

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

LA EJECUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LOS ASPECTOS NO
ECONÓMICOS. ESTUDIO DE CASOS
TESIS DE GRADO

MARÍA PAOLA DELLACHIessa CASTELLANOS
CARNET 15100-09

QUETZALTENANGO, ABRIL DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

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

LA EJECUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LOS ASPECTOS NO
ECONÓMICOS. ESTUDIO DE CASOS

TESIS DE GRADO

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

POR

MARÍA PAOLA DELLACHIESSA CASTELLANOS

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, ABRIL DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANO: MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. FRANCISCO MESA DAVILA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. ESTUARDO DAVID RODAS THOMAS

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

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

SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

Señores
Consejo de Facultad
Presente

Por este medio tengo a bien formular DICTAMEN FAVORABLE de ASESORIA al proyecto de Tesis denominado "LA EJECUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LOS ASPECTOS NO ECONÓMICOS. ESTUDIO DE CASOS" elaborado por el estudiante **MARÍA PAOLA DELLACHIESSA CASTELLANOS**, número de carnet **1510009**, cumpliendo el nombramiento que su oportunidad se me efectuara, por lo que recomiendo continúe su tramitación.

Sin otro particular,

Francisco Mesa Davila

Lic. Francisco Mesa Davila
Asesor de Tesis

c.c. archivo.



**Universidad
Rafael Landívar**
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07531-2015

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante MARÍA PAOLA DELLACHIESSA CASTELLANOS, Carnet 15100-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07162-2015 de fecha 25 de marzo de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

**LA EJECUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LOS ASPECTOS
NO ECONÓMICOS. ESTUDIO DE CASOS**

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 7 días del mes de abril del año 2015.



MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Agradecimientos:

Al más especial de todos. A ti señor porque hiciste realidad mi sueño, por todo el amor con el que me rodeas y porque me tienes en tus manos. Esta tesis es para ti.

A mi Papá: gracias por creer en mí, gracias por ser parte de un logro más en mi vida, gracias por ser un pilar fundamental en mi vida.

A mi Mamá: Gracias por todo tu apoyo, tu esfuerzo y tu confianza, gracias por ser parte en este escalón de mi vida.

A mi Gran Hermano: Porque los dos hemos sido capaz de lograr nuestros sueños y metas.

A mi Familia Y Amigos: A todas gracias por confiar en mi persona, a todos sin excluir a ninguno.

A la Universidad Rafael Landívar: Por haberme permitido ser parte de esta gloriosa universidad y facultad; en especial a la Licenciada Astrid Díaz (coordinación) y a biblioteca por su apoyo incondicional (Don Carlos).

Y a las demás personas especiales que quisiera agradecer su amistad, apoyo, ánimo y compañía en las diferentes etapas de mi vida, a las que están presentes y a las que están en mis recuerdos. Sin importar si alguna vez llegan a leer estas dedicatorias, quiero darles gracias por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

Dedicatoria:

A Dios: por ser mi creador, quien me da la fuerza para seguir adelante cuando decaigo, mi guía y quien me llena de bendiciones cada día, gracias por permitirme cumplir cada una de mis metas.

A mis Padres: Marco Dellachiessa y Mirna Castellanos, por ser los motores principales en mi vida, por ser los que me impulsaron a seguir adelante, gracias a ustedes logro subir un escalón más en mi vida profesional.

A mi Hermano: André Dellachiessa por ser la persona y compañero de estudio que siempre ha estado a mi lado, por ser mi apoyo y por compartir este logro juntos; sos importante en mi vida.

A mi Familia: en especial a mi abuela Carmen por estar al pendiente, por compartir buenos y malos momentos, así por su afecto y ánimo cuando lo necesito; a mi prima Gabriela Cabrera por confiar siempre en mí y apoyarme.

A mis Amigos: a los incondicionales que siempre estuvieron a mi lado y siempre creyeron en mí; en especial a un amigo que siempre me ha brindado su confianza y apoyo Wilson Chávez.

A los Licenciados: al amigo Licenciado Jaime Escobar por ser un apoyo importante en mi tesis y al Licenciado Francisco Meza.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
DERECHO DE FAMILIA.....	4
1.1. Origen de la Familia.....	4
1.2. Definición y Contenido del Derecho de Familia.....	5
1.3. División Doctrinaria del Derecho de Familia.....	10
1.4. Principios del Derecho de Familia.....	12
CAPÍTULO II.....	15
EL MATRIMONIO, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.....	15
2.1. Concepto, Naturaleza y Características del Matrimonio.....	15
2.2. Regulación del Matrimonio en el Derecho Civil Guatemalteco.....	17
2.3. Separación y Divorcio.....	23
CAPÍTULO III.....	31
ASPECTOS NO PATRIMONIALES EN LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO	
DERECHOS DE GUARDA, CUSTODIA Y VISITA.....	31
3.1. Aspectos Conceptuales de los Derechos de Guarda y Custodia de los Hijos.....	31
3.2. Formas de Ejercicio de los Derechos de Guarda, Custodia y Visita.....	37
3.3. Obligaciones Resultadas de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	39
CAPÍTULO IV.....	42
ANÁLISIS, PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	42
4.1. Presentación de los Casos.....	42
4.2. Discusión de Resultados.....	78

CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	86
REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	87
ANEXO: CUADRO DE COTEJO.....	92

Resumen

La presente tesis titulada “La Ejecución de los convenios de separación y divorcio en los aspectos no económicos” aborda un tema de vital importancia para los administradores de justicia, sujetos procesales y la sociedad en general, puesto que es un tema de Familia básicamente enfocada en los menores de edad; con la finalidad de conocer a profundidad todos los principios que de este surjan, los cuales estén relacionados con las ejecuciones dictadas en materia civil por el Juez de Familia guiándose con lo establecido en la legislación que lo fundamenta. En Guatemala se ven los fines del matrimonio abruptamente interrumpidos cuando se produce una separación y divorcio entre los cónyuges, sin embargo, en el caso de haber procreado hijos, subsisten obligaciones civiles de tipo personal (no solo económicas) relativas al ejercicio de la patria potestad, que en esta ocasión, deben ser compatibilizadas con la circunstancia de la desintegración del núcleo familiar, y la asignación de la guarda y custodia de los menores a uno de los progenitores y la determinación de un régimen de visitas, de derecho de información y toma de decisiones sobre la vida del menor hijo estableciéndose la misma con base legal en su cuerpo normativo. (Código Civil Artículos 163 a 167). En el desarrollo de este estudio se optó por la modalidad de estudio de casos, trazándose como objetivos establecer el procedimiento técnico de la administración de justicia, para así poder analizar la normativa jurídica y determinar los efectos que posee el sistema de justicia comparándolo con casos de la actualidad.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país no se establece un cuerpo normativo que hable específicamente del Derecho de Familia, por el cual se deriva de los conceptos establecidos en el código civil guatemalteco, decreto número 106 del Congreso de la República donde se establece claramente en el artículo 153 el tema de separación y divorcio, la que indica en su parte conducente en su artículo 163 los incisos de los convenios que se regirán de las mismas. En las relaciones sociales familiares los ex cónyuges deberán llegar a acuerdos o convenios (no económicos) específicos sobre la forma en la que ejercerán la patria potestad y sus derechos personales sobre los hijos, considerando el principio del interés superior del niño, y los propios intereses; en donde surgirán el problema de encontrar la forma de ejecutar las obligaciones personalísimas que los ex cónyuges han adoptado, todo esto en intereses superior del niño, puesto que las normas civiles y las de la Ley de tribunales de Familia, finalmente realizan una remisión a las ejecuciones especiales del Código Procesal Civil y Mercantil, quedando abierta siempre la vía penal, por desobediencia, pero que re victimiza al menor en todo momento.

El trabajo de investigación es un estudio de casos jurídicos, puesto que el tema de separación y divorcio es un de suma importancia ya que de la misma surgen los intereses sociales de los menores de edad; tema que no ha sido tratado o regulado en su amplitud por la legislación y la doctrina.

Los objetivos que se persiguen con el presente trabajo de tesis son: a) Investigar los principios que nazcan del Derecho de Familia. b) Investigar los antecedentes del Derecho Civil, específicamente en tema de separación y divorcio. c) Analizar en los expedientes el motivo de la separación y divorcio en materia civil, y los convenios que se propone. Determinar qué efectos han tenido los informes de las sentencias dictas en los convenios de aspectos no económicos (Separación y divorcio) realizadas en los juzgados de sentencia de Familia del departamento de Quetzaltenango. d) Elaborar un cuadro comparativo donde se exponga la regulación

legal de la separación y divorcio (aspectos no económicos) con un caso concreto que muestre la realidad de la misma. e) Indagar lo relacionado a los convenios que se adoptan en el tema de separación y divorcio en aspecto no económicos, teniendo acceso a este tipo de procesos, con la finalidad de conocer a profundidad los principios relacionados a estas ejecuciones de materia civil.

Los alcances de la investigación son amplios, puesto que se pretende ser un medio auxiliar de la legislación guatemalteca que regula el Derecho de Familia sobre los temas de separación y divorcio, para coadyuvar al conocimiento del procedimiento correcto que debe ejecutarse en las mismas, se realizó un estudio de casos de nivel nacional.

El aporte que se pretende dar con la presente investigación es, ser una fuente de bibliografía que colabore con los administradores de justicia para dar una mejor valoración a todas aquellas ejecuciones realizadas específicamente en la ciudad de Quetzaltenango, de convenios de separación y divorcio (en los aspectos no económicos) para un mejor interés social del niño; así mismo que pueda ser una fuente de referencia para cualquier estudiante o interesado que realice un estudio relacionado al presente tema.

Las unidades de análisis utilizadas principalmente para el presente trabajo de investigación han sido: La Constitución Política de la República de Guatemala; El código civil guatemalteco, decreto número 106 del Congreso de la República, así como todos los documentos, libros de texto, tesis y documentos electrónicos que fueron individualizados en el apartado de listado de referencias.

El instrumento utilizado en el presente trabajo de tesis fue un cuadro de cotejo, con el que se realiza una comparación entre lo que la ley regula en cuanto a las ejecución de convenios de la separación y divorcio de los aspectos no económicos y lo que en un caso concreto se lleva a cabo.

Esta investigación tiene la finalidad de conducir al lector al conocimiento de varios aspectos importantes que se relacionan con el tema y que en la actualidad no se manejan por falta de conocimiento, y revalorizar la importancia del proceso de guarda y custodia conforme al debido proceso y el interés superior del niño.

CAPÍTULO I.

DERECHO DE FAMILIA

1.1. ORIGEN DE LA FAMILIA

1.1.1. Derecho Romano

La familia no presenta en el derecho romano los mismos rasgos o caracteres que en el derecho moderno. No se funda sobre el hecho natural de la unión de sexos, sino sobre un hecho político-económico: la manus o potestas, es decir el sometimiento de ciertas personas a una misma autoridad la del pater familias.

Claro que el concepto de la familia no ha sido siempre el mismo a través del sistema jurídico romano. En la última fase de la evolución de este derecho se encuentra ya un concepto de la familia coincidente con el que proporciona el derecho moderno.

Lo peculiar del Derecho romano, que sirve para definir a la familia, es la sumisión a un pater familias (expresión que equivale a cabeza libre no sometida a otra potestad). Familia agnaticia es pues, el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad. Son agnados todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad. El parentesco de sangre no basta para que haya agnación; es necesaria la situación de dependencia y subordinación. Así, la madre no es pariente agnaticia de los hijos a título de maternidad; lo es en tanto se haya sometida a la manus de marido. La agnación existe sin necesidad de parentesco de sangre.

La adopción y la conventio in manum, engendran la patria potestad y, por tanto, la agnación que se extiende a toda la parentela civil de nuevo agnado.

La familia, pues, constituye una verdadera comunidad domestica que podrá estar integrada por varias familias en su significado actual. Todos los descendientes

legítimos por línea de varón están sometidos a un mismo poder, formando una sola familia.

El primitivo Derecho Romano se asienta en la familia agnaticia pero paulatinamente la familia cognaticia abre brecha en el sistema jurídico romano, principalmente por obra del derecho pretorio, hasta imponerse plenamente en tiempos de Justiniano. A partir de entonces prevalece la familia cognaticia, y se da entrada al concepto moderno de familia.

El Derecho Romano antiguo además de la familia existe otro grupo superior que es la gens, estaba constituidos por varias familias ligadas por un antiguo vínculo de agnación, y se manifestaba en tener un nombre común, a falta de agnados, los gentiles eran llamados a la herencia y a la tutela legitima. La gens cayo pronto en desuso y en la época de Gayo era una institución meramente histórica, desprovista del valor práctico¹.

1.2. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA

Familia es el conjunto de personas de un mismo grado de consanguinidad, viviendo bajo un mismo techo, domicilio, punto donde realizan todas sus actividades de convivencia y desarrollando de todas las relaciones privadas que nacen propiamente de la unión entre hombre y mujer.

