padre y la madre.

ORTUÑO MUÑOZ, la define como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la prevención de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos.⁶⁸

⁶⁶Porcel Gonzales, Isabel, Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, *Op.cit.*, pág. 14.

⁶⁷ Echeverría Guevara, Karen Lisset, La Guarda y Custodia de los Hijos, *Op.cit.*, pág. 84.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 85.

ESPERANZA OLCINA; opina que esta modalidad de guarda supone una igualación de los periodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que no se puede hablarse de "progenitor custodio" y "progenitor no custodio", pues los dos lo son en la misma medida. ⁶⁹

GODOY MORENO, señala que la guarda y custodia compartida comprende a su vez dos sistemas: La guarda y custodia conjunta, la cual es su opinión es el equivalente al ejercicio conjunto de la patria potestad y la guarda y custodia alterna que consiste en que el hijo conviva con cada progenitor por periodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre dependiendo del periodo de que se trate. ⁷⁰

Llegando a un entendimiento que la guarda y custodia compartida es un sistema legal acaecido, luego de un divorcio o una separación, en el cual el padre y la madre se dividen las responsabilidades frente a sus hijos, no solamente en lo material sino en todos los aspectos relacionados al desarrollo físico, psico-emocional del niño/a y adolescente.

En igualdad de condiciones legales que le proporciona la patria potestad, para poder responder frente a sus hijos, asumiendo una maternidad y una paternidad responsable, en la cual ambos tomaran las decisiones conjuntamente en todo lo que se relaciona a las necesidades que no se derivan de la convivencia diaria, pero la oportunidad que da la guarda y custodia compartida no se limita únicamente a las decisiones que el padre y la madre realicen enfocándose únicamente a lo material, sino a la posibilidad de que los padres puedan compartir la crianza de los hijos/as, el poder convivir con ellos/as, para orientarlos, cuidarlos, escucharlos, educarlos, guiarlos y amarlos y que no solamente sean visitas simultaneas, o fines de semana en los que conviven con ellos, sino tener la oportunidad de convivir más tiempo, para poder fortalecer las relaciones paterno-filial, y ser niños, niñas y adolescentes más felices.

⁶⁹Echeverría Guevara, Karen Lisset, La Guarda y Custodia de los Hijos, *op.cit.*, pág.87.

⁷⁰*Ibid.*, pág. 84.

4.8.1. Principios en los que se debe basar la Guarda y Custodia Compartida.

Dentro de esta modalidad de la Guarda y Custodia, deben existir principios en los cuales se verá como una opción para el bienestar del niño, niña y adolescente.

a) El principio de interés superior del niño, niña y adolescente;

Que ningún niño/a, tiene derecho de ser separado de su padre o madre, excepto sea de su interés superior. Cuando exista conflicto en la familia, debe prevalecer el interés superior del niño, niña y adolescente, que conlleva su bienestar físico, psicológico y emocional, si de ser necesario sus progenitores deben ceder sus intereses propios.

La guarda y custodia compartida más que buscar la igualdad de los padres, para poder ejercer la patria potestad y su protección y cuidado, se basa únicamente en el interés superior del niño, si se aborda este principio podrá otorgarse esta modalidad de la guarda y custodia, de lo contrario si repercute el bienestar integral del niño o los padres no están dispuestos a ceder sus intereses y estos están repercutiendo en el bienestar de sus hijos/as, será negada, por atentar contra la integridad del niño/a y adolescente.

b) Principio de Corresponsabilidad Parental;

Consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.⁷¹

En la convención internacional de los derechos del niño, en su artículo 18, establece que “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...”.

Dentro del matrimonio tenían la posibilidad de ejercer de forma conjunta sus obligaciones frente a sus hijos/as, con un divorcio el padre o la madre ya no están conviviendo juntos, pero no dejan de tener esas obligaciones y esos derechos para con sus hijos/as. La guarda y custodia compartida, les da esa posibilidad para poder convivir con sus hijos/as

⁷¹ Echeverría Guevara, Karen Lisset, La Guarda y Custodia de los Hijos, *Op.cit.*, pág. 90.

y no sentirse limitados para poder cumplir con sus obligaciones y poder ejercer sus derechos de forma conjunta con el otro cónyuge, a pesar de que ya no están unidos.

c) Principio de Coparentalidad;

TAMYO HAYA, expone que “es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos.”⁷²

ECHEVERRIA GUEVARA lo define como la “cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto, y además, adaptación al divorcio entre los padre y sus hijos.”⁷³

Esto se puede dar, cuando los padres han podido adaptarse al divorcio, y lo han aceptado con madurez, y para lo cual podrán colaborar de forma alterna en relación a la adaptación de sus hijos/as, al divorcio o separación. Actuar de forma conjunta para el bienestar de los niños, niñas y adolescentes porque al tomar la decisión de divorciarse es buscar una vida mejor para los hijos/as y para ellos mismos, lejos de todo conflicto, que siga dañándolos psicológicamente y emocionalmente.

d) Principio de Universalidad;

Este principio se refiere a cualquier tipo de filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial, natural o adoptiva, lo que importa es que exista la filiación, para que sea posible la guarda y custodia compartida.

4.9 Regulación Legal de la Guarda y Custodia. Legislaciones de Guatemala y España.

La regulación en ambos ámbitos jurídicos es diferente por diversos motivos, y notablemente su regulación es diferente.

⁷²Echeverría Guevara, Karen Lisset, La Guarda y Custodia de los Hijos, *Op.cit* pág. 95.

⁷³*Ibid.*, pág. 97.

4.9.1 Regulación Legal de la Guarda y Custodia en Guatemala;

Dentro del marco jurídico guatemalteco, no se encuentra una definición precisa de guarda y custodia y en consecuencia ninguna modalidad de ser compartida, pero tampoco la excluye, se ve relacionada con la Patria Potestad.

En el Código Civil guatemalteco no tiene una regulación específica de guarda y custodia.

El capítulo VII, únicamente establece todo lo relacionado patria potestad, y la guarda y custodia es la consecuencia de esta, el cuidado y vigilancia de los hijos/as.

Se menciona en el artículo 163 del Código Civil se refiere al divorcio y separación de mutuo acuerdo, "...1. A quien quedan confiado los hijos habidos en el matrimonio; 2. Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos. ..."

Por lo que se puede decir que hacer con la guarda y custodia, cuando se está de acuerdo en la separación o divorcio. Se presenta un proyecto de convenio en el cual como punto principal deben describir los puntos mencionados en el párrafo anterior, y como consecuencia será a quien tendrá la guarda y custodia.

Posiblemente alberguen una modalidad alterna o unilateral de posesión de guarda y custodia y no teniendo una compartida, quizás se solicite, pero se tendría que establecer los parámetros en los cuales debe basarse esta modalidad, y cuáles van a ser los límites. Lo que si pueden compartir son los gastos relacionados como consecuencia de la patria potestad.

El artículo 166 del Código Civil se refiere a quien se le confían los hijos, y los progenitores podrán convenirlo, pero el juez puede resolver de forma distinta por causas graves, y velando por el bienestar de los mismos. "...Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios e informes de trabajadores sociales o en organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos."

No resulta una definición específica y no es técnico su contenido en sí, del ejercicio de la guarda y custodia, pero tampoco la excluye de la legislación, dejando abierta la posibilidad, de poder convenir juntos el padre y la madre las obligaciones frente a sus hijos, y que puedan tener el derecho tanto de los niños, niñas y adolescentes comunicación continua, siempre y cuando no repercute su salud física y psicológica.

Y otorgándole al juez la discreción sobre si es conveniente otórgale la guarda y custodia a uno de los padres o según como lo hayan acordado, a través del apoyo de una trabajadora social, o de instituciones encargadas de la protección del menor de edad.

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

Está claro que es un derecho de los niños/as el poder convivir con su padre y madre siempre que estos no representen un peligro para su salud física y psico-emocional, y cumplir con sus obligaciones que se derivan de la patria potestad, y no solamente con ellos, sino poder tener una relación más estrecha y velar por su educación que corresponde a los valores y buenos modales que se le inculca solo a través de la convivencia diaria, y del mismo contacto que se necesita para poder tener una buena relación, basada en la comunicación y la confianza. Y que el hecho de que los progenitores se separan o divorcian, no dejan de ser sus hijos/as ni ellos su padre o madre.

En el código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 427, hace alusión que luego de darle curso a la solicitud de divorcio o separación podrá determinar provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos/as y cual pasará la pensión alimenticia que les corresponda.

Y en artículo 429, se pide siempre el proyecto de convenio ya sea presentado en la junta conciliatoria o con posterioridad, a quien se le confían los hijos menores o los incapaces, y por cuenta de quien deberían ser alimentados y educados. Estos convenios no deben perjudicar a los hijos/as, y quienes deben conservar íntegros los derechos a ser

alimentados y educados con convenio de la ley, el cual el juez debe aprobar, si las garantías fueran suficientes.

En la ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, en su artículo 7, en el inciso f, hace alusión a la suspensión al presunto agresor de la guarda y custodia de los hijos e hijas, como una medida de seguridad. Por lo que da la pauta que se refiere al cuidado y protección de los hijos/as los cuales están bajo la guarda y custodia de su padre y madre.

4.9.2. Guarda y Custodia Compartida en la Legislación Española.

Como se ha mencionado el Derecho de Familia español, se ha ido ampliando en los últimos años, y una de las modalidades es poder compartir la guarda y custodia de los hijos. Dentro del marco jurídico español existe la diferencia entre Patria Potestad y guarda y custodia, lo que permite tener diferentes modalidades de esta última como lo son la unilateral, la alterna y la compartida, aunque algunos juristas españoles alegan que esta última modalidad, uno de sus defectos es que no especifica sus límites.

En el año 2014, fue aprobado el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad matrimonial, separación y divorcio también conocido como el anteproyecto de ley de guarda y custodia compartida. En la que actualmente está en fase de consulta pública en la cual se valora que por primera vez dentro de la legislación española, se incorpora como primordial que sea de interés superior del menor, para determinar que modalidad de guarda y custodia es la más conveniente, para el menor y refuerza los parámetros que se deben cumplir para otorgar una guarda y custodia compartida.

El anteproyecto de ley ya ha sido aprobado, el 19 de Julio del 2014, por el Gobierno Español, y por consiguiente queda pendiente la aprobación de la ley y esto afectara a toda España, y así mismo afectara leyes tan importantes como el Código Civil, La Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Registro Civil.