Para Puig Peña, la familia es aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total a los conyugues y sus descendiente, para que presidida por los lasos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida².

¹ AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. Derecho de Familia. 2da edición. Guatemala. Litografía Orión 2007. Págs. 1 a 3.

² PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil", Editorial Revista de Derecho Civil Privado, Madrid, 1957, t. II, vol.I, pág. 4.

El derecho de familia es inherente a la persona humana existiendo distintas formas para que de vida a este derecho, una de ellas formada por la unión un hombre y una mujer con ánimo de vivir juntos convivir en armonía toda la vida teniendo responsabilidades e igualdad de condición e y obligaciones reconocidas por el estado de Guatemala dando vida jurídica esta voluntad a través del matrimonio, y la unión de hecho extramarital otra forma reconocida por el Estado, el fin primordial es la permanencia por parte del hombre y la mujer siendo la filiación el vínculo que une a los padres e hijos, tomando en cuenta las instituciones como la adopción siendo estas formas para constituir el núcleo del derecho de familia.

Una de las características del derecho de familia es la existencia de patrones de vida, como formación de valores, de esta forma la legislación y sus normas protegen a la familia en todo ámbito tanto social como económico, garantizando calidad de vida.

Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de todas las sociedad política y jurídicamente organizada.

Adicionalmente pueden mencionarse como definiciones doctrinales de Derecho de Familia, las aportadas por Ferrara quien señala que "el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros", Rossel, para quien se trata de "vinculaciones jurídicas establecidas por ley -respecto de los individuos que han contraído matrimonio o se han conocido carnalmente, o que están unidos por parentesco", además López Díaz considera que "es el conjunto de normas que

regulan las relaciones familiares, principalmente entre esposos y entre padres e hijos, aunque también tiene en cuenta otras relaciones de parentesco³.

En cuanto a la ubicación sistemática del Derecho de familia esta disciplina pertenece al Derecho privado, ya que aunque existan normas de orden público, esto no implica que ingrese a la categoría de Derecho Público, sin perjuicio de ello, se ha afirmado que:

“El Derecho de Familia, aunque es una rama del derecho privado, ya que regula las relaciones comunes de los integrantes de ese núcleo denominado familia, reconoce ciertas particularidades en virtud del papel más restringido que tiene la autonomía de la voluntad. En tal sentido también participamos de la opinión según la cual el Derecho de Familia "se ha ido alejando, con el correr del tiempo, en forma paulatina del derecho privado, aproximándose notoriamente al derecho público, principalmente por la preocupación que han manifestado los Estados en su organización, estabilidad y constitución⁴".

La intervención pública de origen constitucional en la familia, es cada vez mayor, de ahí la tendencia doctrinaria a considerar la rama con tendencia publicistas.

No cabe duda que la familiar juega un papel muy importante, no solo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cumulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone en el artículo 25, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como su familia, la salud y el bienestar, así como también otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto, si bien

³ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, "Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia", Tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, Febrero de 2005, Pág. 15.

⁴ Ibid., Pág. 16.

esta referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, si pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social, que da como existente.

La importancia que en Guatemala se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las Constituciones promulgadas en 1945, 1956, y la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al estado emitir leyes y disposiciones que la protejan⁵.

El Estado de Guatemala protege y brinda seguridad a las persona y a la familia, vela por que se cumpla la seguridad jurídica y a la vez estableciendo normas que las amparen siendo la persona y la familia la base fundamental de una buena sociedad, ya que el artículo primero de la constitucional organiza el Estado sobre la base de la protección de la persona y a la familia; para así lograr el bien común.

De igual manera según el artículo 47 de la Constitución de la República de Guatemala, dispone una adecuada Protección a la familia su fin es garantizar bienestar social, económico y jurídico de la familia y sobre todo un bien común. Promoviendo una base legal sobre el matrimonio, regulada bajo igualdad de derecho entre cónyuges, velando una paternidad responsable.

Tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizás la mas importante, del derecho civil, ósea, como una parte del derecho privado. En todo el decurso de la evolución historia del derecho de familia, dice Puig Peña “siempre ha venido este situado entre las ramas fundamentales del derecho civil, formando, con los derechos reales, de crédito y de sucesiones. La cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho como poco

⁵ BRAÑAS, Alfonso, “Manual del Derecho Civil”, Octava Edición. Guatemala. Editorial Estudiantil Fenix, 2009 pags.117 y 118.

correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del derecho.”⁶

Antonio Cicu, tratadista italiano, fue quien en sus estudios para determinar el lugar que corresponde el derecho de familia, hizo una exposición sistemática de la materia. Aceptando que generalmente se la trata como una parte del derecho privado; disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho.

Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta, dice Cicu, de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin del derecho público, y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción; pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado en cuanto que no hay en ella si no esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones, temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan.

No obstante, Cicu es reacio en admitir que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. “Si el derecho público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público no porque no está sujeta, como los entes públicos a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al estado, una libertad y autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no están organizada como estos⁷”. Por tanto el derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que

⁶ PUIG PEÑA, Federico Op cit., pág. 14.

⁷ Cit., en ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil mexicano”, Antigua Librería Robredo, México, DF., 1959, Pág. 16 y 19.

respondiere a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público.

El derecho de familia ha sido objeto de contradicciones ya que por su parte muchos estudiosos del derecho lo han situado en la rama del derecho público o bien privado esta situación se da por las distintas situaciones de interés siendo estos poderes-funciones, mismos que no deberían de existir porque ambos derechos público y privado no sea logrado diferenciar con precisión la diferencia cardinal que versan sobre estos dos, bien ambos tutelan intereses generales y obligaciones irrenunciables, el derecho de familia no influye en las normas o estructura, funcionamiento del estado ni toda clase de relación que existe entre los particulares y el estado por tanto el derecho de familia va en caminado a interese familiares y a la protección de la familia.

En opinión de la autora de la presente tesis el Derecho de Familia se encuentra afectado por los cambios sociales que en relación a la familia, se vayan incorporando. Sin perjuicio de ello, la base jurídica se asienta en valores y principios axiológicos de un modelo occidental de sociedad, que deben ser interpretado en función de los principios constitucionales que se refieren a las relaciones sociales. En este caso, el Estado siempre tiene la obligación de procurar la tutela y la integridad del núcleo familiar y de sus integrantes.

1.3. DIVISIÓN DOCTRINARIA DEL DERECHO DE FAMILIA

Respecto a la división del derecho de familia, Gautama Fonseca señala que el Derecho de Familia, lo mismo que las disciplinas jurídicas, puede dividirse en Derecho de Familia Objetivo y Derecho de Familia Subjetivo.

En sentido objetivo se entiende por Derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. 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 los miembros.

El Derecho de familia Objetivo se divide a su vez en, Derecho de Familia Personal y Derecho de Familia Patrimonial el primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar, el segundo ordena todo lo concerniente al régimen económico de la familia, se divide también en derecho de familia en Derecho Matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de conyugues, y en Derecho de Parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio (afinidad), o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática dentro del Derecho de Familia.⁸

Puig peña expone: en el Derecho Familiar, igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y objetivo, será derecho familiar subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal a sus diversos miembros como emanados de la especial configuración que la familia tiene en el derecho. Derecho de Familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares. En el sentido objeto es corriente, entre los autores, dividirlo en derecho de familia puro o personal y Derecho patrimonial aplicado a los bienes familiares.

El primero regula los vínculos personales de la organización y se puede decir que es el propio derecho de familia, y en el que se dan además, como notas de relieve, los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifestó. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la regulación patrimonial aun que recibe la sustancia propia del grupo, parece se acerca más a las otras ramas del derecho civil. Por eso, tanto la antigua doctrina como algunos códigos y entre ellos el español, desglosando todo lo referente al derecho patrimonial para incluir dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando solo en el lugar propio del Derecho de Familia el puro o personal. En los modernos tiempos, sin embargo este sistema de ha censurado con justicia por los tratadistas, pues se dice. Con razón que rompe

⁸ FONSECA, Gautama, "Curso de derecho de familia ", Tegucigalpa, imprenta López Cía., s. f., pág. 14.

con la unidad de la doctrina disgregando las instituciones que deben estar unidas siguiendo esta orientación estudiaremos conjuntamente el Derecho de Familia, tanto el puro como el aplicado a los bienes.⁹

1.4. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Como otras ramas del Derecho, el Derecho de Familia se asienta sobre la base de la integración de una serie de principios o reglas jurídicas, que son propias de la organización del núcleo social en un determinado lugar y tiempo. Estas reglas tienen valor interpretativo, pero también integrativo de lagunas, y se han ido formando a lo largo de la historia reciente de la institución familiar, es decir, responde a la concepción de la familia, de cómo de ser las relaciones familiares, esencialmente en materia de derechos y obligaciones entre los parientes legales, por lo tanto, puede discutirse se tienen un origen iusnatural o iuspositivo, pero lo cierto es que las normas de Derecho de Familia, se caracterizan por los siguientes principios:

a) Restricción de la autonomía de la voluntad. En materia de la persona, y especialmente en Derecho de Familia, existen numerosas normas civiles no dispositivas, sino que más bien son de orden público, no negociables por los sujetos involucrados, derivadas de concepciones humanitarias de parentesco, y orientadas a la protección personal y económica del núcleo familiar.

b) Relativa mutabilidad o dinamismo. El Derecho de Familia es la rama del Derecho Civil que usualmente tiene modificaciones a lo largo de la Historia, puesto que la sociedad evoluciona en el sentido de liberalizar las relaciones de familia, de forma que el legislador debe encontrarse atento a los cambios sociales, y de ser generalizados responder y actualizar las normas jurídicas, especialmente cuando existen cambios en los paradigmas culturales, y siempre que de una reforma constitucional en materia de familia. Guatemala no ha sido la excepción en materia de igualdad de derechos entre cónyuges e hijos extramatrimoniales.

⁹ PUIG PEÑA Federico Op cit., pág. 25

c) Institucionalidad propia. El Derecho Familia dispone de instituciones o categorías jurídicas propias, tales como el matrimonio o la filiación, y dispone de estructuras o soluciones particulares que se apartan de las normas comunes civiles en materia de negocio jurídico (nulidad matrimonio), inclusive contratos (capitulaciones, convenios de separación o divorcio, constitución del patrimonio de familia, autorizaciones judiciales para contratos con menores). Como reflexiona LÓPEZ DIAZ, “Repugna al sentido común y a un elemental criterio sujetar las relaciones familiares a las propias de carácter eminentemente patrimonial del Derecho Civil¹⁰”. Sin perjuicio de ello, las relaciones de familia generan efectos jurídicos-patrimoniales, cuyas reglas o normas reguladoras también responden a criterios de protección de la parte más débil, y todo acto de familia, por definición es solemne, de modo que de no respetarse las formalidades o solemnidades legales no nace a la vida jurídica. De la misma forma la coerción en materia de familia, por incumplimiento de obligaciones es relativa, por el carácter moral-ético de las normas, cumplimiento personal y lo personalísimo de los derechos de familia¹¹.

d) Principio de construcción judeocristiana de la familia. Sobre la base del matrimonio monogámico se asientan el resto de instituciones del Derecho de Familia, tal como el estado civil, la filiación, la patria potestad, pero también los deberes morales derivados de la filiación no matrimonial.

e) Principio de la protección. Los incapaces, los menores de edad, son personas que requieren de la protección jurídica del Derecho, la cual alcanza tanto a sus personas como a sus patrimonios, de forma que la ley dispone de los medios necesarios para tal efecto, la justificación es que no tienen medios para defenderse por sí mismos.

f) Principio de igualdad de hijos. Se trata de un principio constitucional general pero que se aplica particularmente a los hijos, tanto desde la perspectiva de la filiación

¹⁰ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, Op. Cit., Pág. 23.

¹¹ Ibid., Pág. 25.

como de las características que estos tengan, tanto en materia de trato, nombre, derecho de alimentos, derechos hereditarios¹².

g) Principio del interés superior del menor. Que posteriormente será estudiado con mayor detalle e incorporado en el Derecho Nacional a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que se aplica en materia de toda decisión judicial o administrativa que afecte a la persona y patrimonio del menor.

e) Principio de la verdadera identidad. Todo menor tiene derecho a saber respecto de sus verdaderos orígenes y a poder siempre determinar cuál es su verdadera filiación.

f) Principio del estado civil como fuente esencial. De forma que el Derecho de Familia es la que primariamente dota de seguridad jurídica al resto de relaciones derivadas. Así se menciona que “el Derecho de Familia el factor decisivo es el estado civil, pues será éste el que determine todo el estatuto jurídico de un sujeto en sus relaciones sociales, cuando éstas provengan de sus relaciones de familia¹³”.

En relación a la información anterior se concluyen las importantes limitaciones que la autonomía de la voluntad tiene en materia de Derecho de Familia, y siendo el familia como el principal hecho en el cual el estado civil de las personas se desarrolla, pues del mismo deriva todo el régimen jurídico de derechos y obligaciones entre sus miembros. Además, la doctrina y la evolución social moderna ha incorporado el principio del interés superior del niño (y su protección) en las relaciones de familia. Debe entenderse que ningún principio es superior a otro y que conforme a la teoría constitucionalista deberá realizarse un juicio de ponderación en cuanto en el caso concreto debe prevalecer alguno sobre los otros.

¹² Ibid., Pág. 29.

¹³ Ibid., Pág. 31.

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

2.1. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

PUIG PEÑA citado por el autor Alfonso BRAÑAS explica que “la palabra matrimonio (y la latina matrimonium de las voces matris y munium) (madre y carga o gravamen) que significa que el matrimonio se refiere carga, el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos”.¹⁴

AGUILAR GUERRA lo define como una institución fundamental que forma parte del derecho de familia, en el derecho civil guatemalteco entendido como acto solemne por medio del cual se constituye la unidad de vida de un hombre y una mujer de forma legal con el propósito de permanecer juntos¹⁵.

BRAÑAS expone que, por lo que existen diferentes criterios para poder determinar la naturaleza jurídica del matrimonio¹⁶:

- a) Contrato. Se trata de un contrato civil especialísimo en el cual es importante el consentimiento y el disenso para terminarlo, con lo que se acepta la figura del divorcio por mutuo consentimiento como negocio jurídico que válidamente disuelve el vínculo contractual¹⁷. PUIG PEÑA critica que en el matrimonio surgen obligaciones morales y personales que no pueden tratarse contractualmente. ESPÍN CÁNOVAS afirma las partes no pueden rescindir bilateralmente el matrimonio¹⁸. BARRIOS PÉREZ además señala que se requiere de un

¹⁴ BRAÑAS, Alfonso, “Manual de Derecho Civil”, Editorial Estudiantil Fénix., Guatemala, 1998, Pág. 110.

¹⁵ AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman, “Derecho de Familia”, Guatemala, litografía Orión, 2007. Pág. 55

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas. Familia”, vol. I., Editorial Porrúa, México, D.F., 1986, p. 289 menciona que se considera como institución, acto jurídico condicionado, acto jurídico mixto, contrato ordinario, contrato de adhesión, estado jurídico y acto del poder estatal.

¹⁷ Ibid., Pág. 126

¹⁸ Ibid. Pág. 127

funcionario público para autorizar el matrimonio, por lo que no existe libertad contractual absoluta¹⁹.

b) Acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo. El matrimonio es un acto mixto (privado-público) ya que se encuentra constituido por el consentimiento de los consortes y también por la intervención del funcionario público autorizado por la ley para celebrarlo con validez²⁰.

c) Institución. ROJINA VILLEGAS opina que el matrimonio constituye una verdadera institución, ya que el ordenamiento jurídico regula con precisión el régimen de vida, derechos y obligaciones para los consortes²¹.

Como caracteres básicos del matrimonio se aceptan doctrinalmente:

a) Institución Social: regulada por el Estado con certeza y seguridad jurídica a los cónyuges.

b) La unidad, que implica animo de permanencia y duración, lo que excluye la poligamia o poliandria y el matrimonio a plazo determinado o bajo condición resolutoria.

c) La heterosexualidad, el matrimonio se acepta en Guatemala entre personas de diferente sexo.

d) El auxilio recíproco entre cónyuges: Como asistencia material o económica y otro que es el auxilio como ayuda moral, de apoyo, atención y auxilio espiritual.

d) Disolubilidad por Divorcio: Voluntario o causal²².

¹⁹ BARRIOS PÉREZ, María Alejandra, "Naturaleza jurídica del matrimonio", Universidad Panamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, Programa de Actualización y Cierre Académico, Tesis de Licenciatura, Guatemala, diciembre 2011, pp. 12 y ss.

²⁰ AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. *Op. Cit.* Pág. 61

²¹ Cit. en BRANAS, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 129.

²² El Decreto Número 27-2010, del Congreso de la República, de Reformas al Código Civil y al Código Penal, relativas al matrimonio, divorcio y presunción de paternidad, menciona en su Considerando primero que "con el presente decreto se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia dependen de la voluntad constante de ambos... bastando la voluntariedad de una de las partes para iniciar el trámite de separación o divorcio, pues la causa determinante no es más que el fin del consentimiento expresado, permitiendo así reducir la tensión y, consecuentemente, la conflictividad, contribuyendo a la armonía y tolerancia social".

f) Carácter personalísimo, ejercicio formal y derecho constitucional, no es un deber u obligación, acorde con la libre prestación del consentimiento matrimonial. Tampoco es obligatorio permanecer.

g) Es un acto solemne, que significa que se debe cumplir con solemnidades formales para su celebración o disolución.²³

Se concluye que la naturaleza del matrimonio es inseparable de la noción de la familia. Es decir, el matrimonio da lugar a una familia, y constituye el eje central a partir del cual se instituyen y desarrollan el resto de relaciones dentro de la familia, bien entre los cónyuges, la relación paterno-filial, la relación entre el resto de miembros de la familia. En ese sentido, y por su complejidad organizativa, se considera al matrimonio como una institución social.

2.2. REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO

El matrimonio civil en Guatemala es una institución social por la cual un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanecer y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí (Artículo 78 del Código Civil). Conforme al artículo 79 del Código Civil el matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige el Código para su validez. El derecho a contraer matrimonio es de rango constitucional, ya que se encuentra reconocido por el artículo 49 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Según el artículo 81 del Código Civil: la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio²⁴, sin embargo, también pueden contraerlo: el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que se tenga la autorización que son determinados en los artículos siguientes: La autorización deberá ser otorgada conjuntamente el padre y la madre, o quien ejerza la patria potestad de los menores. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o la madre adoptante. A falta de

²³ AGUILAR GUERRA, V.O., *Op. Cit.* Pág. 57.

²⁴ MADRAZO MAZARIEGOS, Sergio, MADRAZO MAZARIEGOS, Danilo, "Compendio de Derecho Civil y Procesal", Magna Terra Editores, 1ª edición, Guatemala, Abril de 2003, pág. 52, se refieren a la capacidad como la primera condición necesaria para la validez del matrimonio.

los padres la autorización deberá darla el tutor (Artículos 82 y 83 del Código Civil). Si no se logra tener la autorización de ambos del padres, ya sea por caso de ausencia, enfermedad u otro motivo, bastara la autorización de uno solo de ellos; y en caso de que ninguno de ellos pueda dar la dicha autorización esta la podrá dar el juez de primera Instancia del domicilio del menor (Artículo 83 del Código Civil).

Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio y por lo tanto el matrimonio celebrado es insubsistente (nulo, inexistente):

1. Los parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral los hermanos y medios hermanos. (Artículos 88, 191 y 195 del Código Civil).
2. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad. Este parentesco de afinidad es aquel vinculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos.
3. Las personas casadas: y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras que no haya sido disuelto legalmente esa unión.

Los casos en que no puede ser autorizado el matrimonio se encuentran regulados en el artículo 89 del Código Civil guatemalteco:

1. Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor²⁵.
2. Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.
3. No podrá autorizarse el matrimonio de la mujer sin que antes transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se haya declarado nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno. En el caso que no haya

²⁵ DIEZ PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 245 ya que se encuentra sujeto a patria potestad.

sido declarado por impotencia la mujer debe esperar el plazo establecido para que no existan luego conflictos para declarar la paternidad.

4. Del tutor y del protutor o de sus descendientes es decir que ni hijos ni nietos podrán contraer matrimonio con la persona que se encuentra bajo la tutela o protutela del tutor o protutela mientras dure la tutela o protutela, con la persona que esté bajo su tutela o protutela.

5. Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración. Se podrá autorizar el matrimonio de estos siempre y cuando ya no exista administración de bienes que los una de la persona tutelada con su protutor o tutor.

6. Del que teniendo hijos menores de edad bajo su patria potestad, no haga el inventario judicial respectivo de los bienes que le pertenecen a dichos menores, ni garantizare su manejo, al menos que la administración de dichos bienes pasen a administración de otra persona; y

7. Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.²⁶ Tiene calidad de ilícito el matrimonio que se realice de las formas enunciadas anteriormente ya que no es permitido ni moral ni legalmente.

Si a pesar de lo que se establece en el artículo anterior se celebrare el matrimonio, éste será válido, pero tanto el funcionario como las personas culpables de la infracción son responsables conforme con la ley y las personas a que se refieren los Incisos 4º y 5º, perderán la administración de los bienes de los menores, y no podrán sucederles por intestado esto se encuentra regulado en el artículo 90 del Código civil. El matrimonio podrá ser autorizado por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, por notario hábil legalmente para el ejercicio de su y por el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad de hacerlo (Artículo 92 del Código Civil y el artículo 49 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

La ley exige una forma solemne, la cual es que se deje constancia de la celebración del matrimonio y del otorgamiento del consentimiento de los contrayentes, además

²⁶Reformado por el Artículo 6 del Decreto Ley Número 218 del Jefe del Gobierno de la República.

de la verificación de los requerimientos internos en un acta, la cual puede ser notarial, municipal o inclusive redactada por el ministro de culto autorizado (Artículo 93 del Código Civil).

Dentro del transcurso de los quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, el alcalde que haya autorizado el matrimonio deberá enviar al Registro Civil que corresponda, copia certificada del acta, y los notarios y ministros de los cultos aviso circunstanciado (art. 102 del Código Civil²⁷). La falta de cumplimiento de esta obligación será sancionada, en cada caso, con multa de uno a cinco quetzales, que impondrá el juez local a favor de la municipalidad. El aviso circunstanciado debe ser enviado al Registro Civil de las Personas que corresponda esto según lo regulado en los artículos 67 y 70 literal b) de la ley del RENAP y así de igual manera los artículos 16 y 17 del Reglamento de inscripciones del Registro Civil de las Personas, Acuerdo del Directorio del RENAP No. 176-2008, dispone como requisitos para la inscripción del matrimonio los siguientes:

<p>NOTARIALES O DE MINISTRO DE CULTO</p>	<p><input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Aviso Circunstanciado, en original y copia.</p> <p><input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Debe consignarse en el aviso, si se celebraron o no capitulaciones matrimoniales y si fuera el caso, identificar el documento en el cual se celebraron.</p> <p><input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> En caso de matrimonio de menores de edad, debe consignarse el tipo de autorización obtenida para la celebración del acto.</p>
<p>MUNICIPAL</p>	<p><input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Aviso Circunstanciado del Encargado de Matrimonios Municipales.</p> <p><input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Copia certificada del Acta de Matrimonio.</p>
<p>CONSULAR POR LA VÍA DIRECTA</p>	<p>Formulario remitido por Servicios Consulares del Ministerio de</p>

²⁷ Según la Ley del RENAP, se debe dar aviso al Registro Civil de las Personas del lugar de nacimiento de los contrayentes para la anotación aludida, en virtud de la sustitución de la Cédula de Vecindad por el Documento Personal de Identificación –DPI-, v. artículos 67 y 70 literal b) de la Ley del RENAP, y artículos 16 y 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro Civil de las Personas, Acuerdo del Directorio del RENAP No. 176-2008.

	Relaciones Exteriores.
CONSULARES POR LA VÍA NOTARIAL	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Testimonio del Acta de Protocolación del matrimonio celebrado en el extranjero con sus pases de Ley. <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Duplicado debidamente numerado, firmado y sellado.

A criterio de la autora la formalidad del matrimonio es una cuestión esencialmente vinculada al carácter de institución social, especialmente regulada por el derecho, sujeta a normas de orden público, y que dispone tanto en su nacimiento, desarrollo y extinción el conjunto de derechos y obligaciones que los cónyuges asumen, y especialmente las obligaciones para con los hijos.

Estos derechos y obligaciones se encuentran regulados en los artículos 108 a 115 del Código Civil guatemalteco. Según el autor AGUILAR GUERRA estos deberes mutuos son:

- a. El deber de ayuda y socorro mutuo (Artículo 78 y 283 del Código Civil).
- b. El deber de respeto. Toda conducta injuriosa y vejatoria puede ser causal de separación o divorcio (Artículo 155 del Código Civil).
- c. El deber de la fidelidad. También causal de separación o divorcio (Artículo 155 del Código Civil).
- d. Fijar y residir en el domicilio conyugal.
- c. La actuación en interés de la familia.²⁸

Las capitulaciones matrimoniales son un contrato o un negocio jurídico que tiene como finalidad determinar ex voluntate el régimen económico que regirá el matrimonio por lo que los contrayentes estipulan las reglas que regirá el matrimonio.²⁹ Al respecto, MARTÍNEZ CARRILLO estima que:

“El gran problema de las capitulaciones matrimoniales estriba en su naturaleza jurídica, en países que son consideradas contratos accesorios al matrimonio, el patrimonio conyugal adquiere una verdadera protección, mientras que en países

²⁸ Op. Cit. AGUILAR GUERRA, V.O.,. Pág. 84.