Dentro de la legislación española la primera posibilidad de compartir la guarda y custodia fue con el surgimiento de la Ley 15/2005 del 8 de julio, permitió expresamente por parte

de los cónyuges acuerden la custodia compartida en caso de una disolución de matrimonio, modificando así el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como una de las consecuencias de la nulidad, separación o disolución del matrimonio es el tener que decidir la guarda y custodia de los hijos/as que se tengan en común y el ejercicio de la patria potestad. El código civil regula separadamente la institución de la patria potestad que se encuentra en el Título VII “De las relaciones paterno-filiales” y por aparte la guarda y custodia regulada en los artículos relacionados a los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio, específicamente los artículos 90, 91, 92, 93, 94, 96 y 103.

Como los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio en el artículo 92 del código español establece que esto no eximen al padre y madre de las obligaciones para con sus hijos/as, también establece que cuando el juez deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho de ser oídos, para garantizarlo y tomar en cuenta su opinión, respecto a su situación futura y la relación que pueda tener con sus progenitores y la relación que tenga ambos.

También se prevé que en la sentencia de divorcio, separación o de nulidad del matrimonio cuando se considere necesario se debe suspender la patria potestad, ya sea porque fue solicitado o por que el Juez lo considere oportuno para el bienestar del menor, al igual el Juez decidirá o los progenitores podrán convenir quien la ejercerá totalmente o parcialmente.

Ahora en cuestión de guarda y custodia compartida lo regula en el mismo artículo en su inciso 5, establece así “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.” Esto fue implementado por la ley 15/2005, modalidad que han adoptado gran número de padres luego de una separación o divorcio y que encausa

la igualdad entre padre y madre, sobre la crianza de sus hijos/as. Ahora que representa para los niños/as, algunos especialistas alegan que les causa inestabilidad en su vida, por el hecho de que se esté en constante movimiento, y no tenga un domicilio fijo, y otros vacíos que dejaba este inciso, como no tomar en cuenta las circunstancias en la que se encuentra un progenitor, entre esta y una serie de dudas que dejan para poder determinar la idoneidad, de compartir la guarda y custodia de los hijos/as, y si realmente prevalece el interés superior del niño o niña, en cada caso que sea presentado para adoptar esa modalidad.

Por lo que se crea el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad matrimonial, separación y divorcio o conocido como anteproyecto de ley de guarda y custodia compartida, ya mencionado anteriormente.

En el mismo artículo establece que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar un informe del Ministerio fiscal, y oír a los menores cuando se considere que tiene suficiente juicio y lo considere necesario el fiscal o se estime de oficio, también los miembros del Equipo Técnico Judicial pueden presentar un informe en el que haya valorado al menor en caso no tenga un juicio suficiente, las alegaciones vertidas por los abogados, y demás pruebas practicadas. Y esto debe valorarse con el objetivo de que clase de relaciones sostiene el hijo o hija con su padre o madre, y si se le considera a estos últimos idóneos para poseer la guarda y custodia de sus hijos/as de forma conjunta.

También se prevé que no se otorgara conjunta cuando “cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”, Artículo 92 Código Civil, inciso 7. Siendo el progenitor inculpa- do nocivo para el desarrollo del menor, lo que falta dentro de este artículo es por violencia de género.

Pero el juez antes de adoptar cualquier decisión sobre la guarda y custodia, ya sea de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictámenes de especialistas que considere necesarios, los cuales deben estar debidamente cualificados, y que sean para poder determinar la idoneidad sobre el ejercicio de la patria potestad y del régimen de guarda y custodia, del menor de edad.

Y “con frecuencia se confunde esta modalidad con el mero reparto de los tiempos o con la guarda alterna por semanas, quincenas o periodos concretos. Es de considerar que los progenitores no pierden la custodia cuando la guarda física no la ejercen de continuo en numerosos casos. Tal ocurre cuando los niños que siguen sus estudios en régimen de internado, o cuando los padres o madres deben desplazarse por razón de su trabajo a lugares lejanos. Tampoco es imprescindible que se establezca una distribución igualitaria del número de días ni el reparto aritmético de los periodos de tenencia entre los progenitores. La asignación de los tiempos de estancia es una consecuencia de que se comparte la custodia, pero la distribución de los periodos obedecerá a las circunstancias que concurran en cada caso. Se ha de tener presente que lo esencial es que pueda arbitrarse una fórmula que permita la compatibilidad en prestar asistencia y cuidados a los hijos con los horarios y circunstancias de trabajo de cada progenitor”⁷⁴ esto con la finalidad de poder ser flexibles en relación a los tiempos de los padres, pero sin olvidar el compromiso que han asumido.

Se determina la contribución del padre y la madre sobre todo lo relacionado a la alimentación de los hijos/as acomodándose a cada circunstancia de los mismos e implementando las medidas para garantizar el cumplimiento de esta obligación.

Cuando un progenitor no posea la guarda y custodia, se debe determinar las formas de visita, para fortalecer su relación y la comunicación. También si es beneficio para los menores y los abuelos están de acuerdo, se regulará los días y formas en la que los nietos podrán visitar a sus abuelos. Estos últimos a raíz de una crisis familiar, también

⁷⁴ oca E, Asociación Española Abogados de F. *Especialidades En Derecho De Familia* [e-book]. Madrid: Dykinson; 2014. Available from: eBook Collection (EBSCOhost), Ipswich, MA. Accessed May 21, 2015.pag 315.

se ven afectados, debido al alejamiento que se produce con sus nietos, a quienes aman y desean compartir con ellos.

En España como bien fue expuesto anteriormente, existen comunidades autónomas, hay algunas que carecen de derecho civil autónomo, las cuales se rigen por el Código Civil español. La misma Constitución Española de 1978, reconoce el Derecho Foral, regional o especial, que es conjunto de ordenamientos jurídicos de derecho privado que se rigen en algunas zonas de España que coexiste con el Código Civil español.

La Enciclopedia Jurídica lo define el Derecho Foral como “Derecho que regula los distintos sistemas jurídicos de Derecho privado existentes en determinados territorios españoles, que tienen un origen histórico en la independencia de dichos territorios. Hoy día se reconocen como territorios forales Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, Navarra, las provincias vascas.” Siendo entonces el derecho civil, particular que se desarrolla en ciertos territorios españoles.

En materia de custodia, solo cuatro comunidades han desarrollado un derecho civil propio, y estas son Aragón, Cataluña, Navarra y Comunidad de Valencia. Ya que consideraron que la guarda y custodia compartida a parte de las medias que determina el código civil español para otorgarla, necesitaba ser más reforzadas.

Aragón fue la primera comunidad en crear una ley relacionada solamente a la guarda y custodia compartida. En el año 2010, “sus Cortes aprobaron la *Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprobó con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En él se establece la custodia compartida como opción preferente salvo que la individual sea más conveniente.”⁷⁵

⁷⁵ Bayarri Martí, Luisa, El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, España, septiembre 2014, noticias.juridicas.com, consultado el: 24 de febrero de 2015.

En Aragón, es norma preferente que la guarda y custodia sea compartida, salvo que no sea de interés superior del menor, para poder optar por esta modalidad en esta comunidad se deja una serie de parámetros a cumplir antes de resolver el Juez sobre la modalidad que mejor convenga al menor como son, la edad de los hijos/as, la opinión de los hijos/as que se considere una edad adecuada para poder opinar, el arraigo familiar y social, la voluntad y aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores, la relación que tengan los progenitores entre ambos, y la armonía en la vida laboral de ambos, y cualquier otra circunstancia que rijan la convivencia.

El Juez antes de tomar una decisión ya sea de oficio a instancia de parte, debe recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados, y que conozcan de la materia. No se otorga la guarda la custodia compartida cuando uno de los progenitores este incurso en un proceso penal, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual. Y que exista indicios de violencia doméstica y de género, propiciados por el progenitor, al cual se le niega la custodia en cualquier momento, del proceso.

Si se comparte la guarda y custodia se debe fijar un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, caso contrario se establece un régimen de visitas, de formas de comunicación con el padre que no esté conviviendo.

En el caso de Cataluña; en el mismo año se aprueba la “ley 25/2010, el Libro II del Código Civil catalán denominado “De la persona y la familia”, en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida.”

Se prioriza un acuerdo entre la madre y el padre, y se hace a través de la mediación familiar a través del llamado Plan de Parentalidad, en la que cada progenitor presenta un plan en el cual establece como piensa ejercer su responsabilidad frente a sus hijos/as, en el cual la autoridad judicial al momento en que ambos expongan sus posturas debe conciliarlas y llegar a un acuerdo. Y en caso de fallar la conciliación, la autoridad judicial propone un plan de igualdad de ambos en las relaciones con sus hijos/as, y también este puede determinar si es mejor que uno solo ejerza la guarda y custodia o ambos.

Para determinar que modalidad convenga más a los niños/as se desarrolla una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta como la vinculación afectiva entre los progenitores y las relaciones con la demás personas que conviven en su hogar, la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procúrales un entorno adecuado, de acuerdo a su edad, la actitud de cada uno de los progenitores para poder cooperar con el otro con el único fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, asegurando una adecuada relación entre madre, padre e hijos, el tiempo en que cada uno de los progenitores le había dedicado atención a los hijos antes de la ruptura conyugal, y las tareas que realizaba para procúrales el bienestar, la opinión expresada por los hijos, la situación de los domicilios de los progenitores y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

Igualmente, no se le otorga la guarda y custodia, a alguien que tenga indicios de cometer violencia doméstica o de género y en la cual sus hijos fueron víctima o podrían ser víctimas y lleve un proceso penal o tenga una sentencia como en la comunidad de Aragón.

La Comunidad de Navarra; “ha aprobado la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que entró en vigor el 28 de junio de 2011.”⁷⁶

Al igual que la comunidad de Cataluña se hace a través de una conciliación familiar, y pueden solicitar la guarda y custodia ya sea compartida o individual, de manera conjunta los progenitores como de forma separada, ante el Juez. La decisión que tome el juez será luego de escuchar al Ministerio Fiscal, previo a dictámenes de expertos que considere necesarios recabar el juez y previa a audiencias que se consideren necesarias, y siempre de interés superior del menor.

Los mismos parámetros de la comunidad de Cataluña se deben considerar antes de optar que modalidad es la mejor opción para el menor. Y también se niega por los mismos motivos de las dos comunidades anteriores.

⁷⁶ Bayarri Martí, Luisa, El régimen de guarda y custodia en España. *Op.cit.*

Y la comunidad de Valencia; “El 15 de octubre de 2010, el Gobierno valenciano aprobó el proyecto de *Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, que da prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un pacto de convivencia familiar.”⁷⁷ Establece la guarda y custodia como norma general.

En caso de no llegar a un acuerdo, será en un principio la custodia compartida, pero también el juez podrá decidir la custodia individual de uno de los progenitores, basándose en las circunstancias y si este es de interés superior del menor.