²⁹ *Ibid.* Pág. 136

como Guatemala que su naturaleza jurídica descansa en la institucionalidad del matrimonio al considerársele un pacto de familia, donde su fuerza jurídica se limita a responder por los daños que cause el legítimo propietario en perjuicio del patrimonio conyugal³⁰.

El Artículo 121 del Código Civil dispone el contenido de las capitulaciones matrimoniales:

1. Se debe detallar cada uno de los bienes que posea cada uno de los cónyuges al contraer matrimonio.
2. Hacer la declaración del monto total de las deudas de cada uno de los contrayentes;
3. Debe expresar que régimen adoptaran contrayentes si adoptaran el régimen de comunidad absoluta, el de separación absoluta, o el de comunidad de gananciales; o con las modalidades y condiciones a que quieran sujetarlo.³¹

El Artículo 139 del Código Civil estipula las causas por las que termina la comunidad de bienes:

1. Por la disolución del matrimonio;
2. Por separación de bienes; y
3. Por ser condenado en sentencia judicial firme alguno de los cónyuges por delito cometido en contra del otro.

Al estar concluida la comunidad de bienes, se puede proceder a la liquidación del patrimonio conyugal de acuerdo al régimen económico elegido por los contrayentes. Con base en la información anterior, se estima que es recomendable el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, especialmente cuando alguno de los contrayentes cuenta con bienes propios antes del matrimonio, y además no es correcto observarlas como un simple contrario accesorio al pacto matrimoniales, puesto que la relación matrimonial por su complejidad también se refiere a los aspectos patrimoniales, tan esenciales para la marcha de una familia.

³⁰ Ibid., p. 46.

³¹ Reformado el inciso 1 por el Artículo 7 del Decreto Ley Número 218 del Jefe del Gobierno de la República.

2.3. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

La palabra "divorcio" proviene del romano *divertere*, y que significa separación (se decía: "*divorsum per diversum*", que significa "cada uno para su lado"³²).

El Derecho Civil guatemalteco admite la disolución del matrimonio por divorcio y regula la separación. Permitiendo que tanto la separación como el divorcio se declaren por mutuo acuerdo de los cónyuges o por causalmente, es decir, por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada (art. 154 del Código Civil), siendo causas comunes para obtener la separación o el divorcio (art. 155 del Código Civil):

- 1o. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- 2°. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común;
- 3o. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- 4o. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
- 5o. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- 6o. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
- 7o. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
- 8o. La disipación de la hacienda doméstica;
- 9o. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

³² LÓPEZ DÍAZ, Carlos, Op. Cit. Pág. 248.

10. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
11. La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión;
12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y
15. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

Son efectos civiles comunes de la separación y del divorcio, los siguientes (art. 159 del Código Civil):

- 1o. La liquidación del patrimonio conyugal;
- 2o. El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso; y
- 3o. La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.

Y son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes (art. 160 del Código Civil):

- 1". El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y 2°.
El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

Es efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio (art. 161 del Código Civil).

Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes (art. 163 del Código Civil):

- 1o. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio;
- 2o. 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;
- 3o. Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y
- 4o. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

Se entiende por separación la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, unilateral (separación de hecho), por mutuo acuerdo (después de un año de celebración del matrimonio, solicitada judicialmente) o por decisión judicial (cuando incurre alguno de los cónyuges en una causal legal de separación)³³. La separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, salvo los lógicos de los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden, termina la sociedad conyugal, pero no altera la filiación ni los deberes y responsabilidades de los padres separados para con sus hijos, pudiendo el juez debe adoptar todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres, sin que se extinga la patria potestad, únicamente se altera el derecho de crianza, guarda y custodia, y visita hacia los hijos³⁴.

El divorcio, si implica la ruptura del vínculo jurídico-conyugal, dejando a los cónyuges en libertad de contraer nuevas nupcias³⁵. El divorcio siempre es declarado

³³ CRUZ DIAZ, Celia Patricia, "Matrimonio, divorcio y sus efectos en la sociedad guatemalteca como análisis crítico", Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Octubre de 2011, Pág. 37.

³⁴ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, Op. Cit., Pág. 206. Y 248.

³⁵ ACUÑA JERONIMO, Kattyna Elizabeth, "Análisis del matrimonio y la importancia de que el divorcio por mutuo acuerdo pueda hacerse constar en jurisdicción voluntaria", Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de

judicialmente a petición de uno (causal, contencioso) o de ambos esposos (mutuo consentimiento).

Varias teorías explican el divorcio. La teoría racionalista, expone que la disolución del matrimonio es de orden natural, derivado de factores genéticos, psicológicos, culturales y sociales, enfermedad. Además, se justifica la disolución como una elección racional en busca de la felicidad. Históricamente, todos los pueblos y sociedades lo han admitido bajo ciertas circunstancias. Para la teoría legal, el matrimonio es un simple contrato que puede rescindirse por mutuo consentimiento. La teoría social explica que la simple separación conduce a resultados más insatisfactorios (concubinato adultero) que permitir el divorcio, que es lo que realmente se pretende³⁶.

El Artículo 163 del Código Civil dispone que: “Toda sentencia de divorcio por causa determinada ordenará a cargo de cuál de los cónyuges quedarán los hijos comunes, pero el juez deberá atenerse a lo estipulado en el acuerdo suscrito por las partes, si lo hubiese. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores”.

En relación a este punto, y sin perjuicio de lo que se expondrá en el Capítulo III, CRUZ DÍAZ recoge las siguientes recomendaciones

- “1. Si los padres logran acuerdos respecto a los hijos desde los primeros momentos de la separación, los hijos logran una mayor competencia social;
2. Los acuerdos sobre regímenes de visitas preservan la salud mental de los hijos; los hijos con mayor competencia social son los que contaron con visitas acordadas desde el principio, siendo más importante la estabilidad en los encuentros con el padre no conviviente que su frecuencia;

Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Octubre de 2008, Pág.16.

³⁶ Ibid., Págs. 19 a 22.

3. Lo primordial es la no abdicación de cada uno de los padres, la existencia de riñas es menos importante;
4. La no abdicación incluye los alimentos, que constituye el aspecto más delicado de los acuerdos, respecto al cual los padres muestran mayores dificultades, aún en casos en que pueden resolver otros problemas sin conflicto³⁷.

Como reflexiona LÓPEZ DIAZ, en el proceso de divorcio también debe prevalecer el interés de los hijos, ya que “La destrucción del vínculo familiar trae innumerables daños psicológicos a los hijos. Pero es preferible lograr que dicho vínculo, cuando sea irreparable, les cause el menor daño posible³⁸”.

Sobre el cuidado de los hijos en la negociación del convenio de divorcio el autor chileno también comenta lo delicado de su abordaje:

“En este punto los hijos, víctimas de un proceso que no entienden y del que muchas veces se sienten culpables (hay que aclararles expresamente que no es así) pasan a convertirse en un elemento más de la negociación, uno especialmente valioso y que puede provocar reacciones vitriólicas. El régimen de visitas así planteado debe ser examinado con cuidado, evitando herir susceptibilidades, y recalcando que los hijos tienen el derecho de mantener una relación directa y regular con sus padres, derecho del que el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado en ningún caso, salvo las hipótesis excepcionales que plantea la ley. Es habitual que en las crisis matrimoniales se aleguen incapacidades más ficticias que reales, a fin de quitarle los hijos al otro cónyuge³⁹”.

Por su parte, Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 19 (1990), La familia (Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), recomendó que:

³⁷ CRUZ DIAZ, Celia Patricia Op. Cit., Págs. 89 y 90.

³⁸ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, Op. Cit., Pág. 257.

³⁹ Ibid., Pág. 265.

“8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.

9. Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto. En particular, los Estados Partes deberían incluir en sus informes información sobre las normas adoptadas para dar a los niños la protección necesaria en caso de disolución del matrimonio o de separación de los cónyuges”.

La autora de la presente investigación opina que el principal efecto jurídico de la separación o divorcio es el régimen de responsabilidad parental en relación a los hijos comunes del matrimonio, y que exige en muchas ocasiones el consenso entre los padres, con el objeto de proteger a los hijos y procurar su desarrollo integral como personas.

En relación a los aspectos procesales de la tramitación del divorcio causal, estos siguen los del juicio ordinario, y en el caso del divorcio por mutuo acuerdo, se deben llenar además de los requisitos de toda primera solicitud (Artículos 50 y 61 del Código Procesal Civil y Mercantil), se debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil, adjuntando certificaciones de la partida de matrimonio de los cónyuges, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ellos y de las partidas de defunción de los hijos fallecidos, capitulaciones matrimoniales y certificaciones registrales de propiedad de los bienes comunes. Ilustrativamente en el caso de una solicitud de divorcio por mutuo consentimiento tendrá las siguientes etapas en el Tribunal de Familia⁴⁰:

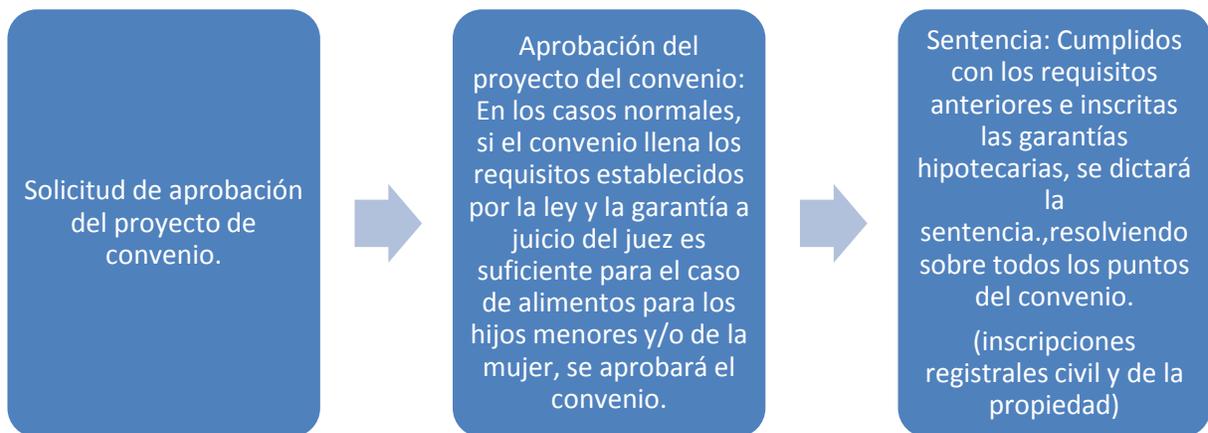
⁴⁰ Fuente: Elaborado a partir de ACUÑA JERONIMO, Kattyna Elizabeth, Op. Cit., Págs. 31 a 33.



En relación a las medidas provisionales conviene señalar que prescribirán:

- Decretar la suspensión de la vida en común.
- Determinar provisionalmente, quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos menores.
- La pensión alimenticia que corresponda a los hijos, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuera el caso.
- También podrá dictar todas las medidas que estime conveniente para la adecuada protección de los hijos y de la mujer.
- Los hijos menores de diez años sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedaran durante la tramitación del divorcio o de la separación al cuidado de la madre, y los hijos varones mayores de diez años al cuidado del padre.
- El modo y la forma en que los padres pueden relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder (Artículo 427 Código Procesal Civil y Mercantil).

Posteriormente el trámite continúa así:



En cualquier estado del proceso de separación y/o divorcio, pueden reconciliarse los cónyuges. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal de los cónyuges, por medio de memorial con firmas autenticadas por escritura pública.

Respecto a la verificación del cumplimiento de la sentencia en los aspectos económicos, rigen las normas de juicio ejecutivo en la vía de apremio, y sobre los aspectos no económicos (personales entre los cónyuges, derechos de guarda, custodia y visita), lo relativo a las ejecuciones especiales de obligaciones de hacer o no hacer, previstas en los artículos 337 y 339 del Código Procesal Civil y Mercantil (fijación de un término para el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer), y en caso de incumplimiento se podrá certificar lo conducente al Ministerio Público o formular la denuncia respectiva por delito de desobediencia y otros (sustracción de menores, incumplimiento de deberes).

CAPÍTULO III.

ASPECTOS NO PATRIMONIALES EN LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: DERECHOS DE GUARDA, CUSTODIA Y VISITA

3.1. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LOS DERECHOS DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

La separación o el divorcio trae consigo la responsabilidad de determinar el régimen de cuidado de los hijos comunes, es decir, la elección de la guarda, custodia y régimen de visitas, que viene a configurar el nuevo orden jurídico-familiar de la familia separada en el aspecto de las relaciones paternofiliales⁴¹. Como regla general, son los padres quienes de común acuerdo deben definir el sistema de custodia atendido al interés del menor, lo cual es avalado usualmente por el Tribunal de Familia, salvo que la propuesta sea notoriamente perjudicial al menor.

La guarda y custodia es el aspecto del cuidado personal a los hijos derivado de la patria potestad (LATHROP) en los casos de separación o divorcio de los padres⁴², particularmente manifestado en la convivencia diaria en forma directa (concepto restringido), y en forma más amplia es “el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo⁴³”. BETELU define la guarda y custodia como “el hecho de tener físicamente la compañía del menor, cuidarle, atenderle⁴⁴”.

En el caso de que la sentencia o convenio atribuya la custodia del menor a uno de los progenitores, será con este con quien conviva, mientras que el otro, podrá tener o no un derecho de visita o relación en la forma y tiempos que se fijen. No debe confundirse con el ejercicio de la patria potestad, que es el derecho a tomar

⁴¹ BETELU, Virginia, “La guarda y custodia compartida de los hijos”, Universidad Pública de Navarra, Trabajo Fin de Máster, Máster Universitario en Acceso a la Abogacía, Ciencias Jurídicas, Pág. 8.

⁴² En una situación de normalidad matrimonial, la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores de forma dual y compartida.

⁴³ Ibid. Cit., Pág. 11.

⁴⁴ Ibid., Pág. 12.

decisiones que le afecten al menor en los aspectos personales y patrimoniales, además de los deberes legales inherentes, el cual en principio, sigue siendo conjunto entre ambos padres.

La guarda y custodia se ampara en el derecho del menor de mantener su relación con ambos progenitores y recíprocamente, el derecho-deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos (velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, alimentarlos⁴⁵) en términos de igualdad y de corresponsabilidad, “manteniendo de algún modo la ficción de que, a pesar de la ruptura de los progenitores, la relación de los hijos con los padres, se mantiene prácticamente igual a salvo a falta de convivencia de aquéllos⁴⁶”.

Actualmente, en el Derecho comparado se menciona que la guarda y custodia debe ser “compartida”, lo que se entiende como la división temporal del deber de cuidado del menor en intervalos similares. Lo cual no significa que ambos padres sean ajenos a lo que ocurre mientras que el hijo convive con el otro, sino que más bien, deberán compartir la información relevante como “padres” que legalmente siguen siendo del menor.

SARAVIA GONZÁLEZ comenta que la atribución de la guarda y custodia es una de las cuestiones más difíciles de resolver en el juicios por separación o divorcio, lo que implica determinar una “distribución racional de la convivencia” (ZARRALUQUI SANCHÉZ-EZNARRIAGA). GUILARTE MARTÍN-CALERO, señala que el contenido de la guarda abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: alimentación, cuidado, atención, educación en valores, formación, vigilancia y responsabilidad civil por hechos ilícitos del menor. PINTO

⁴⁵ Por otra parte, en la separación, el matrimonio debe seguir cumplimiento sus fines institucionales para con los hijos, aunque no exista convivencia entre los cónyuges.

⁴⁶ Ibid., Pág. 13.

ANDRADE diferencia patria potestad y guarda y custodia, ya que estas son parte de aquella (que puede ser compartida, exclusiva, parcial o distribuido por funciones⁴⁷).

Son causales que no aconsejan el otorgamiento de la guarda y custodia a uno de los padres: a) la existencia de patologías mentales que impidan o dificulten el ejercicio de la guarda, b) la drogadicción o alcoholismo de uno de los progenitores; c) El tiempo que uno y el otro puedan dedicar a los hijos, sin delegar el cuidado a terceras personas; d) La relación de uno de los progenitores con un tercero que no es aceptado por los hijos y que conviva ya o vaya a convivir tras la ruptura; e) El cambio de residencia de uno de los padres; f) La estabilidad de los niños, respecto al status quo anterior a la ruptura⁴⁸.

Como principios generales de la guarda y custodia compartida, se señalan los del interés superior del menor como principio rector del Derecho de Familia.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 3, al establece que:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de

⁴⁷ ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lissette, "La guarda y custodia compartida de los hijos", Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Doctorado Problemática Actual del Derecho de Familia, Granada, España. Noviembre de 2011, Págs. 10 a 20.

⁴⁸ BETELU, Virginia, Op. Cit., Pág. 64.

seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

El interés del niño es un concepto jurídico indeterminado y abstracto que debe ser determinado en cada situación a la vista de las circunstancias y particularidades del caso concreto por los padres y el juez, y en su caso, los colaboradores del proceso⁴⁹. La guarda y custodia debe responder a satisfacer las necesidades físicas, psicológicas, emocionales, espirituales y de otro orden del menor de forma que se atiende correctamente al desarrollo de su personalidad. Sirve también para resolver cualquier conflicto en el ejercicio compartido de la guarda y custodia por los padres separados o divorciados⁵⁰.

El principio de corresponsabilidad parental implica el “reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos. Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo el mismo techo”. Se encuentra previsto en el artículo 18 de la Convención de Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...)”⁵¹.

Además, se añade el principio de coparentalidad, que significa el derecho del niño a mantener relaciones con ambos padres, de forma que la ruptura no signifique el fin de la relación con alguno de los progenitores, lo que genera un deber de cooperación entre ambos en la gestión del conflicto y en la vida familiar posterior, en la que sea precisa la concurrencia de ambos padres.⁵² Si bien la separación o el divorcio ponen fin al matrimonio, pero no a los vínculos familiares⁵³.

⁴⁹ Ibid., Pág. 29.

⁵⁰ Ibid., Pág. 31.

⁵¹ Ibid., Pág. 33.

⁵² Ibid., Pág. 35.

⁵³ PÉREZ VEGA, Ángeles, “La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad”, Anuario de la Facultad de Derecho, Pág. 675.

La custodia compartida también es una modalidad que favorece a los ex cónyuges: “Con la ruptura matrimonial, los ex esposos tienden a rehacer su vida, con una custodia compartida cada uno dispondrá de más tiempo para dedicarlo por ejemplo, a prepararse para acceder al mercado laboral, a formarse para mejorar en el puesto de trabajo, a rehacer su vida desde el punto de vista afectivo, ya no tendrá que dedicar 11 meses al año al cuidado de los hijos, porque al otro padre también le corresponde su cuidado. Se contribuye de esta forma a propiciar el desarrollo profesional, personal y social de los ex cónyuges”⁵⁴.

En relación a los abuelos y otros parientes y allegados de los padres separados o divorciados, tampoco debe prohibirse la relación, pero si estarán involucrados en la guarda y custodia directamente o como colaboradores, debe recogerse sus derechos y obligaciones en el convenio regulador o sentencia, o en su caso, hacer mención que el menor o estos podrán relacionarse libremente y en una forma humanamente razonable.

Respecto a los hermanos, las legislaciones comparadas recomienda no separar a los hermanos entre ambos padres, lo cual obliga a realizar una reflexión crítica de la legislación guatemalteca, que sí lo permite en relación a los niños y niñas mayores de 10 años, que quedarán a cargo del padre y de la madre respectivamente⁵⁵.

En síntesis los derechos y obligaciones de los padres separados o divorciados sobre sus hijos son los siguientes:

Con custodia	Sin custodia
---------------------	---------------------

⁵⁴ Ibid., Pág. 676.

⁵⁵ Normativa inconstitucional e irracional propia de una sociedad machista. V. el trabajo para Chile, de LATHROP, Gómez, Fabiola, “(In) Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, Universidad de Talca, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, fundamentada en la violación al principio de igualdad.

<p>1) Derechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- El disfrute diario de los hijos. 2.- Tomar las decisiones que afectan a los niños en el día a día. 3.- Administrar sus bienes y la pensión alimenticia. <p>2) Obligaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesarios. 2.- Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas. 3.- Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al menor. 	<p>1) Derechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Disfrutar del régimen de visitas acordado. 2.- Ser informado de todas las incidencias importantes. 3.- Ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario. 4.- Acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento. <p>2) Obligaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador (régimen de visitas, pensiones alimenticias...) 2.- Velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.⁵⁶
--	--

Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, el régimen jurídico resultante debe mantener un equilibrio y justicia para todos los miembros de la familia afectados por la ruptura del matrimonio.

⁵⁶ LÓPEZ HURTARTE, Samuel Antulio, "La guarda y custodia, y los efectos jurídicos de su delegación en las personas individuales y las instituciones de asistencia social que intervienen en su ejercicio", Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Octubre de 2008, Pág. 9.

3.2. FORMAS DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE GUARDA, CUSTODIA Y VISITA

La mejor fórmula de custodia compartida será la que adopten los padres por mutuo acuerdo. Se consideran como factores objetivos para tomar la decisión el horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su horario y calendario escolar, entre otros, y subjetivos, los relativos a la estabilidad emocional y psicológica del menor, de los progenitores, y la capacidad para cumplir el régimen prospectivamente⁵⁷ .

a) Custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores. Se alterna la convivencia de los hijos con los padres en la vivienda en la que el padre y la madre hayan fijado sus residencias. Se recomienda cuando la distancia entre ambas viviendas no es larga.

b) Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar (sistema de casa nido). Los hijos se mantienen en la vivienda familiar y son los padres los que alternan la residencia. Este sistema requiere capacidad económica en los padres para mantener los tres domicilios en forma simultánea y que los menores tengan capacidad de gestionar su domicilio por sí mismos⁵⁸.

c) Custodia compartida simultánea. La vivienda familiar se divide en dos dependencias diferentes, permitiendo que los hijos puedan, indistintamente estar ambas, incluso compartiendo algunos espacios. Requiere mucha madurez de parte de todos los involucrados⁵⁹.

Los repartos de tiempo deberán ser amplios, a fin de provocar el menor número de traslados posibles al menor. La distribución temporal puede ir desde unas horas al

⁵⁷ Como es sabido, en el caso de Guatemala, los hijos menores de diez años sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedaran durante la tramitación del divorcio o de la separación al cuidado de la madre, y los hijos varones mayores de diez años al cuidado del padre, sin perjuicio del derecho de visita, y ejercicio conjunto de la patria potestad. Por lo que el entendimiento jurídico del tema, debe analizarse desde la atribución legal que se hace de la guarda y custodia a uno u otro padre en función del sexo de los hijos/as a partir de los diez años.

⁵⁸ ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lissette, Op. Cit., Págs. 81 y 82.

⁵⁹ BETELU, Virginia , Op. Cit., Págs. 40 a 43.

día, días, semanas alternativas, o los meses o los años. La institución estadounidense Children's Rights Council (Consejo de los Derechos del Niños) propone el siguiente reparto⁶⁰:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde).
De 1 a 2 años	Días alternos.
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres.
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana.
Más de 9 años	Alternancia semanal.

d) Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores. Es una modalidad en la que el hijo permanece más tiempo con uno de los padres, pero el otro se involucra en tareas diarias (ir al colegio, ir al médico, estar con el hijo cuando el otro no pueda⁶¹).

En el proceso de mutuo acuerdo el convenio regulador debe explicar al juez las circunstancias concurrentes y los motivos para elegir el sistema de custodia, las modalidades de reparto de tiempo, pudiendo el juez adoptar alguna medida cautelar en interés del menor. En el proceso contencioso, el juez debe considerar: las circunstancias concurrentes, los argumentos del padre solicitante, las alegaciones del otro, los dictámenes de especialistas, la opinión del menor, el dictamen del

⁶⁰ Ibid., Pág. 44.

⁶¹ ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lissette, Op. Cit ., Pág. 86.

Procuraduría General de la Nación (en el caso de Guatemala), y evaluar el desarrollo de la personalidad del menor y como el sistema va a influir en éstos⁶².

Cualquier cambio en el domicilio, colegio o país de residencia del menor, debe ser autorizado judicialmente⁶³.

Conviene mencionar que “La guarda y custodia no otorga al progenitor a quien se le atribuye mayores facultades que las que se derivan de la guarda y que corresponden igualmente al progenitor no custodio en los periodos que tiene a su hijo en virtud del régimen de comunicación o permanencias que se haya establecido”⁶⁴.

Sobre la posibilidad de delegación de la guarda y custodia a terceros o inclusive a una institución de asistencia social, podría ser aplicable el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 116 literal b) referente a los derechos y garantías fundamentales en el proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos regula en su inciso b lo siguiente: No ser abrigado (el menor de edad) en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previo a agotar las demás opciones de colocación, por orden acordada por el Juez de Familia, en el propio proceso de separación o divorcio, cuando ninguno de los padres ofrezca garantías de cuidado y cumplimiento de las obligaciones⁶⁵.

3.3. OBLIGACIONES RESULTANTES DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Decreto Número 27-2003, del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece una serie de derechos de los menores en su relación de familia, destacándose el interés superior de la niñez y la familia,

⁶² Ibid., Pág. 87.

⁶³ PÉREZ VEGA, Ángeles, Op. Cit., Pág. 688.

⁶⁴ VIÑAS MAESTRE, Dolors, “, Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, Revista InDret, Número 3, Barcelona, 2012, Pág. 6.