Dentro de esta ley se adquiere nueva terminología para referirse a guarda y custodia compartida, se argumenta que es obsoleto y corto el concepto por ello en el artículo 3 de la referida ley, se define “la nueva terminología: *régimen de convivencia compartida*, para referirse a la custodia compartida y *régimen de convivencia individual* para referirse a la exclusiva de un solo progenitor; *régimen de relaciones*, para referirse al contacto periódico entre el progenitor que no convive con sus hijos y éstos; *pacto de convivencia familiar* para referirse al hasta ahora llamado convenio regulador y *autoridad parental* en alusión a la patria potestad.”⁷⁸

Para algunos legisladores, esto es la mejor terminología para referirse a la guarda y custodia. Aunque esta ley tiene sus desaciertos debido a que otorga la guarda y custodia compartida a pesar de que un progenitor se oponga o que los progenitores tengan una mala relación. Por lo que se cuestiona si realmente se busca el interés superior del niño o niña, debido a que esta situación no colabora con el bienestar psico-emocional, ya que la conducta de violencia psicológica se imparte por los progenitores a pesar que ya no están juntos, creándole inestabilidad en su vida e inclusive arriesgando su integridad del menor.

Al no llegar a un acuerdo por parte de los progenitores el juez previo audiencia del ministerio fiscal, y con informes médicos, sociales, y psicológico, determinará cual es la mejor modalidad de régimen de convivencia.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Bayarri Martí, Luisa, El régimen de guarda y custodia en España. *Op.cit.*

El Juez debe tomar en cuenta los siguientes parámetros, en los casos en que los hijos estén en periodo de lactancia, el régimen podrá ser el de convivencia de menor extensión y provisional, debido a que se puede ampliar posteriormente, también se debe tomar en cuenta la opinión de los hijos/as considerándose una madurez suficiente, la dedicación de la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos/as y la capacidad de cada progenitor, el arraigo social, escolar o familiar de los hijos y cualquier otra situación relevante.

Las cuatro comunidades que tienen sus leyes que regulan la guarda y custodia compartida tienen los parámetros que necesitan para determinar si los padres son idóneos para compartir la guarda y custodia de los hijo/a, analizando tanto el aspecto social, psicológico, económico y emocional para establecer que modalidad le conviene más al niño/a. Con la finalidad de buscar el interés superior del niño/a, y lo que resulta de gran importancia que en algunas comunidades es determinante la relación que el padre y madre puedan tener para poder educar de forma conjunta y sin ocasionar conflictos e inestabilidad emocional en la vida de los niño/a.

Ahora en el resto de España, el anteproyecto del ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio no busca ser de “carácter preferente o general, sino lo que busca es poder eliminar la rigidez y preferencia sobre la guarda y custodia monoparental”. Todo en búsqueda del beneficio del menor de edad, y que pueda regularse de una forma más segura ya que enumera una serie de aspectos y circunstancias que deben atender el juez para determinar el régimen de guarda y custodia compartida, esto para seguridad el niño, niña y adolescente como para la seguridad de ambos progenitores.

Otros factores que deben de analizar los jueces de entrar en vigencia la ley es tomar en cuenta la edad, la opinión del menor, su arraigo social y familiar, las relaciones que los progenitores mantengan con sus hijos/as, la voluntad y la aptitud que tengan cada uno de ellos para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro, y que puedan cooperar entre ellos mismos para poder garantizar la una relación sana entre ambos. También se debe considerar la armonía de la vida familiar, con la laboral de ambos progenitores, la situación de la residencia, la familia que convive con los progenitores si estas son de

apoyo o representan un peligro, la cantidad de hijo/a y deja previsto que cualquier otra circunstancia que sea relevante para el régimen de convivencia.

Al regirse una guarda y custodia compartida no debe olvidarse la fijación de la pensión alimenticia a favor de los menores, y se debe tomar en cuenta aspectos como las necesidades del menor, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada progenitor, quien posee la vivienda familiar, residencia de los hijos menores. Tomando en cuenta estos aspectos se fijara la pensión alimenticia a favor de los hijos/as, no desamparándolos, para poder tener una vida digna, claramente eso está dentro del ordenamiento jurídico actual.

Una de las controversias que genera este anteproyecto, es la posibilidad que el juez pueda otorgar la guarda y custodia compartida, aunque ninguno de los progenitores lo haya solicitado.

Este anteproyecto como bien fue mencionado está en proceso de consulta, en la cual puede ser reformado lo que se considere necesario o se puede reforzar. La creciente tasa de divorcio o separaciones va en aumento en España la llamada crisis de familia y como consecuencia el poder determinar quién poseerá la guarda y custodia a los hijos/as. Inclusive se la terminología guarda y custodia se ha ido modificando por régimen de convivencia o corresponsabilidad parental.

En año 2005 dio luces el poder compartir la guarda y custodia de los hijos/as, claro han pasado exactamente diez años luego de la reforma en el Código Civil español, específicamente el artículo 92, pero la sociedad está en constante cambio y para asegurar la integridad física y psicológica del niño, niña y adolescente el anteproyecto presenta a una serie de parámetros que se debe tomar en cuenta el Juez antes de otorgar la custodia, como es el caso de Cataluña, Navarra, Aragón y la Comunidad de Valencia, donde se estipula que se otorgara si es de interés superior del niño, niña o adolescente, aunque esta última comunidad ha entrado en cuestionamiento por el hecho que si la relación de los progenitores es negativa no es un impedimento para que se otorgue la guarda y custodia compartida, pero realmente esto si es sustancial por el

hecho que les puede generar tensión en la vida de los hijos/as, por la hostilidad que existe entre su madre y su padre.

CAPITULO V

Guarda y custodia compartida del niño, niña y adolescente. Derecho comparado.

(Análisis y discusión de resultados)

La guarda y custodia compartida en la legislación española se ha contemplado desde el año 2005, dentro de su código civil específicamente en su artículo 92, refiriéndose así, como uno de las consecuencias del divorcio o separación, y que los progenitores deben establecer acuerdos de qué forma van a ejercer la guarda y custodia de sus menores hijos/as, siendo un requisito primordial antes de que sea emitida la sentencia de divorcio o de separación.

Y la ley utiliza los términos de guarda y custodia como dos figuras legales distintas a la patria potestad.

Que van de manera conjunta pero se crea un conflicto cuando se da un divorcio o separación, debido a que existe el desarraigo físico por parte de uno de los progenitores y antes de un divorcio o separación se debe establecer a quien se le confían los hijos habidos dentro del matrimonio como lo establece la legislación guatemalteca mientras que la española establece que se debe establecer la guarda y custodia de los hijos y que puede darse de manera conjunta.

En cuatro comunidades autónomas de España se ha visto un claro desarrollo en relación al tema de guarda y custodia compartida, creando así leyes en las cuales se apoyan para otorgar esta modalidad a los progenitores que estuvieren interesados en adoptarla y lo que ha obligado de manera inevitable que los juristas españoles presenten un anteproyecto de ley que se denomina de la siguiente manera, ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad matrimonial, separación y divorcio, con el fin de fortalecer la modalidad de guarda y custodia compartida, debido a que a diferencia de las cuatro comunidades autónomas que poseen su propio reglamento en relación a este tema, el resto de España no tiene específicamente los límites y una serie de parámetros que se deben cumplir para poder otorgar la guarda y custodia compartida

a los progenitores del menor, y solamente ha quedado a discernimiento del juez según su sana crítica.

Dentro de la legislación guatemalteca, no se contempla de ninguna forma el hecho de poder compartir la guarda y custodia de los hijos/as de ambos cónyuges, porque la legislación no lo establece específicamente como guarda y custodia compartida⁷⁹ e inclusive no se utiliza la palabra guarda y custodia, se puede relacionar la patria potestad que viene siendo consecuencia de esta última.

Pero sí, se ha utilizado el término guarda y custodia dentro de los Juzgados de Familia, cuando alguno de los progenitores pelea por su ejercicio, por considerar no apto al progenitor que la posee actualmente y que queda determinar al juez la veracidad de este hecho. Buscando que se respete la integridad tanto física como psicológica del niño, niña y adolescente, dicho caso da inicio a un juicio oral de guarda y custodia, o juicio ordinario de guarda y custodia, en la que la parte interesada que comúnmente puede ser el padre quien dé inicio a pugna por poseer la guarda y custodia de su hijo/a, pero comúnmente y en gran porcentaje en nuestro medio se da este proceso por evitar el pago de pensión alimenticia, como lo comenta la trabajadora social la licenciada Lidia Cifuentes del Juzgado Segundo de Familia de Quetzaltenango.⁸⁰

También se desarrolla los casos de juicio de relaciones paterno filial, debido a que de forma común los padres no conviven con sus hijos, no por razones que afecten el interés superior del niño/a y tampoco el juez ha considerado una amenaza para el niño, niña y adolescente el acercamiento a su padre, sino porque, por parte de la madre no permite que los vea por asuntos que no conciernen a los hijos/as, y lamentablemente se utiliza a los hijos e hijas para ocasionar dolor al padre alejándolo de la vida personal y sentimental de sus hijos e hijas.

⁷⁹ Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango, entrevista realizada para esta investigación, el 7 de abril de 2015.

⁸⁰ Lidia Ester Cifuentes, Licenciada en Trabajo Social, Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango, entrevista realizada para esta investigación, el 13 de abril de 2015, Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango

Como bien se ha determinado la guarda es todo el aspecto de la subjetividad que crea condiciones de autodeterminación y auto identidad en cada persona. Y la custodia es el vigilar, desde el punto de vista subjetivo es el poder poner atención del proceso de crecimiento espiritual, emocional, mental y físico y de una persona.⁸¹

Al referirse de manera conjunta la guarda y custodia compartida puede decirse que es un proceso de construcción social que va a crear nuevos estilos de vida, tanto para los padres como para los hijos que van a determinar el poder y su relación con las demás personas.⁸²

También puede decirse de manera conceptual al referirse a la guarda y custodia compartida, es cuando los progenitores comparten el cuidado y guarda de su hijo/a, en un tiempo determinado respetando los regímenes que se estipularon de forma conjunta dentro de un convenio para convivir con su hijo/a después de un divorcio o separación, ya que los padres dejaran de vivir juntos. Siendo la convivencia del padre y la madre con los hijos e hijas, un derecho de estos últimos.⁸³

Por lo tanto al referirse compartir la custodia y guarda de los hijos/as se refiere a la convivencia igualitaria entre padre y la madre con los hijos e hijas que tengan en común y que siempre prevalezca el interés superior del niño, niña y adolescente.

Dentro del sistema legislativo guatemalteco, tiende a tomarse por igual la guarda y custodia con la institución de la patria potestad, a diferencia de la legislación española que lo establece dentro de su legislación de forma separada, todo esto es referencia a la tenencia y ejercicio de las mismas por parte de los progenitores luego de un divorcio o separación.

⁸¹ López Mejía, Angelica Marina, Licenciada en Antropóloga, entrevista realizada para esta investigación, el 17 de abril de 2015.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Mgstr. Ivette Anaythé, García Vidaurre, abogada especialista, entrevista realizada para esta investigación, el 10 de Marzo de 2015,

Teniendo ya una diferencia establecida en el capítulo anterior, pero no se debe olvidar que una es consecuencia de la otra, y se crea la separación cuando se suscita un divorcio o separación de los progenitores.

Cabe mencionar que al referirse que un progenitor ejerce la patria potestad y por consecuencia posee la guarda y custodia se refiere a la representación legal que poseerá el menor de edad, por parte del progenitor que la posea, como se establece en la legislación guatemalteca. En el artículo 254 del Código Civil guatemalteco, “la Patria Potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado...administrar sus bienes...”. En el artículo 255 del Código Civil guatemalteco, “...la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo caso 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.” En la que al referirse a la tutela se refiere a la guarda y custodia, del menor.

Se puede solicitar el compartir la patria potestad luego de un divorcio o separación en Guatemala como lo comenta la licenciada Garcia Vidaurre, “Si. Se ha solicitado con el objeto de que los hijos menores de edad compartan mayor tiempo con ambos padres independientemente que estos estén separados. Y se puede establecer mediante Convenio de Separación o en el Convenio de Bases de Divorcio, que la patria potestad se ejercerá de forma conjunta” Pero que esto no es tan común.

El Juzgado segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango, comenta que no se ha hecho ninguna solicitud de guarda y custodia compartida cómo lo manifiesta la Jueza “No, compartida, no. Le pertenece únicamente a la madre como lo establece la ley.” Y la trabajadora social del mismo Juzgado en la que hace alusión que en el tiempo en que lleva laborando no se ha llevado ningún caso en el cual se desea compartir la guarda y custodia, del menor, en nuestro medio no existe la cultura de guarda y custodia compartida y la ley guatemalteca es muy clara al establecer que la madre posee la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio”.

Mediante que en España la patria potestad del menor hijo no emancipado que puede ser de manera conjunta o por uno solo con el consentimiento del otro luego de un divorcio o separación, serán los representantes legales del menor. Y la guarda y custodia la puede poseer uno solo o de igual forma conjunta. Artículo 156 del Código Civil Español “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

En España, como ya se hizo alusión anteriormente que se separa la guarda y custodia de la patria potestad, a continuación aparece un fragmento de una sentencia de inconstitucionalidad al inciso 8 del artículo 92 del Código Civil Español “...Por Sentencia de 12 de septiembre de 1998 se declaró disuelto el matrimonio por divorcio, se mantuvo la patria potestad compartida de ambos progenitores sobre su hija menor y se atribuyó su guarda y custodia a la madre, pudiendo el padre estar con su hija cuando ambos progenitores así lo decidieran de común acuerdo, estableciendo para el caso de desacuerdo, un régimen de comunicación y estancia de la hija con el padre no custodio”⁸⁴,este inciso se consideró inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional debido a que no atendía al interés superior del niño, niña o adolescente.

A continuación, se cita otro fragmento de una sentencia en la cual se otorga la guarda y custodia compartida “Se atribuye la guarda y custodia del menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo: por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio, de forma que uno de los progenitores lo dejará por la mañana y el otro lo recogerá ya para comer.”⁸⁵

⁸⁴ Boletín Oficial del Estado, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf.

⁸⁵ Sentencia de Guarda y Custodia Compartida, número 758/2013, de fecha 25 Noviembre de 2013, <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6908454/Patria%20potestad%20compartida/20131213>.

En esta misma sentencia se establecen también las horas de convivencia que tendrá el menor de edad con sus progenitores todos los días, y de igual forma se estableció los días de vacaciones de qué forma se van a distribuir, al igual que las festividades especiales como lo son la navidad y el cumpleaños del menor, también se establece lo relacionado a los gastos y en la que los progenitores se comprometen a abrir una cuenta bancaria a nombre de su hijo, y en el cual deberán depositar 200 euros y el cual utilizara únicamente para pago de colegiatura, materiales, vestuario, etc., y si en algún momento surgieran gastos imprevistos como por ejemplo la hospitalización de su hija o hijo, ambos la asumen de manera igualitaria.

Por lo que no es una guarda y custodia alterna, ya que el niño, niña y adolescente convive diariamente con ambos, progenitores y el domicilio es único, solo cuando se acordó que dormiría para alguna festividad la pasara en casa de quien le corresponde, pero esto se facilita cuando el padre y la madre no tiene grandes distanciamientos, en relación a su nuevo domicilio, pero que sucede cuando las distancia de los domicilios es grande e inclusive puede ser en otro estados o región, a mi parecer en casos así debería ser alterna, aunque los psicólogos y los terapeutas argumentan que les crea inestabilidad e inseguridad cambiar constantemente de domicilio, lo que resulta contraproducente.

En cuestión de terminología al utilizar en España se han armado diferentes opiniones, por ejemplo en el nuevo anteproyecto de ley se le denomina de la siguiente manera el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad matrimonial, separación y divorcio, y que comúnmente se le llama anteproyecto de ley de guarda y custodia compartida, pero que estos últimos términos ya no son utilizados tan frecuentemente por el legislador. En el caso de la comunidad de Aragón se ha utilizado los términos de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en Cataluña se ha utilizado los términos en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida, ahora bien en navarra se ha seguido utilizando la palabra custodia y se le agrega de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

En las Comunidades de Valencia los términos también se han modificado por ejemplo, utilizan la terminología de relaciones familiares de los hijo/a cuyos progenitores no conviven, y dentro de dicha ley se utilizan las palabras régimen de convivencia compartida y autoridad parental en alusión a la patria potestad, para referirse a la guarda y custodia compartida.

La terminología guarda y custodia ya no es tan utilizada, pero tampoco es descartada, los juristas españoles al utilizar corresponsabilidad parental, igualdad en relaciones familiares, responsabilidad parental compartida y régimen de convivencia compartida, todo esto con el enfoque en el cual el padre y la madre han dejado de convivir, utilizando todos estos términos lo hacen con el objetivo que sea más preciso las palabras a utilizar al referirnos a la convivencia a la responsabilidad equitativa que debe de existir luego que un divorcio o separación por parte de los cónyuges frente a sus hijo/a.

En la legislación guatemalteca al utilizar los términos relaciones parentales, se refiere a la potestad y no a la custodia ni a la guarda, por lo que la ley es clara, que la guarda y custodia la posee un solo progenitor, y que el no custodio puede hacer visitas como se hayan acordado e inclusive fines de semana pasa en la casa del no custodio.

A continuación, se desarrollan en los siguientes ítems, los objetivos que son motivo para poder llevar a cabo la presente investigación.

5.1. Beneficios que el niño, niña y adolescente recibe cuando se comparte la guarda y custodia después de un divorcio o separación.

Uno de los problemas más latentes dentro de una separación o divorcio es definitiva la parte emocional del niño, niña y adolescente, cuando la convivencia con ambos progenitores era positiva y no perjudicial para el mismo, pero por desavenencia entre ambos progenitores se decide separar o divorciar, y los niños, niñas y adolescentes sufren un desarraigo emocional y puede también sufrir cambios económicos.

Al decidir divorciarse o separarse los progenitores deben compartir una serie de responsabilidades frente a sus hijos e hijas que no han cumplido la mayoría de edad y que dependen tanto económica como emocional y que estos deben ser acordados de manera clara y precisa para buscar un real beneficio para sus hijos/as.

Las solicitudes de guarda y custodia compartida dentro de la legislación guatemalteca no son comunes e inclusive se podría decir que no se hacen, pero esto no quiere decir que no se realicen de una forma informal en la que los progenitores lejos de lo tribunales acuerden una convivencia pacífica y equitativa para relacionarse y cumplir con sus responsabilidades para con sus hijos e hijas luego de un divorcio o separación.

“Los profesionales de la psicológica y de la psiquiatría "en un mundo ideal" la custodia compartida es lo mejor, la situación ideal para los menores tras la separación de sus progenitores... y parejas de gran categoría humana y de padres muy generosos.”⁸⁶ En donde se busca en bienestar de los hijos/as, lejos de pugnas legales que puedan desarrollarse y con la madurez suficiente para sobrellevar esta ruptura de pareja sin manipulación hacia los hijos/as y desarrollar “el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) que, en términos generales, consiste en que uno de los padres guarda odio y rencor a su ex-cónyuge y trata de transmitirle a sus hijos,”⁸⁷ esos sentimientos negativos, y quienes de manera inconsciente los adoptan y así pueda que surja una mala relación con el progenitor no custodio.

También puede decirse una situación ideal donde el "padre y madre usan el sentido común y dialogan sin resentimiento, son capaces de pactar, comparten su responsabilidad parental, ejercen una coparentalidad auténtica y disponen de similar tiempo suficiente para ellos, en ese mundo ideal los progenitores separados intentan mantener la relaciones familiares y sociales de sus hijos, comparten el mismo estilo educativo, la misma o parecida disciplina, desarrollan en lo posible sus habilidades

⁸⁶ Fernández-Garrido, Montse La Custodia Compartida: Ventajas e Inconvenientes, Abogada y Mediadora de Familia, Facultad de Derecho Universidad de Barcelona. <https://docs.google.com/document>.

⁸⁷ Am-Abogados.com, Alzate Monroy, Patricia, Abogada y Doctora en Derecho, La Patria Potestad es diferente Custodia Compartida y relación entre los padres, España, 15 de abril de 2015 <http://www.am-abogados.com/blog/custodia-compartida-y-relacion-entre-los-padres>.

parentales, fomentan el contacto con el otro progenitor. Se respetan delante y detrás de sus hijos, son igualitario y no son hostiles entre ellos y no ha habido episodio de maltrato hacia la pareja delante del menor.⁸⁸

Como bien se menciona al principio en un mundo ideal, lejos de tantos sentimientos negativos que pueden obstaculizar el verdadero objetivo de una separación o divorcio, tener una vida mejor, llena de tranquilidad, lejos de disputas y de resentimiento acumulados por una relación que no funcionó y que lamentablemente terminó, pero que jamás dejaran de relacionarse por el hecho de tener hijos/as en común, ya que deben compartir los momentos importante de la vida de ellos/as, y que necesitan de ambos para tener una vida llena de seguridad y bienestar lejos de una vida conflictiva por parte de sus progenitores.