⁶⁵ LÓPEZ HURTARTE, Samuel Antulio, Op. Cit., Pág. 17.

como una garantía en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

Sin perjuicio de ello, se debe ponderar también el interés de la familia, en todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.

Sin perjuicio de ello, en casos extremos, el Estado está en la obligación de aplicar medida de protección a los niños, niñas y adolescentes cuando sus derechos reconocidos en esta Ley sean amenazados o violados por sus padres (art. 110), concretamente:

- a) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.
- b) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.
- c) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.
- d) Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.
- e) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.
- f) Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.
- g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.
- i) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.

También puede decretarse el abrigo provisional e inclusive el retiro del agresor o separación de la víctima del hogar.

La autora de la presente tesis sustenta que es preciso tomar en cuenta que muchos casos de separación y divorcio vienen precedidos de situaciones de malos tratos, violencia intrafamiliar y doméstica, lo cual obliga a considerar las diferentes normas procesales potencialmente aplicables, por lo que las que se prevén en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, son concurrentes con las medidas de seguridad establecidas en la Ley para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, y el proceso de familia relativo a la separación y el divorcio también las deberá tomar en cuenta en su etapa de fijación de medidas provisionales.

CAPÍTULO IV.

ANÁLISIS, PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE LOS CASOS

A continuación se presentan los resultados de la investigación, a través del siguiente cuadro de cotejo de procesos en los que discutió algún aspecto puntual de los derechos de guarda, custodia y visita. Debe señalarse que la delimitación geográfica de la investigación por razones de acceso a la información finalmente fue nacional, con lo cual se amplían los resultados obtenidos. Se tuvo acceso a la jurisprudencia constitucional de amparo que ha resuelto este tipo de casos, ya que, los juicios orales de familia no llegan a casación civil, sino que únicamente procede la apelación en contra de la sentencia (artículo 209 y 210 del Código Procesal Civil y Mercantil).

CASO 1.

Fuente	EXPEDIENTE 30-2010, 12/04/2010 - FAMILIA SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COBÁN.
Proceso de familia en origen	Juicio Ordinario de Divorcio por Causal Determinada, promovido por MIRNA LETICIA ESPINOZA ROQUE, en contra de CARLOS ENRIQUE LUNA RAMOS. La sentencia de fecha veintidós de septiembre del año dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Familia de Alta Verapaz
Fallo del Tribunal de Familia	La Jueza de Primera Instancia, resuelve y DECLARA: "I) SIN LUGAR la demanda DE DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA, PROMOVIDA EN LA VIA ORDINARIA por Mirna Leticia Espinoza Roque en contra de Carlos Enrique Luna Ramos; II) En consecuencia los sujetos procesales quedan en la misma situación de estado en

	<p>que se encuentran; III) La madre de los menores de edad Carlos Enrique, Lindaris Julissa y Elmer Oswaldo de apellidos Luna Espinoza, puede relacionarse con ellos, conforme a lo que convengan con el progenitor, en horas del día y en estado de sobriedad siempre que no exista prohibición expresa de Juez competente;</p> <p>Que tienen cuatro hijos menores de edad, bajo la guarda y custodia del padre;</p> <p>No existían leyes que la respaldaran para atender lo que era violencia intrafamiliar como hoy en día pasa, por tal razón no acompañó a su demanda ningún documento de denuncia de Violencia intrafamiliar, pero las riñas durante su matrimonio fueron constantes lo que causó que se separa de su esposo desde hace más de ocho años,</p> <p>La parte actora y parte demandada tiene otro conviviente con quién han procreado otros hijos y han constituido nuevo hogar; y no tiene ningún fin que no se pueda otorgar el divorcio y se les este vedando la oportunidad a ser feliz.</p>
<p>Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones</p>	<p>Pero del estudio de la sentencia impugnada y de los antecedentes se establece que ninguna de las cuatro causales alegadas quedó probada, siendo obligación de la actora demostrar con la prueba correspondiente lo afirmado en su demanda. Para ilustrar la importancia de la prueba, Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado, exponen: "... Se puede tener razón, pero si no se demuestra no se alcanzará procesalmente un resultado favorable. Las alegaciones que las partes realizan no suelen ser suficientes para convencer al juez, o para fijar los hechos, de la existencia del supuesto fáctico</p>

	<p>contemplado en la norma cuya aplicación se pide. Es precisa una actividad posterior para confirmar las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones. A esa actividad llamamos prueba.” (Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco, volumen 2, Magna Terra Editores, Guatemala, 1,999; página 19).</p> <p>En el presente caso, con la documentación aportada al juicio, solamente se probó de manera fehaciente el matrimonio de la actora con el demandado, así como los hijos procreados. Aunque la actora ofreció también como medio de prueba la Declaración de Parte del Demandado, misma que se diligenció el diez de agosto de dos mil nueve (folio veintisiete del expediente de primera instancia), dicho medio de prueba, como fue valorado correctamente por la Juez a quo, no acreditó de ninguna manera los hechos expuestos en la demanda, ni probó ninguna de las causales alegadas.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, al considerar que “... es necesario hacer referencia a que las causas comunes para obtener la separación o el divorcio, contenidas en el artículo 155 del Código Civil son de redacción clara y no inducen a equívocos en el momento de su invocación, a excepción de las causas reguladas en el inciso 4º ya que su redacción ha dado lugar a que se interpreten de diferentes maneras, pero la Cámara Civil, es de la opinión que dicho artículo en su inciso 4º contiene tres supuestos distintos: la separación, el abandono y la ausencia inmotivada de la casa conyugal, ya que dichos términos no tienen la misma connotación y por tanto no son sinónimos, ni se refieren a un mismo hecho. La separación voluntaria de la casa</p>
--	--

	<p>conyugal por más de un año, como causa de divorcio, es la interrupción de la vida en común por convenio de los cónyuges celebrado ante notario o juez competente; por lo tanto, no constituye causal de divorcio la simple separación de cuerpos sin que se acredite la voluntariedad bilateral de los cónyuges; necesariamente, entonces, para invocar esta causal de divorcio, se necesita probar dicha voluntariedad mediante un documento cuyo contenido haga referencia a esta circunstancia. ...” (Sentencia de fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro, Recurso de Casación No. 256-2003).</p>
<p>Argumentos del Tribunal de amparo</p>	<p>No se accionó en jurisdicción constitucional</p>

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

El presente caso es un juicio ordinario de divorcio, basado en la causal de separación voluntaria, y ruptura de la convivencia conyugal por motivo de malos tratos, riñas constantes, que hacen la vida en común insoportable, en el que ni en primera instancia no se probaron los hechos, porque conforme a la doctrina legal de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, el acto debe probar que la separación fue voluntaria, o en su caso, los hechos de las riñas constantes o malos tratos. De hecho, la parte actora, reconoció que no aportó denuncia penal de malos tratos o por violencia intrafamiliar, alegando que en el momento en que ocurrieron los hechos, hace 7-8 años, desconocía la existencia de “leyes favorables a la mujer maltratada”, o que en el caso de la separación voluntaria, se requiriera levantar un acta notarial o judicial, para documentar la circunstancia.

Lo relevante del caso, es que bajo estas circunstancias los contrayentes permanecen casados, aun cuando reconocen que ya han formado segundos hogares respectivamente, y sin embargo, no pueden contraer segundas nupcias, conviviendo

con terceras personas de hecho. Procesalmente, el divorcio deberá ser instado nuevamente ante un tribunal de familia, planteando correctamente la demanda y sus causales. Sin embargo, en el caso, existen cuatro víctimas directas que no son los esposos, sino los cuatro menores de edad hijos procreados del matrimonio, (seguramente varones mayores de 10 años), que conforme a la sentencia de primera instancia quedan bajo la guarda y custodia del padre, y decretando que “Luna Espinoza, puede relacionarse con ellos, conforme a lo que convengan con el progenitor, en horas del día y en estado de sobriedad siempre que no exista prohibición expresa de Juez competente”. Interesa comentar que la actora no planteó demanda alguna en principio sobre la guarda y custodia de los hijos, y que la juez de familia, de oficio, decretó el derecho de visita sobre sus hijos, pero debiendo regular autónomamente los padres el horario de visitas durante horas del día. En el caso puede observarse, como la situación litigiosa del divorcio o separación judicial de los padres es un asunto totalmente diferente al tema de la guarda y custodia, derechos de visita de los progenitores separados de hecho, y que por más de 8 años no han podido arreglar la situación legalmente por efecto de un proceso mal planteado por la demandante en instancia, y por el desinterés del demandando en comparecer (la primera instancia se tramitó en su rebeldía), y como resultado, seguramente la madre no habrá podido relacionarse por 8 años con sus hijos, y estos también, por 8 años, no habrán podido hacer lo propio, con las consecuencias lógicas de un incorrecto desarrollo emocional, psicológico, afectivo y físico (atención en situaciones de salud, por ejemplo), violándose el derecho de los niños a una familia integrada, o al menos, a tener un atención y responsabilidad parental conjunta razonable.

“Afortunadamente para los niños”, la juez de familia, pronunció una declaración respecto a los derechos de guarda y custodia, dejándoselos o ratificando la guarda y custodia de los niños al padre, y el derecho de visita a la madre. No sabemos si el progenitor maltrató a la madre, porque no quedó probado, si la madre fue la que abandonó el hogar por este motivo, pero el caso, es que la juez de familia, opta por otorgar la custodia y guarda de los menores al padre, ya que posiblemente se encontraban desde la separación de hecho, con el padre, y por la previsión del

artículo 427.2 del Código Procesal Civil y Mercantil (guarda provisional) y artículo 166 del Código Civil (bienestar de los hijos, informes sociales). Respecto al derecho de visita previsto en el artículo 167 del Código Civil, se entiende como un derecho de relacionarse con sus hijos, deberá ser acordado entre los padres, y seguramente la juez no lo fijó porque no fue objeto de la demanda de divorcio.

CASO 2:

<p>Fuente</p>	<p>EXPEDIENTE No. 743-99</p> <p>APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO</p> <p>CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.</p> <p>Considera violados sus derechos, porque al resolver la autoridad reclamada no tomó en cuenta los medios de prueba que aportó oportunamente, tales como la certificación de movimiento migratorio de la demandada, la declaración de sus menores hijos, que se negó a diligenciar no obstante haberlo solicitado en tiempo, el informe de la Trabajadora Social, del que se establece la negativa de los menores de ir a vivir con su madre; asimismo, la autoridad, al modificar las relaciones familiares con su hijo, no respetó la cosa juzgada formal y material que causó la sentencia de divorcio, en la que se reguló en forma genérica las relaciones primarias entre padres e hijos.</p>
<p>Proceso de familia en origen</p>	<p>En el Juzgado Cuarto de Familia del departamento de Guatemala promovió, contra Guisela del Carmen Berger Perdomo, proceso oral de guarda y custodia de sus menores hijos María Isabel y Estuardo Conrado, ambos de apellidos Nolck Berger.</p>
<p>Fallo del Tribunal de Familia</p>	<p>El cuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho el juez dictó sentencia declarando sin lugar la demanda y, como</p>

	<p>consecuencia, confirió a la demandada la guarda y custodia de los menores resolución contra la que interpuso apelación;</p> <p>La sentencia de primera instancia declaró, en esencia, que la guarda y custodia de los menores María Isabel y Estuardo Conrado, ambos Nolck Berger, será ejercida exclusivamente por la madre, autorizándolos para viajar con la última por tener ésta su residencia en el exterior.</p>
<p>Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones</p>	<p>En alzada la autoridad impugnada dictó el acto reclamado confirmando la resolución recurrida, pero la modificó en cuanto al régimen de relación paterno filial con Estuardo Conrado Nolck Berger, y declaró que María Isabel Nolck Berger podría tomar la decisión de residir al lado de cualquiera de sus progenitores al cumplir la mayoría de edad.</p> <p>La Sala reclamada, que conoció en apelación, la confirmó con modificaciones en cuanto fija la República de Costa Rica como residencia del menor Estuardo Conrado y modifica el régimen de relación paterno filial, referidos especialmente al modo y tiempo en que el menor pasará vacaciones de medio y fin de años con el padre; y en lo que hace a María Isabel, por hallarse cerca -en el momento del fallo- de alcanzar la mayoría de edad, le deja en libertad de tomar su decisión al respecto.</p>
<p>Argumentos del Tribunal de amparo</p>	<p>Por su parte, el tribunal a quo constitucional denegó el amparo porque "...en ningún caso y bajo ningún motivo puede considerarse como definitiva e inmutable una decisión de un órgano jurisdiccional respecto de la designación de quien de los padres debe encargarse de la guarda y custodia de los hijos, porque, precisamente la ley establece que en cualquier tiempo el juez podrá dictar, a</p>

	<p>pedido de uno de los padres o de los parientes consanguíneos, o del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos; de tal suerte que, si se estableciere la existencia de circunstancias que así lo aconsejen, puede sin limitación alguna, cambiar esa decisión en aras de lograr el bienestar de los hijos; con mayor razón si se toma en cuenta que es obligación de los tribunales de familia lograr una eficaz protección al núcleo familiar y de procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida."</p> <p>Esta Corte tampoco advierte la violación que alega el accionante, dado que, por aplicación, tanto de las motivaciones y normativa que contiene la Ley de Tribunales de Familia, que data del año mil novecientos sesenta y cuatro, como de la Convención sobre los Derechos del Niño, que adoptada en mil novecientos ochenta y nueve fue posteriormente ratificada por Guatemala, emerge como primordial el interés superior del niño, a cuya protección adecuada deben tender todas las medidas legislativas y administrativas, y, desde luego, la orientación judicial.</p> <p>En ese sentido no puede respaldarse la existencia de una situación jurídica fija, señalada en una sentencia de divorcio, como no sea la que pone fin al vínculo matrimonial, desde luego que ello es lo que especialmente se persigue; empero, si como consecuencia decide también aspectos que afectan a menores, la situación de los últimos carece de aquella rigidez y, por el contrario, es su interés el objeto a apreciar posteriormente. De ahí que no puede existir la pretendida violación al principio de seguridad jurídica, como</p>
--	--

	tampoco se aprecia al de legalidad, ya que frente a los tribunales ordinarios las partes han accionado sin obstáculos y decidido los tribunales competentes conforme a sus facultades dentro de lo que permite el derecho de familia, sin perjuicio de que, eventuales circunstancias de hecho, puedan justificar la modificación de lo resuelto.
--	---

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

La sentencia de primera instancia declaró, en esencia, que la guarda y custodia de los menores María Isabel y Estuardo Conrado, ambos Nolck Berger, será ejercida exclusivamente por la madre, autorizándolos para viajar con la última por tener ésta su residencia en el exterior.