Pero realmente para los progenitores no resulta así, en Guatemala el incremento de divorcios ha aumentado y de común acuerdo son los más solicitados como lo menciona la Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango. Y en la que en su mayoría si no es que en su totalidad existen niño, niña y adolescentes de por medio y que se debe acordar su guarda y custodia de ellos/as.

En gran porcentaje se otorga la custodia y la guarda de manera unilateral, ya que es la única que se establece dentro de la legislación guatemalteca, teniendo la madre preferencia en poseerla y es establecido por la ley. Y se regulan visitas para el progenitor que no es custodio, todo ello con las medidas necesarias para garantizar la integridad del niño, niña y adolescente, recordando que dependiendo de los motivos que llevaron al divorcio y la separación no se puede permitir el contacto físico con el progenitor con sus hijos/as ya que resulta perjudicial.

El compartir la guarda y custodia “si es beneficioso en virtud de que pueden mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.”⁸⁹. Si resulta beneficioso porque ayuda al desarrollo integral del niño, niña y adolescente que implica lo social,

⁸⁸Fernández-Garrido, Montse La Custodia Compartida: Ventajas e Inconvenientes, Abogada y Mediadora de Familia, Facultad de Derecho Universidad de Barcelona. <https://docs.google.com/document>.

⁸⁹, Mgstr. Ivette Anaythé, García Vidaurre, abogada especialista.

cultural, espiritual y emocional y el niño/a tiene un desarrollo pleno en su autoestima.⁹⁰ También evita que los niños tengan problemas sociales. ⁹¹El poder seguir manteniendo una relación estrecha con ambos progenitores, y que no sean visitas y que ambos estén involucrados en la vida diaria de los niñas, niños y adolescentes si es beneficioso y estos beneficios serán reales cuando los progenitores se comprometan a cumplir lo establecido y acordado.

El implemento de guarda y custodia compartida aparte de que prevalezca el interés superior del niño, niña y adolescente, como lo establece la convención Internacional de derecho del niño, también busca la igualdad entre hombre y mujeres, ya que se busca una igualdad de condiciones en el cumplimiento de sus deberes frente a sus hijos/as, luego del divorcio y separación. Eliminando la dinámica entre ganadores y perdedores, entre ambos progenitores.

En España “en estos últimos cinco años, el tema de la guarda y custodia compartida ha tenido un alto nivel de desarrollo jurídico desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal, generando una cultura y una conciencia más adecuada para el siglo XXI, porque con la guarda y custodia compartida ambos padres, en caso de separación o divorcio, siguen tomando las decisiones sobre la educación y crianza de sus hijos, ejerciendo su derecho y su deber a relacionarse de forma regular y directa con sus hijos, en igualdad de condiciones”. ⁹²

También en el mismo país a nivel jurisprudencial se ha visto un notable desarrollo debido a las numerosas sentencias de guarda y custodia compartida que se han desarrollado en todas las instancias, en los últimos años. Y el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han sido fructíferos debido a que han aclarado los diferentes criterios jurisprudenciales unificándolo con la doctrina. En su mayoría son los padres quienes solicitan la guarda y custodia compartida y son quienes exigen actualmente que sea de manera preferente y no opcional como lo es ahora en el país español.

⁹⁰, Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango.

⁹¹ Lidia Ester Cifuentes, Licenciada en Trabajo Social.

⁹² Am-Abogados.com, Alzate Monroy, Patricia, Abogada y Doctora en Derecho, *op.cit.*

En España son varias las opiniones respecto a este tema, mayormente quien apoya es el grupo de padres y quienes están en contra es el grupo de madres, quizás convirtiéndose en una disputa, pero también están los intermediarios quienes son los veladores de los derechos del niño, niña y adolescente, como lo es la UNICEF, en la que le expresa al gobierno Español, que debe ser más preciso en sus políticas de guarda y custodia compartida, para que prevalezca el interés superior del niño, niña y adolescente, en ese país.

Magister en derecho de familia en España Lidia Falcón, expone que entra la guarda y custodia compartida en España como algo novedoso y nuevo, pero que realmente las madres y los niños/as sufren ante esta situación y cuestiona a todos aquellos que apoyan la guarda y custodia compartida, si realmente es lo mejor para el niño/a que sea criado de manera conjunta por ambos progenitores luego de una separación o divorcio, y que realmente en estos casos no se analizan los motivos que llevaron a la pareja a separarse o divorciarse, y que esto puede seguir afectando a los menores de edad, al tener la custodia de manera compartida. Ella recibe información de casos reales por parte de una Asociación Custodia en Positivo, en la que se han impuesto la guarda custodia compartida a pesar que los padres no están de acuerdo, dentro de este artículo expone casos de niños y niñas en los cuales los dictámenes son favorables para compartir la guarda y custodia en la que pese a tener una denuncia por maltrato a la mujer se han otorgado.

Expone que al dictar estas sentencias de guarda y custodia compartida no prevalece en ninguna forma el interés superior del niño o niña, al contrario, existe una serie de derechos que son transgredidos por parte de los progenitores, ocasionándoles, ansiedad, depresión, angustia, baja autoestima e inclusive sentimiento de culpabilidad y bajo rendimiento en sus centros educativos. También se critica la nueva modalidad de los juzgados en los cuales los progenitores pueden compartir el domicilio pese a que no estén juntos como pareja.

Nos deja claro Lidia Falcón que también compartir puede ser contraproducente para los niños, niñas y adolescentes, cuando no se realizan los dictámenes adecuadamente que necesita el juez para poder otorgarla o que no se haga un estudio a fondo, sobre la

idoneidad de los padres para poseer la guarda y custodia compartida, y que en vez de que el niño tenga una vida mejor, solamente percibe desorden y desorientación en su vida e inclusive puede ser víctima de abuso sexual.

También cabe resaltar que cambia la configuración social de un niño, por lo que cambia su vida, las creencias y las costumbres de los padres son diferentes quizás, al cual se deben regir los niños cuando ambos tienen la responsabilidad conjunta de educarlos moralmente. Debe de tomarse en cuenta de que forma van a convivir los hijos/as cuando existan nuevas familias, si van ser bien recibidos dentro de ese núcleo familiar. Los estilos de consumo de un progenitor con otro puede que sean diferentes e inclusive abismales, al igual de las formas de diversión, la comida, las formas de entretenimiento son diferentes.

Y pueda que el comportamiento del niño/a cambie cuando se relacione con el otro progenitor, cayendo en una comparación,⁹³ esto puede ser un factor negativo para establecer una custodia compartida.

Realmente es un tema delicado cuando se habla de compartir la guarda y custodia del niño, niña y adolescente, ya que los jueces deben determinar de manera asertiva en cada caso la aceptación o negatividad, ya que en definitiva va determinar el desarrollo integral del niño, niña y adolescente y no se puede equivocar en su decisión.

5.2. Eficacia de la protección de los derechos hacia el niño, niña y adolescente, que garantice el bienestar físico y psicológico cuando sus progenitores comparten su guarda y custodia.

Para otorgar la guarda y custodia compartida se deben de cumplir una serie de parámetros en relación a los progenitores respecto al resguardo de la integridad de los niños, niñas y adolescentes y que deben ser los siguientes;

Se debe de determinar la capacidad afectiva, la capacidad psicológica y social y médica y no debe de existir un conflicto ente la pareja ya que resultaría negativo debido a que

⁹³López Mejía, Angélica Marina, Licenciada en Antropóloga, *Op.cit.*

les genera inestabilidad a los menores.⁹⁴ La capacidad psicológica es la primordial ya que ambos padres que soliciten la custodia y guarda del menor de manera conjunta deben ser capaces de garantizar la integridad del niño.

Es recomendable que se otorgue de forma provisional, y se puede sugerir supervisiones. Y establecer al final si son personas idóneas para poseer la guarda y custodia compartida. Y dentro del lapso, dejar supervisiones para analizar la adaptabilidad del menor y estas deben de ser constantes, para analizar cómo se ha desarrollado la guarda y custodia compartida y este modelo de vida familiar tanto entre ambos progenitores como en los niño/a. También es determinante las visitas a los centros educativos, debido a que son fuente importante de información en relación a la convivencia de sus progenitores y sin olvidar la entrevista al niño, niña y adolescente considerando ya a una edad de 7 años. Existe cosa o hechos que una no prevé al inicio del otorgamiento de la guarda y custodia compartida y que se pueden desarrollar en el lapso del otorgamiento definitivo de la misma y estos hechos pueden obstaculizar el otorgamiento.⁹⁵ Las supervisiones sociales son importantes y determinantes, para el resguardo de la seguridad del menor.⁹⁶

La legislación guatemalteca como bien se ha dicho no se regula por lo que solo sería un pacto voluntario entre ambos progenitores. Las medidas que se aplicarían cuando se incumple lo establecido para los padres cuando están compartiendo la guarda y custodia compartida sería por medio de un juicio ejecutivo para que se pueda dar el cumplimiento al convenio.⁹⁷

Se recomienda analizar los estilos de vida, y las relaciones sociales y el ejercicio de la autoridad al igual que el análisis del medio social que va enfrentar el niño y la pareja a la hora de establecer la guarda y custodia, compartida. Se deben de analizar las causas y efectos de carácter sociocultural, que determinan la separación de la familia.⁹⁸

⁹⁴Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango, *Op.cit.*

⁹⁵ Lidia Ester Cifuentes, Licenciada en Trabajo Social,

⁹⁶Mgstr. Iveth Anaythé, García Vidaurre, abogada especialista.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸López Mejía, Angélica Marina, Licenciada en Antropóloga,

Para que se sigan de forma legal las recomendaciones del trabajador social se debe de establecer el informe socioeconómico, en donde se demuestra que los padres son aptos para poseer la guarda y custodia compartida, y estableciendo si los progenitores tienen la capacidad emocional para poseerla y la existencia de un real compromiso por parte de ambos.⁹⁹

En las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Comunidades de Valencia dentro de sus nuevas leyes han establecido condiciones que se deben cumplir y que el juez debe de tomar en cuenta para que se otorgue una guarda y custodia compartida, mientras que en el resto de España carece de cierto reglamento siendo como única regla el código civil y por supuesto la convención internacional del niño, el juez y el Ministerio Fiscal deben de conocer a detalle la situación de la familia.

En el artículo 92 en su inciso 5 del código civil español, establece lo siguiente “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.” Lo cual los progenitores deben de estar de acuerdo de manera conjunta, para no crear pugna entre ellos, y no seguir con un círculo de discusiones, y que afecta notablemente a los hijos, lo que es un punto importante.

También se menciona en el mismo inciso que el “el Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido...”

En el mismo artículo en el inciso 6 establece lo siguiente; “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.” Con el fin de buscar la idoneidad de los padres

⁹⁹ Cifuentes, Lidia Ester , Licenciada en Trabajo Social,

para asumir esta modalidad de guarda y custodia, lo que algunos legisladores españoles consideran muy pocos para poder determinar la seguridad del niño, niña o adolescente.

Es importante seguir los casos de guarda y custodia compartida, para evitar que se transgreda algún derecho del niño, niña y adolescente.

5.3. Forma en que la legislación guatemalteca en comparación con la española regula la guarda y custodia del niño, niña y adolescente en una sentencia de divorcio.

La guarda y custodia compartida no existe pero la representación legal si existe¹⁰⁰, lo que se podría decir quien posee la representación legal del niño, es quien tiene la guarda y custodia, pero se pacta por acuerdo voluntario entre ambos padres.¹⁰¹ Ya que la guarda y custodia solo la puede poseer la madre, en caso de divorcio o separación de ser lo contrario si la madre representa peligrosidad para el niño niña y adolescente se toman como medidas cautelares o seguridad de la persona, ya que la ley es clara en ese sentido dentro del marco jurídico guatemalteco.

En un proyecto de convenio de separación o de divorcio de común acuerdo y en el que los progenitores deciden compartir la guarda y custodia es importante establecer la forma en que se compartirá, con un orden establecido para no afectar a los hijos menores de edad en sus actividades.¹⁰² Que conlleva a los días, el tiempo en que estarán con cada uno, también la educación que seguirán, y que en este convenio no se violente ningún derecho del niño, niña y adolescente, y los padres tiene la libertad de acordar entre ellos.¹⁰³ Los progenitores según el tiempo que dispongan acordaran de manera justa y consiente todo lo necesario para que la convivencia del niño, niña y adolescentes sea tranquila y sana.

La falta de existencia de parámetros sobre como otorgar la guarda y custodia compartida dentro del marco jurídico guatemalteco, para dictaminar esta modalidad va depender

¹⁰⁰ Mgstr. Ivethe Anaythé, García Vidaurre, abogada especialista.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango.

mucho del criterio del juez que la autorice, o del notario que autorice un convenio de separación mediante escritura y pueda proponérsela a los todavía cónyuges, antes de divorciarse o separarse.¹⁰⁴ Por lo que se sugiere que debe ser reformado el código civil, en materia de guarda y custodia, al igual que el jurista guatemalteco Aguilar Guerra.

En España se establece en el convenio de divorcio cuando es por mutuo consentimiento y se le hace saber al juez, pero en el caso en que al momento en que se dio el divorcio o separación no lo acordaron, se llevará una solicitud en la que el juez emitirá una sentencia si esto es conveniente para el niño, niña y adolescente de ser lo contrario la guarda la sigue teniendo el custodio actual. Como es bien establecido en su marco jurídico solo se otorgará cuando ambos padres lo solicitan o que estén de mutuo acuerdo, de lo contrario no se puede actualmente.

5.4 Conveniencia de la guarda y custodia compartida del niño, niña y el adolescente, cuando el padre y la madre se encuentran separados o divorciados.

El divorcio o separación representa la disolución del núcleo familiar. Y de ellos se desprenden varias consecuencias, una de las más notables y la más preocupante es el determinar quién poseerá la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes, porque para ellos/as cuando el progenitor no representa un peligro para el resguardo de su integridad, es una situación que representan un desarraigo emocional inevitable.

En España ya llevan diez años con esta modalidad, en la que se ha suscitado una serie de experiencias tanto positivas como negativas dentro de los juzgados, como bien fue mencionado anteriormente en la que ha habido casos los cuales los niños/as en vez de tener una vida positiva se les ha tornado en tormentosas e insoportable, lo que notablemente no atiende al interés superior del niño/a o adolescente, pero también existen casos en los que el menor de edad ha podido establecer una vida positiva para su desarrollo.

Las ventajas son que los progenitores no son alejados de sus responsabilidades, también se comparten los gastos de forma equitativa, existe la conciencia real sobre el menor, el

¹⁰⁴Mgstr. Ivethe Anaythé, García Vidaurre, abogada especialista.

poder estar involucrado en su vida de una mejor forma, cooperación y acuerdo entre el padre y la madre, existe un mayor autoestima en los niño y niñas, se evita una menor preferencia en relación a los progenitores y se aprende a resolver los problemas negociándolos y no generando más conflictos.

Los inconvenientes a presentarse podrían ser, el no tener el apoyo judicial, para seguir de cerca los casos de guarda compartida, y que no se vele por garantizar el bienestar del menor, que no se tengan los horarios flexibles los progenitores para poder atender a las necesidades de los menores, que vivan retirados, y que no exista una buena organización familiar y pueda llegar hacer compleja, y el cambio de residencia puede ocasionar en los hijos/as ansiedad, inseguridad e inestabilidad emocional.

Se debe hacer énfasis que esta modalidad no solucionará todos los conflictos, ya que motivo de la separación o divorcio fue que no existía ya una comunicación entre la pareja, e inclusive quedan rezagados sentimientos que no han solucionados como lo es el rencor, el resentimiento, la culpabilidad entre otros.

Al parecer es más bien el compromiso real que va existir por parte de los progenitores, el convencimiento total que tienen ellos de que no se separaron de sus hijos sino de la pareja, y que no son una carga, sino que son seres humanos que necesitan del cuidado, amor y protección de su padre y madre, ya que esto les formara el carácter, sus valores y su ética para su vida futura. Y recordar que al pensar que si se pide la guarda y custodia compartida es por los derechos del niño, niña y adolescente y no por el padre o la madre, y que estos serán respetados por ambas partes, y lo que se convengan se cumpla, por lo que es importante una comunicación entre los progenitores.

La ley española está para apoyar ese deseo de los progenitores después del divorcio o separación de no separarse de sus hijos e hijas y viceversa, esto depende de los ex cónyuges hacer posible esta modalidad de compartir su guarda y custodia para el bienestar del niño, niña y adolescente. En relación a Guatemala no lo regula la ley, pero tampoco lo prohíbe y si llegara una solicitud, se debe hacer una estudio a fondo para determinar si es conveniente o no, y si la misma sociedad lo solicita el poder reformar el

código civil en relación a este tema, acoplándolo a nuestra sociedad. Pero sin olvidar que el compartir la patria potestad también es posible, dentro del marco jurídico guatemalteco.

A raíz de la presente investigación monográfica, es momento de responder a la siguiente pregunta ¿Es conveniente para el niño, niña y adolescente se permita una guarda y custodia compartida, en base a la comparación de la legislación guatemalteca con la española y que factores pueden ser clave para tener una buena regulación legal? en el desarrollo de la presente investigación se ha concluido que sí, es conveniente que se comparta la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes para que no sufran las desavenencias de una separación o divorcio, ya que están en constante contacto con sus progenitores de forma equitativa, conviviendo todos los días con ellos, a pesar que estos no estén viviendo juntos y no tengan una relación de pareja, haciendo valer así su derecho de mantenerse en contacto con sus progenitores, como lo estipula la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo nueve inciso tres, los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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.

Los elementos a tomarse en cuenta para tener una buena regulación legal son los siguientes, el que los progenitores tengan comunicación estable entre ellos, que el lugar donde residen no sean grandes distancias, que los labores diarios que son parte de la convivencia como por ejemplo ir a dejarlo a los centros de estudio, ir a recogerlo, sean repartidos de forma equitativa, y que la convengan de forma conjunta para que no existan desacuerdos disputas entre ellos, evitando así una ambiente hostil alrededor de los niño, niña y adolescentes, en relación al domicilio de los niños, niñas y adolescentes solo debe ser uno, deben hacerse los estudios respectivos para establecer la idoneidad de los progenitores para compartir su guarda y custodia, y la opinión del niño, y niña sea tomada en cuenta y no limitando su edad, ya que él o ella son a quienes se les debe buscar su bienestar y se deben respetar sus derechos y sus progenitores son quienes deben cumplir sus obligaciones frente a ellos. Estos son algunos de los factores para dictaminar

una guarda y custodia compartida y que deben tomarse en cuenta por parte del legislador, se podrán adjuntar algunos otros, pero en síntesis estos son primordiales.

Uno de las causas que motivaron el surgimiento de la guarda y custodia compartida, es por el hecho que varios casos luego que los progenitores se separan o divorcian se dan un alejamiento entre el padre y sus hijos/as, y por causa equivocada y no por que representen un peligro para ellos o ellas. También porque las responsabilidades entre ambos progenitores no son de forma equitativa, sino que el custodio es quien tiene todas las responsabilidades diarias de sus hijos o hijas a su cargo. Y existe la posibilidad que la convivencia sea equitativa para el niño, niñas y adolescentes en relación con su padre y madre, y a lo cual tienen derecho, pese a la separación de ellos, ya que merecen tener ambas figuras en sus vidas diarias, y que no son partícipes de las desavenencias de la relación de sus progenitores

También da la posibilidad del no alejamiento entre el resto de la familia como lo son los, abuelos, abuelas, tíos, tías, primos y primas, con quienes han tenido una relación positiva y que no representen un peligro físico y psicológico para los niños/as y adolescentes.

La sociedad guatemalteca y la española son diferentes, por razones de cultura, ideología, por su economía entre otras cuestiones sociales. Por lo que el desarrollo de su legislación es distinta. Pero los progenitores divorciados y separados buscan de manera igualitaria el no alejamiento de sus hijos e hijas, del poder convivir con ellos de una forma constante y feliz, luego de que el núcleo familiar se disuelve.

El poder implementar esta modalidad de guarda y custodia, sería algo necesario dentro de la sociedad guatemalteca, quizás no de igual forma, porque las sociedades son distintas, sino tomar la idea y acoplarla para tener una mejor aceptación y por supuesto velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, quienes son seres inocentes de los conflictos personales que presentan sus progenitores, y quienes tiene derecho a relacionarse con los mismos.

Tomando en cuenta que si no existe un real compromiso del padre y la madre para poder compartir la custodia de los hijos e hijas no funcionara de ninguna forma, porque pese a

que en un convenio de separación o convenio de base de divorcio quede estipulado una serie de normas de convivencia, entre lo que sería horarios a cumplir entre otras cuestiones materiales, y quede establecido que de no cumplirlo se procederá a dejar de forma unilateral la guarda y custodia del menor, ya que no existe un verdadero compromiso por parte de quien incumple, ya que se perjudica el bienestar del menor, todo esto con las pruebas necesarias para comprobar la veracidad del hecho.

Como objetivo principal a desarrollar a lo largo de la presente investigación monográfica, era determinar las diferencias, similitudes y beneficios que existen en relación a la guarda y custodia compartida, en la legislación guatemalteca en comparación con otra, en la que se eligió España como país para poder hacerlo posible, ya que se tiene un amplio contenido en relación al tema. También fueron motivo de investigación los siguientes objetivos específicos, a) Investigar en que legislación se busca un real beneficio para el niño, la niña y el adolescente, cuando se comparte la guarda y custodia, en caso que el padre y la madre se han divorciado o separado.