La sentencia de segunda instancia declaró que María Isabel Nolck Berger podría tomar la decisión de residir al lado de cualquiera de sus progenitores al cumplir la mayoría de edad (ya estaba cerca de cumplirla), y dispone el modo y tiempo en que el menor pasará vacaciones de medio y fin de año con el padre; ya que fija la República de Costa Rica como residencia del menor Estuardo Conrado.

Como puede apreciarse la sentencia inicial de divorcio es un punto de partida, que en relación a los derechos de guarda y custodia, puede posteriormente modificarse en función de las circunstancias y del interés del menor (hechos nuevos, circunstancias que lo hagan aconsejable, protección eficaz del núcleo familiar, protección de la parte más débil en las relaciones familiares, principio del interés superior del niño). La Corte de Constitucionalidad recoge el criterio del tribunal a quo constitucional, interpretando la Ley de Tribunales de Familia, recoge un principio de mutabilidad del régimen de guarda y custodia. Y siendo esta una facultad legal de los tribunales de familia, no cabe alegar violación al debido proceso o de seguridad jurídica.

En este caso, se cumplió con el principio de no separación de hermanos, y si es voluntad de los menores poder viajar a Guatemala para visitar al padre acompañados de la madre, inclusive pasar las vacaciones de medio y fin de año con el padre, dado que su residencia se fija en Costa Rica.

CASO 3:

<p>Fuente</p>	<p>Expediente No. 902-2002 APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, nueve de septiembre de dos mil dos.</p>
<p>Proceso de familia en origen</p>	<p>Juicio ordinario de divorcio cuarenta y siete guión dos mil del Juzgado de Trabajo y Previsión Social y de Familia del departamento de Jalapa, promovido por Delmy Gisela Alvarado Jacinto contra Gustavo Adolfo Hernández Granillo.</p> <p>En el acta voluntaria número ciento veinte guión dos mil uno, levantada en el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión social y de Familia del departamento de Jalapa, el día treinta de noviembre del año dos mil uno por medio de la cual la señora Alvarado Jacinto denunció bajo juramento que el día miércoles de la presente semana, siendo las once horas con treinta minutos, fue sustraído su mejor hijo Gustavo Alberto Hernández Alvarado, por el señor Gustavo Adolfo Hernández Granillo, padre del menor, y que considera que es un acto ilegal de su parte, en virtud de que por resolución dictada por ese juzgado, la compareciente tiene la guarda y custodia legal del menor.</p> <p>A raíz de las diligencias realizadas por el padre ante el Juez de Menores de Jutiapa han salido a luz dos hechos relevantes en este caso: por un lado los malos tratos que al parecer está recibiendo; y, por el otro, la manifestación</p>

	<p>expresa del menor de querer vivir con su padre.</p> <p>Resolución de treinta de noviembre de dos mil uno, dictada por el Juez de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del departamento de Jalapa, por el cual ordena la reintegración del menor Gustavo Alberto Hernández Alvarado a la señora Delmy Gisela Alvarado Jacinto, madre del menor, quien tiene la guarda y custodia.</p>
Fallo del Tribunal de Familia	<p>Ante el tribunal impugnado se tramitó y resolvió el juicio ordinario de divorcio promovido por Delmy Gisela Alvarado Jacinto contra el postulante, en cuya sentencia -aún cuando a la fecha pende de resolver el recurso de apelación interpuesto- se dispuso que la guarda y custodia del menor hijo le correspondía a la madre; c) al advertir que su hijo estaba siendo objeto de malos tratos, promovió medidas de protección a su favor ante el Juez de Primera Instancia de Menores de Jutiapa, las cuales concluyeron con la entrega del menor para su custodia; d) ante ello, la señora Alvarado Jacinto acudió ante la autoridad impugnada y denunciado la sustracción del menor, provocó que se dictara la resolución reclamada</p>
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	<p>No se procedió por esta vía</p>
Argumentos del Tribunal de amparo	<p>A) "La Constitución Política de la República, en la sección primera del Capítulo II, que regula los derechos sociales, prevé protecciones jurídicas preferentes para aquellos integrantes de la familia en situación de desventaja real respecto de los demás. Tal es el caso de los niños, quienes por su corta edad son incapaces de hacer valer sus derechos por sí mismos, corriendo el riesgo de que, por su indefensión, puedan caer en estado de abandono o maltrato. Dicha</p>

protección preferente se desarrolla en las leyes internas y en los tratados internacionales, especialmente en la Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por nuestro país, que en su artículo 3 dispone que los tribunales deben atender primordialmente el interés del niño, el cual se considera superior. Por estas razones, las resoluciones de los jueces que afectan derechos de menores, deben, en cada caso concreto, tener en cuenta primordialmente los derechos de los niños garantizados en la Constitución y demás leyes aplicables. De no advertirse tal actitud es procedente, mediante esta vía, restituir sus derechos, a fin de que los jueces ordinarios reencaucen su actuación conforme a las normas que sobre su protección deben aplicarse."

B) "La normativa de la Convención sopesa y da lineamientos para hallar una solución equilibrada en casos como éste, para satisfacer especialmente el interés superior de los menores. Ella obliga a considerar y disponer medidas especiales, independientemente de los padres (artículo 1, párrafo 1.), entre otras, su permanencia por tiempo prudencial en hogares de guarda (artículos 9, párrafo 1. y 20, párrafo 3.), la atención especializada para la recuperación psicológica y consiguiente preparación de los menores para integrarse oportunamente al hogar natural (artículo 39); a requerir la cooperación de los padres biológicos y guardadores temporales a fin de asegurar las relaciones personales entre aquellos y los menores (artículo 9, párrafo 3.), de obtener la opinión posterior de los últimos, cuando ya se estime conveniente (artículo 12) y de asistencia a padres y guardadores (artículo 18, párrafo 2.), necesarias para que los primeros asuman responsablemente la paternidad (artículos 9, párrafo 1. y 27, párrafo 2.), y los guardadores se adapten a

la futura circunstancia de la disminución física de los integrantes de su hogar, oyendo su opinión (artículo 9, párrafo 2.). Tales medidas, por ser congruentes con la normativa nacional referida a la protección de la familia se comprenden dentro de las facultades que tiene el Juez, conforme lo disponen los artículos 2o. y 12 de la Ley de Tribunales de Familia y 19, numeral 3, 36, numeral 1. inciso d) y 49 del Código de Menores." (Expediente 866-98. Sentencia de once de mayo de mil novecientos noventa y nueve).

Independientemente de los medios de prueba que habría que aportar para constatarlos, innegablemente, generan una convicción de conciencia sobre la necesidad y conveniencia de que la situación del menor sea revisada con el celo debido y anteponiendo el interés superior del menor. Analizando la resolución reclamada y el acta que le sirvió de antecedente - folio 61- se advierte que en ella se consigna la declaración de la madre, en la cual sorprendiendo la buena fe de la Juez de Familia -autoridad impugnada- le hace creer que la reciente separación del menor fue producto de la sustracción ilegal por parte del padre; no obstante que como ha quedado demostrado la misma obedecía a una decisión emitida por un Juez de Menores, de la que ella tenía conocimiento.

Para esta Corte resulta claro, que hay suficientes motivos para que la guarda y custodia concedida a la madre del menor sea revisada en un procedimiento judicial mediando la intervención de los padres y, sobre todo, atendiendo los intereses superiores del menor.

Para ese efecto, esta Corte considera conveniente, dejar sin valor legal el acto reclamado y en atención a los intereses del

	menor, conferirle validez a la labor del Juez de Menores de Jutiapa, de manera de posibilitar que temporalmente dicho menor quede en depósito con el padre, en tanto se tramita y resuelve la denuncia presentada por la madre ante la autoridad impugnada, la cual consta en el acta que sirvió de antecedente al acto reclamado. Para ese efecto, la sentencia que se conoce debe ser revocada y dictarse en su lugar, la que en derecho corresponde, pero sin condenar en costas a la autoridad, puesto que es evidente que actuó de buena fe.
--	---

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

En el presente caso se observa un típico caso de disputa por la guarda y custodia del menor entre los progenitores encontrándose el juicio de divorcio en trámite, en el cual provisionalmente se le otorgó la guarda y custodia a la madre. Sin embargo, por malos tratos constatados por el Juzgado de menores, se decretó el menor quedará bajo depósito provisional del padre, y este ejecutó unilateralmente la sentencia, yendo a recoger al niño, circunstancia que provocó que la madre accionara ante el Juzgado de Familia y faltando a la verdad acusó de sustracción del menor al padre.

Para resolver el presente caso, dado que se constató los malos tratos por parte de la madre, la Corte de Constitucionalidad, en amparo, revoca la sentencia del Tribunal de Familia que ordenaba la restitución del menor a la madre, con base en la prueba documental y el principio de protección del menor e interés superior del niño, al señalar que “de no advertirse tal actitud es procedente, mediante esta vía, restituir sus derechos, a fin de que los jueces ordinarios reencaucen su actuación conforme a las normas que sobre su protección deben aplicarse.” Destaca también la cita doctrinaria del Expediente 866-98. Sentencia de once de mayo de mil novecientos noventa y nueve, que dispone el conjunto de criterios, facultades y medidas especiales que los Tribunales de Familia independientemente de los padres disponen derivadas de la Convención de Derechos del Niño (en este caso, la Corte interpreta la legislación nacional desde el bloque de constitucionalidad) y los artículos

20. y 12 de la Ley de Tribunales de Familia y 19, numeral 3, 36, numeral 1. inciso d) y 49 del [anterior] Código de Menores:

- Su permanencia por tiempo prudencial en hogares de guarda (artículos 9, párrafo 1. y 20, párrafo 3.),
- La atención especializada para la recuperación psicológica y consiguiente preparación de los menores para integrarse oportunamente al hogar natural (artículo 39);
- Requerir la cooperación de los padres biológicos y guardadores temporales a fin de asegurar las relaciones personales entre aquellos y los menores (artículo 9, párrafo 3.),
- Obtener la opinión posterior de los últimos, cuando ya se estime conveniente (artículo 12) ;
- Asistencia a padres y guardadores (artículo 18, párrafo 2.), necesaria para que los primeros asuman responsablemente la paternidad (artículos 9, párrafo 1. y 27, párrafo 2.),
- Los guardadores se adapten a la futura circunstancia de la disminución física de los integrantes de su hogar, oyendo su opinión (artículo 9, párrafo 2.).

En el caso, la sentencia de amparo llega a tener efectos sobre el régimen provisional de guarda y custodia.