En la legislación española como bien se mencionó si se regula dentro de su marco jurídico, mediante que en Guatemala no está regulado. Pero se puede decir que en España, falta un fortalecimiento en relación a su marco legal en relación a la guarda y custodia compartida, para buscar el real beneficio del menor de edad, en el caso de las comunidades, en valencia no se busca un real beneficio porque es una imposición el adoptar esta modalidad y no una opción, pese a que la relación de los progenitores no sea tolerable e inclusive insoportable, por lo que no beneficiaría a los hijos e hijas porque les ocasionaría tensión. Y en Guatemala que se pueda plantear la posibilidad de implementarlo dentro de su marco jurídico, buscando el interés superior del niño, niña y adolescente, siguiendo una serie de parámetros que garantice su protección y resguardo a su integridad física y psicológica.

b) Comparar en que legislación existen una protección eficaz hacia el niño, la niña y el adolescente de sufrir daños físicos o psicológicos cuando sus progenitores comparten su guarda y custodia. En relación al país de España, no existe una protección real, ya que la ley no toma las suficientes medias para poder determinar la idoneidad del padre y la madre para compartir la guarda y custodia, y queda a discreción del juez, el poder

solicitar los exámenes que considere necesario para poder determinarlo, y en relación a la legación guatemalteca se deja a discreción del juez de igual forma. Lo que realmente debería ser necesario y obligatorios tener los informes psicológicos de ambos progenitores y de los hijos/as, el informe correspondiente de una trabajadora social, el informe de una antropóloga, entre otros que se consideren necesarios para poder garantizar el bienestar del menor y la idoneidad de ambos progenitores, y que no se otorgue definitivamente la guarda y custodia compartida, sino de forma provisional, para luego ser definitiva.

c) Analizar la forma en que la legislación guatemalteca en comparación con otra u otras como establecen la guarda y custodia del niño, niña y adolescente en una sentencia de divorcio, la forma en la que lo establecen en España es a través de un instrumento legal, y en Guatemala lo puede hacer de manera extrajudicial. Y ambos países lo pueden hacer a través de un convenio.

d) Determinar en base a la comparación de ambas legaciones, si es conveniente que para el niño, niña y adolescente se permita una guarda y custodia compartida del padre y la madre cuando están separados o divorciados, y se llega a la conclusión que si es conveniente para los menores de edad que se comparta su guarda y custodia, cuando existe el real compromiso de ambos progenitores, de lo contrario esto resulta contraproducente y nocivo para los niños, niñas y adolescentes creándoles conflictos en sus vidas nuevamente y reincidiendo a los conflictos familiares que se tenían antes del divorcio o separación, que no eran positivos de ninguna forma para ellos.

Los alcances de la presente investigación es la comparación de la legación guatemalteca con la española, haciendo mención de las comunidades de Aragón, Cataluña, Valencia, Comunidades de Andorra y del resto de España que es regulado por el Código Civil español, las comunidades han tenido un desarrollo notable en relación al tema, y lo regulan de forma diferente en comparación al resto de España, por lo que hizo aún más completa la comparación.

Toda la comparación del presente trabajo de investigación fue basado en la actualidad, como se establece en ambos países, que consecuencias se desarrollan en casos reales

cuando se otorga la guarda y custodia compartida y los progenitores no eran idóneos para poseerla cometiendo un enorme error, por falta de elementos dentro de la legación para determinarla, casos que han surgido en España. En Guatemala basándose en su marco jurídico y en doctrina por ambos países, tanto autores guatemaltecos como españoles.

Los límites que se percataron es la poca información, las bibliotecas virtuales son de gran ayuda, pero se complica cuando se necesita una serie de requisitos para poder ver los libros, otro límite es la falta de práctica del tema a investigar en Guatemala ya que esto limita un poco la información en relación a la práctica en el país. El uso de internet en la actualidad es inevitable, y a su vez provechoso pero a veces no es suficiente debido que no se puede adquirir información por parte de un jurista en relación al tema no es posible y no es posible apoyarse en blog, en los cuales colocan sus opiniones sobre dicho tema. Un último límite es la disponibilidad que se tenga por parte de los entrevistados, pero con persistencia se lograron hacer las entrevistas que se requerían y que eran necesarias para el desarrollo de la presente investigación.

El aporte de la presente investigación es dar a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de poder compartir con sus progenitores de forma conjunta y equitativa cuando estos se encuentren separados o divorciados, para propiciarles una vida más segura y feliz, puede que sea una realidad no tan lejana en base a una regulación dentro del marco jurídico guatemalteco, ya que es un derecho que poseen los menores de edad, y que en algunos años quizá sea necesario que la ley lo establezca e inclusive se presente un proyecto de ley de corresponsabilidad parental en caso de divorcio y separación.

Y a su vez que los progenitores puedan compartir sus obligaciones frente a sus hijos e hijas, y puedan ser parte de su vida día a día, y no como visitantes, o incluso solo dedicarle algunas horas a la semana. Si no la posibilidad que pueda convivir de una forma más equitativa, para bienestar de los mismos y por su puesto de los hijos e hijas que tengan en común. Claramente de llegar a establecerse en Guatemala o en cualquier otro país como es el caso de España, si no existe un real compromiso y madurez por ambos progenitores de asumir esta modalidad, no valdría la pena considerarlo ya que no

se estaría buscando el beneficio del niño, niña y adolescente ya que solamente agravaría más la situación emocional por la que ellos y ellas atraviesan cuando sus progenitores deciden ya no estar juntos.

Conclusiones

- En Guatemala no se regula dentro de la legislación, la guarda y custodia compartida, pero si la patria potestad y es ejercida de forma conjunta cuando los progenitores se divorcian o separan, pero no es lo mismo la primera es consecuencia de la segunda.
- En España si se regula la guarda y custodia compartida, a quince años de su implementación han tenido resultado tanto negativos como positivos dentro de los tribunales de familia, y cada año llegan más solicitudes para implementar esta modalidad.
- En la legislación española, con excepción de sus comunidades que tiene ya leyes específicas que regulan la guarda y custodia compartida, no existe una protección eficaz hacia los niño, niñas y adolescentes, debido que en el Código Civil español le falta una serie de aptitudes y normas a cumplir en los casos en que solicite y el juez es quien tiene la discreción del otorgamiento de esta solicitud.
- La cantidad de divorcios o separaciones tanto en el país español (la llamada crisis familiar) como en Guatemala está en constante aumento, y cada vez hay más niño, niñas y adolescentes que tienen que alejarse de algunos de sus progenitores, pese a que estos no representan un peligro para su bienestar físico y psicológico.
- La guarda y custodia compartida es una opción que beneficia a los niños, niñas y adolescentes cuando sus progenitores se separan o divorcian, ya que no existe ese desarraigo emocional y físico que se da en la mayoría de casos, y se respeta el derecho del niño, niña y adolescente de no ser alejado de sus progenitores pese a que estén separados, como lo establece la Convención Internacional del niño.

- La guarda y custodia compartida puede ser beneficiosa como perjudicial para la salud física y psicológica del niño, niña y adolescente cuando no existe un real compromiso de los progenitores, de velar por el interés superior de sus hijos e hijas.
- Es importante determinar la idoneidad de los progenitores para poseer la guarda y custodia compartida, al igual que estos tengan una comunicación positiva para evitar una serie de conflictos, y ocasionar en el niño, niña y adolescente ansiedad, depresión, baja autoestima o sentimiento de culpabilidad.
- Que la guarda y custodia compartida no sea otorgada definitivamente, sino dejando un plazo prudencial, y con varias visitas de la trabajadora social y la psicóloga, las cuales comprobaran si es beneficioso para el niño, niña o adolescente esta modalidad, o repercute en su vida.

Recomendaciones

- La posibilidad de que se dé una reforma legislativa en referencia de la guarda y custodia del niño, niña y adolescente de padres separados y divorciados, para que el derecho pueda asistir de una mejor forma a los progenitores que dejan de tener una vida en común. Y sobre todo atender el interés superior del niño, en casos de divorcio y separación.
- Que al momento de dictaminar que es conveniente para el niño, niña y adolescente se verifique si ha tenido cuadros de violencia contra la mujer, para que no sea otorgada la custodia compartida.
- Que al hablar de guarda y custodia compartida prevalezcan el intereses superior del niño, niña y adolescente, ya que es un derecho que poseen, y que deben ser respetados y reforzados en una separación y divorcio.
- Que sea obligatorio la sentencia psicológica de los niños, niñas y adolescentes, cuando los progenitores decidan separarse o divorciar, pese a cualquier modalidad adoptada, respecto a su guarda y custodia.

Referencias

Referencias Bibliográficas:

- Acedo Penco, Ángel. Derecho de familia. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary.
- Belart, Ascensión, and Ferrer, María. El ciclo de la vida: una visión sistémica de la familia (3a. ed.). España: Editorial Desclée de Brouwer, 2008. ProQuest ebrary.
- Breña Sesma, Ingrid. Derechos del hombre y de la mujer divorciados. México: IPN / IJJ - UNAM, 2010. ProQuest ebrary.
- Dowling, Emilia, and Gorell Barnes, Gill. Cómo ayudar a la familia durante la separación y el divorcio: los cambios en la vida de los hijos. España: Ediciones Morata, S. L., 2008. ProQuest ebrary.
- Fernández de los Campos, Aída Elia. La convención de los derechos del niño. Colombia: Red Reflexión Política, 2006. ProQuest ebrary.
- García Presas, Inmaculada. La patria potestad. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary.
- Horno Goicoechea, Pepa. Ser madre, saberse madre, sentirse madre (2a ed.). España: Editorial Desclée de Brouwer, 2011. ProQuest ebrary.
- Lerner Matíz, Jeannette. ¿Qué es la familia?: determinismo, transmisión, tradición. Colombia: Red Universidad Eafit, 2006. ProQuest ebrary.
- Lorenzo-Rego, Irene. El concepto de familia en derecho español: un estudio interdisciplinar. España: J.M. BOSCH EDITOR,

http://libreriabosch.com/media/public/doc/LorenzoRego_Indice_Prologo.pdf, Consultada el: 7 de enero de 2015

- Roizblatt, Arturo, Divorcio y familia: antes, durante y después. Chile: RIL editores, 2013. ProQuest ebrary.
- Toca E, Asociación Española Abogados de F. *Especialidades En Derecho De Familia* [e-book]. Madrid: Dykinson; 2014. Available from: eBook Collection (EBSCOhost), Ipswich, MA. Accessed May 21, 2015.
- Vela Sánchez A. *Derecho Civil Para El Grado IV : Derecho De Familia* [e-book]. Madrid: Editorial Dykinson; 2013. Available from: eBook Collection (EBSCOhost), Ipswich, MA. Accessed May 21, 2015..

Referencias Normativas:

- Código Civil, decreto ley 106, guatemalteco, Congreso de la República de Guatemala, Jefe de Gobierno de la Republica.
- Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código.
- Código Procesal, Civil y Mercantil, decreto ley número 107, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.
- Código de Trabajo, decreto número 1441, Congreso de la República de Guatemala
- Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, Asamblea Nacional Constituyente, Acuerdo legislativo 18-93.
- Convención Internacional de los Derechos del niño, ONU Doc. A/44/49 (1989).

- La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, decreto 27-2003, Congreso de la República de Guatemala.
- Ley de Tribunales de Familia, decreto ley número 206, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.

Referencias electrónicas:

- Am-Abogados.com, Alzate Monroy, Patricia, Abogada y Doctora en Derecho, La Patria Potestad es diferente Custodia Compartida y relación entre los padres, España, 15 de abril de 2015 <http://www.am-abogados.com/blog/custodia-compartida-y-relacion-entre-los-padres>
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2013/decla_UniDe.pdf, (consultada enero de 2015)
- Breña, Ingrid, Análisis de la patria Potestad después del divorcio de los Boletín Oficial del Estado, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf. Progenitores, biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2106/28.pdf , México.
- Congreso Internacional del Derecho de Familia, Gonzales Reguera, Elizabeth, facultad de Derecho UNAM, Guarda y Custodia del menor, México, <http://www.juridicas.unam.mx/> .

- Diccionario de la Real Academia Española, en línea, <http://lema.rae.es/drae/?val=la+familia>.
- Enciclopedia Juridica, Cosntantinos Stamatoulos, Niñez, España, www.encyclopedia-juridica.biz14.com, 2 de febrero de 2015
- Fernández-Garrido, Montse La Custodia Compartida: Ventajas e Inconvenientes, Abogada y Mediadora de Familia, Facultad de Derecho Universidad de Barcelona. <https://docs.google.com/document>.
- Sentencia de Guarda y Custodia Compartida, número 758/2013, de fecha 25 Noviembre de 2013, <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6908454/Patria%20potestad%20compartida/20131213>

Otras referencias:

- Baeza Silvia, Familia y género. Las transformaciones en la familia y trama invisible del genero Praxis educativa, N.9,pp. 34- 42, 2005. Red Universitaria Nacional de la Pampa, 2005, pág. 38.
- Genesis Agustin, OJ, reporta aumento de 10% en caso de divorcio, Diario de Centro América, Guatemala,
- Guarda, Diccionario Ciencias Jurídicas Políticas Sociales, Guatemala, Dastascan, S.A., 1ra edición electrónica, pág. 425
- Mgstr. Ivethe Anaythé, García Vidaurre, abogada especialista. Entrevista realizada para esta investigación, el 10 de Marzo de 2015.

- Jueza del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango, entrevista realizada para esta investigación, el 7 de abril de 2015.
- Lidia Ester Cifuentes, Licenciada en Trabajo Social, Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia de Quetzaltenango, entrevista realizada para esta investigación, el 13 de abril de 2015.
- López Mejía, Angelica Marina, Licenciada en Antropóloga, entrevista realizada para esta investigación, el 17 de abril de 2015.
- Mendizábal Oses, Luis, Derecho de Menores teoría general, España, Ediciones Pirámide, S.A., 1977, pág. 43.
- Porcel Gonzales, Isabel, Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que se modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación o divorcio, España, 2011, Licenciatura en Derecho, Universidad Abat Oliba CEU, pág. 11.

ANEXOS:

**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.
DERECHO COMPARADO.**

Entrevista a Abogada.

1. ¿Desde su práctica profesional cual es el concepto de guarda y custodia compartida en Guatemala?

2. ¿Dentro del ejercicio de su profesión, en casos de divorcio o separación se ha solicitado una guarda y custodia compartida? Si/no porque

3. ¿Considera una opción beneficiosa para los niños y niñas, una guarda y custodia compartida, luego de una separación o divorcio? Si/no porque

4. ¿En caso de que los conyugues soliciten la guarda y custodia compartida, cuáles serían los beneficios legales más importantes para el niño/ña y adolescente?

5. ¿Qué tipo de leyes guatemaltecas e internacionales ampararían estos beneficios?

6. ¿Cuál es su crítica a la legislación guatemalteca en relación al tema de la guarda y custodia compartida?

7. ¿Qué leyes en materia de guarda y custodia se necesitaría reformar o crear un proyecto ley?

8. ¿Me puede mencionar que derechos deben ser respetados cuando los padres deciden compartir la guarda y custodia y porque los considera prioridad para poder hacerlos posible?

9.¿Desde el punto profesional que medios y medidas puede utilizar para asegurarse que la guarda y custodia compartida sea una buena opción para el niño, niña y adolescente?

10.¿En su opinión nuestra legislación está garantizando la protección del niños, niña y adolescente, en caso que se comparta la guarda y custodia, y si no fuere el caso que considera que se necesite para poder hacerlo o reforzarlo?

11.¿Qué medidas jurídicas se aplicarían cuando se incumplen lo establecido para los padres cuando se comparte la guarda y custodia?

12.¿Forma en que la legislación guatemalteca en comparación con la española regula la guarda y custodia del niño, niña y adolescente en una sentencia de divorcio.

13.¿Dentro de nuestra legislación considera que existe una figura jurídica de guarda y custodia compartida?

14.¿Qué puntos considera necesarios en un proyecto de convenio de separación o divorcio, de común acuerdo y en la que desdican compartir la guarda y custodia?

15.¿Cómo evalúa usted la vigencia y positividad de la ley guatemalteca para dictaminar la guarda y custodia compartida?

16.¿Qué instituciones de carácter jurídico y social existe en Guatemala para hacer positiva la guarda y custodia compartida?

17.¿Qué conveniencia tiene la guarda y custodia del niño, niña y adolescente, para los hijos/as, madre y padre?

**TEMA: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.
DERECHO COMPARADO.**

Entrevista a Juez

1. ¿Desde su práctica profesional cual es el concepto de guarda y custodia compartida en Guatemala?
2. ¿Dentro del ejercicio de su profesión, en casos de divorcio o separación se ha solicitado una guarda y custodia compartida? Si/No por qué.
3. ¿Considera una opción beneficiosa para los niños, niñas y adolescentes, que sus progenitores compartan su guarda y custodia, luego de una separación o divorcio? Si/No por qué.
4. ¿En caso de que los cónyuges soliciten la guarda y custodia compartida, cuáles serían los beneficios legales más importantes para el niño/ña y adolescente?
5. ¿Qué aspectos legales considera necesarios colocar en una solicitud de guarda y custodia compartida para que resulte beneficiosos para el niño, niña y adolescente?
6. ¿Qué mecanismos utilizan los juzgados de familia para dar seguimiento a un caso en el que se solicite la guarda y custodia compartida de los hijos/as?
7. ¿Dentro de una solicitud para poder compartir la guarda y custodia que aspectos deben ser tomados en cuenta en relación a los padres respecto al resguardo de la integridad de los niños, niña y adolescentes?
8. ¿Qué aspectos son importante para dictaminar la positividad o negatividad para un caso de guarda y custodia compartida?

9. ¿Cómo juzga hay aspectos que deben tener seguimiento si se da una guarda y custodia compartida? Si/No Por qué.

10. ¿Tiene algún conocimiento respecto a la regulación legal de la guarda y custodia compartida en la legislación española? Si/No, por qué.

11. ¿Cómo figura la guarda y custodia compartida en nuestra legislación?

12. ¿Cuáles son las formalidades jurídicas que facilitan un dictamen de conveniencia de la guarda y custodia compartida?

13. ¿Cómo se configura la institucionalidad de la guarda y custodia compartida en Guatemala?

14. ¿Qué papel juegan los juzgados de familia en la institucionalidad de la guarda y custodia compartida?

15. ¿Qué puntos considera necesarios en un proyecto de convenio de separación o divorcio, de común acuerdo y en la que desdican compartir la guarda y custodia?

16. ¿Qué conveniencia tiene la guarda y custodia compartida de los hijos/as, tanto para ellos como para el padre y la madre?

**TEMA: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.
DERECHO COMPARADO.**

Entrevista a Trabajadora Social

- 1.¿Desde su práctica profesional cual es el concepto de guarda y custodia compartida?
.
- 2.¿Cómo trabajadora social cuál es el concepto que utiliza para analizar la estructura de poder dentro de una familia?
- 3.¿Qué normas de convivencia deben asumir los progenitores cuando deciden compartir la guarda y custodia del niño/ña y adolescente?
- 4.¿Por qué es importante para un trabajador social analizar si el niño/ña y adolescente al momento de se otorgue una guarda y custodia compartida se les asegure el resguardo físico, sexual, socioeconómico y psicosocial?
- 5.¿Qué aspectos debe tomar en cuenta cuando se le solicita un estudio para constatar que el padre y la madre son aptos para poseer la guarda y custodia del niño, niña y adolescente, que den consistencia al orden jurídico?
- 6.¿Qué aspectos recomendaría usted para dar seguimiento a un caso de guarda y custodia compartida?
- 7.¿Cómo debe ser manejado un caso de guarda y custodia compartida para que legamente se sigan las recomendaciones del trabajador?
- 8.¿Qué conveniencia tiene la guarda y custodia del niño, niña y adolescente, para los hijos/as, madre y padre? Y si usted la recomendaría. Si/no porque

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. DERECHO COMPARADO.

Entrevista a Antropóloga

1. ¿Qué tipo de creencias y prácticas religiosas, económicas, sociales, usos y costumbres debe enfrentar un niño, niña y adolescente cuando el modelo de familia cambia a consecuencia de un divorcio o separación y se comparte la guarda y custodia?

2. ¿Qué aspectos desde su disciplina toma usted en cuenta para fundamentar un dictamen jurídico que establezca la conveniencia de la guarda y custodia compartida del niño, niña y adolescente?

3. ¿Cómo puede dañar la identidad sociocultural niño, niña y adolescente, cuando se comparte su guarda y custodia?

4. ¿Cómo poder garantizar la integridad identitaria de los niños, niña y adolescentes cuando se comparte la guarda y custodia para que no le resulta confusa la situación en relación a creencias, prácticas y cultos?

5. ¿Qué conveniencia tiene la guarda y custodia del niño, niña y adolescente, para los hijos/as, madre y padre?