CASO 4:

Fuente	Expediente No. 990-2000 APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, tres de abril de dos mil uno
Proceso de familia en origen	Lorena Battle Castillo, en el juicio ordinario de divorcio que se tramita en el Juzgado Sexto de Familia, promovió incidente de medidas de seguridad con el objeto de obtener la guarda y custodia de sus menores hijos Daniella y Fernando, de apellidos Escobar Battle; b) en virtud que en el referido incidente se le otorgó en forma provisional a la

	<p>demandante la guarda y custodia de los menores, presentó su oposición, habiendo aportado, individualizado y ofrecido las pruebas de la misma; c) el juzgado de conocimiento dispuso que tanto las partes como sus menores hijos fueran sometidos a una evaluación psicoterapéutica, la que fue practicada y rendida ante dicho juzgado y que sirvió de base para que el juez resolviera que sus hijos permanecieran a su lado, bajo su guarda y custodia</p> <p>En el juicio oral de pérdida de la patria potestad que se tramitó en el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Familia, en el cual consta que al celebrarse la junta conciliatoria Lorena Battle Castillo, en forma voluntaria, expresa y con absoluto consentimiento, convino en que sus menores hijos continuaran bajo la guarda y custodia del padre.</p> <p>Resolución de nueve de julio de mil novecientos noventa y nueve emitida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Menores, por medio de la que canceló el depósito de los menores Daniella y Fernando de apellidos Escobar Battle, recaído en el postulante; resolución de once de agosto de mil novecientos noventa y nueve, emitida por la Magistratura Coordinadora de Menores en la que resuelve no entrar a conocer el recurso de apelación planteado en el expediente seiscientos dos-noventa y nueve; cartas de diecisiete de septiembre y cuatro de agosto de mil novecientos noventa y nueve emitidas por la Coordinadora General del Colegio Pequeñitos y por el Director Administrativo del Colegio Americano de Guatemala, en las que hacen constar que los menores Fernando y Daniella de apellidos Escobar Battle, respectivamente, no asisten al colegio desde el mes de julio de ese año; queja interpuesta</p>
--	---

	<p>por Lorena Battle Castillo en la Supervisión General de Tribunales contra la psicóloga Eloisa Dávila el veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve; resolución de veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, emitida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Menores, en la que ordena se certifique a la Fiscalía General Metropolitana del Ministerio Público, lo conducente en contra del accionante por el delito de desobediencia; resolución de dieciocho de julio de mil novecientos noventa y nueve emitida por el Juzgado Sexto de Familia, la que decreta la guarda y custodia de los menores Fernando y Daniella de apellidos Escobar Battle, a Lorena Battle Castillo; denuncia por amenazas presentada por Lorena Battle Castillo el siete de agosto de mil novecientos noventa y ocho al Fiscal General de la República; memorial presentado por Lorena Battle Castillo ante el Juzgado Tercero de Familia el trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en la que solicita que se otorguen medidas de seguridad a su favor y de su menor hija; resolución de catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno emitida por el Juzgado Tercero de Familia por medio de la que otorga a Lorena Battle Castillo y a su menor hija las medidas de seguridad solicitadas; certificación extendida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Menores el quince de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en la que hace constar que Lorena Battle Castillo es depositaria de la menor Daniella Escobar Battle; informe emitido por el Servicio de Investigación Criminal, Sección de Menores y Desaparecidos de la Policía Nacional Civil, de nueve de julio de mil novecientos noventa y nueve, en el que indican que efectuaron la búsqueda de los menores</p>
--	---

	<p>Fernando y Daniella de apellidos Escobar Battle; oficio dirigido por la Juez Segundo de Primera Instancia de Menores al Jefe de la Sección de Menores y Personas Desaparecidas de la Policía Nacional Civil el veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y nueve, en el que solicita apoyo para el rescate de los menores Fernando y Daniella de apellidos Escobar Battle;</p> <p>Resolución emitida por el Juez Quinto de Familia el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, que revocó la guarda y custodia de los menores relacionados y la restituye en Lorena Battle Castillo; documento privado que contiene la guarda y custodia de los menores Fernando y Daniella de apellidos Escobar Battle, de doce de agosto de mil novecientos noventa y ocho, legalizado por el notario Héctor Napoleón Alfaro, en el que consta que los menores referidos quedaron, de común acuerdo de las partes, bajo la guarda y custodia de Lorena Battle Castillo; acta notarial de veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y nueve faccionada por Karen Marie Fischer Pivaral, en la que consta la negativa del amparista a cumplir con el convenio que suscribieron en la fase de conciliación en el juicio oral de pérdida de patria potestad y guarda y custodia promovido;</p> <p>Resolución de trece de julio de mil novecientos noventa y nueve emitida por el Juzgado Primero de Familia, que revocó las medidas de seguridad otorgadas a favor del postulante y de sus menores hijos; sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el dieciséis de febrero de dos mil, en el amparo trescientos cinco-noventa y nueve que declaró sin lugar el amparo planteado por el accionante contra el Tribunal Segundo de Primera Instancia de</p>
--	--

	Menores y Magistratura Coordinadora de la Jurisdicción de Menores; resolución de veintitrés de marzo de dos mil emitida por el Juzgado Primero de Familia en la que se decretó medidas de seguridad a favor de Lorena Battle Castillo y sus menores hijos.
Fallo del Tribunal de Familia	Resolución de veinticinco de enero de dos mil que revocó el auto de treinta de agosto de mil novecientos noventa y nueve dictado por el Juez Sexto de Familia que declaró con lugar la oposición planteada por el postulante dentro del juicio ordinario de divorcio promovido en su contra por Lorena Battle Castillo.
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	Por la resolución reclamada se revocó y, al contrario, decidió que deben "restituirse a los menores al lado de la madre, quien tendrá la Guarda y Custodia provisional sobre estos, mientras se resuelve en definitiva el divorcio".
Argumentos del Tribunal de amparo	<p><u>Ratio decidendi:</u></p> <p>Esta Corte estima que, dada la provisionalidad de la disposición y que no habiendo datos objetivos que revelen daño a tales menores por la decisión del tribunal, su revisión por medio del amparo implicaría subrogar la labor judicial especializada que concierne a la jurisdicción de familia. Consecuentemente, el amparo que se solicita resulta simplemente improcedente y así deberá declararse, confirmando por tanto la parte resolutive de la sentencia de amparo apelada, y revocando lo relativo a la condena en costas al interponente y la multa impuesta a su abogado director.</p> <p><u>Obiter dictum</u></p> <p>. Al respecto, se estima pertinente citar parte de lo considerado por esta Corte en el expediente 741-2000: "La garantía del debido proceso legal, implica que las</p>

	<p>formas procesales previstas para cada tipo de asunto promovido, según la materia, se observen por los tribunales, dado que la especial naturaleza de que están revestidas existe para cumplir con la tutela judicial efectiva. De manera que cada tipo de proceso responde a las circunstancias peculiares que el sistema jurídico contempla. Así, según sea la clase de juicio, difieren en cuanto a diversos institutos procesales, los plazos, impugnabilidad, instancias y otros importantes, como --para el asunto examinado-- lo relativo a la actividad de los jueces. En esto, en algunos casos está constreñida por el principio dispositivo y la instancia rogada; en otros, por una función más flexible y tutelar, impulso de oficio y la averiguación de la verdad material. La valoración de la prueba y los sistemas interpretativos también varían según la materia que se esté tratando.</p> <p>Demostrativa de avance de la humanización jurídica, y de su adecuación a la realidad social, fue la emisión de la Ley de Tribunales de Familia, que entró en vigencia el primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, la cual introdujo instituciones procesales apropiadas para los fines de su institución. Por ejemplo, en el artículo 10, determina que, salvo los casos previstos en el artículo anterior, el procedimiento debe ser actuado e impulsado de oficio. También dispone que los Servicios Sociales de las instituciones de Bienestar y Asistencia Social, puedan colaborar con las partes y asistir a las audiencias. Los trabajadores sociales, pueden ser llamados por los tribunales para emitir dictamen como expertos, en relaciones de índole familiar.</p> <p>Obligada por la misma naturaleza mediadora de la ley es la diligencia de conciliación, normada por el artículo 11 en</p>
--	---

	<p>estos términos: "debiendo los jueces personalmente emplear los medios de convencimiento y persuasión que estimen adecuados para lograr el avenimiento de las partes, de todo lo cual deberá dejarse constancia en las actuaciones."</p> <p>Naturalmente importante resulta el primer párrafo del artículo siguiente que reza: "Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica."</p> <p>Asimismo el artículo 14 de la ley precitada prescribe que los trabajadores sociales adscritos al Tribunal deberán actuar en sus investigaciones de manera acuciosa y rápida.</p> <p>De la sola transcripción de las disposiciones anteriores se afirma que los tribunales de familia contienen suficiente y amplio mandato legal para realizar su función jurisdiccional con la iniciativa necesaria para tutelar la integridad de la familia y, en particular, la de los menores de edad. Además, en cuanto a éstos, resulta aplicable con rango superior a las leyes ordinarias, en razón de lo previsto en el artículo 46 de la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y uno. En particular, para el caso sub exámine, vincularían los preceptos siguientes: artículo 3.1.</p>
--	---

	<p>que dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen ... los tribunales ... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" y 3.2. "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."</p> <p>Ordenada la jurisdicción de familia conforme su preceptiva sustantiva y procesal, con suficiente base en la legislación ordinaria para proteger la institución social que la justifica, acude para fortalecer su sistema jurídico la normativa convencional aceptada por Guatemala y, todo ello, como desarrollo de claras orientaciones constitucionales que consagran la familia como "génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad" (Preámbulo)</p> <p>El proceso constituye medio fundamental para arbitrar la seguridad jurídica. De esa manera su institución se ha constitucionalizado con la categoría de derecho fundamental propio y como garantía de los otros derechos. No es, entonces, una cuestión meramente técnica sino incluye una especial consideración garantista. El desvío de los principios esenciales del proceso agravia los derechos de las personas en la medida en que su inobservancia impida la aproximación al ideal de justicia.</p> <p>De ahí que el proceso sobre las relaciones familiares se encuentra regulado con características especiales, precisamente como instrumento de la seguridad jurídica que el Estado está obligado a prestar a esa institución social,</p>
--	--

	<p>reconocida en la Constitución en el Preámbulo, en el artículo 1º, y en la Sección Primera del Capítulo II del Título I.</p> <p>El proceso familiar contiene principios adecuados al objeto para el cual se ha instituido. De la doctrina mexicana se extraen algunos en relación con lo que sería aplicable al punto examinado, es decir, en cuanto mutatis mutandi se deba atender al principio del interés superior del niño. De ahí que resultarían idóneos los siguientes: 1) se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia; 2) poderes de iniciativa del juez; 3) pruebas ordenadas de oficio; 4) ineficacia probatoria de la confesión espontánea; 5) amplias facultades del juzgador para determinar la verdad material; 6) inaplicación de las reglas de la prueba tasada y de las relativas a la distribución de la carga de la prueba; 7) no vinculación del juzgador a la confesión ni al allanamiento de las partes; 8) a diferencia del proceso civil patrimonial, regido por el principio dispositivo, el familiar se encuentra orientado por el principio inquisitorio; 9) la materia se sustrae de la libertad contractual de los interesados y se somete, en cambio, a la intervención necesaria de los órganos del Estado; 10) supresión del principio preclusivo en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad material; 11) obligación de asesoramiento de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por profesional en Derecho, cuando la otra sí lo esté; 12) práctica de inspecciones judiciales con el objeto de cerciorarse el juez por sí mismo de la veracidad de los hechos; 13) investigaciones por parte de trabajadores sociales, quienes deberán rendir informe escrito y podrán asistir a las audiencias para responder a las preguntas que,</p>
--	---

	<p>en su caso, les formulen el juez y las partes; 14) los informes podrán ser proporcionados no sólo por trabajadores sociales sino también por expertos de todas aquellas ciencias que se ocupen de los problemas familiares, tales como la psicología, la psiquiatría, las ciencias de la educación, y otras. (José Ovalle Favela, Derecho Procesal Civil, editorial Harla, México, 1984, páginas 275 a 280)</p> <p>Conceptos semejantes pueden hallarse en el sistema alemán del procedimiento en asuntos de familia. Del autor Stefan Leibe son estas acotaciones: "El trámite de los recursos en asuntos de familia está reglado de modo diferente al trámite común." (página 476). "En la demanda por nulidad de matrimonio y en la demanda sobre comprobación de la existencia o inexistencia de un matrimonio el principio dispositivo es sustituido en todo su alcance por el principio inquisitivo. Por ello el tribunal puede tener en cuenta hechos, que no han sido invocados por ninguna de las partes, y p.e. puede citar testigos de oficio e interrogarlos." (página 479). "El tribunal además tiene la posibilidad de suspender el procedimiento de oficio, para posibilitar un acuerdo amigable entre las partes" (página 481) "El tribunal en los asuntos de filiación ... también debe informarse sobre los hechos de oficio y utilizar en ello todas las fuentes de conocimiento útiles." (página 489) (Proceso Civil Alemán, editorial Dike, Medellín, 1999)."</p>
--	---

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

En el presente fallo, la Corte de Constitucionalidad profundiza aún más en la naturaleza flexible del procedimiento ante los Tribunales de Familia, ya que los

principios procesales de su tramitación buscan la tutela judicial efectiva de los derechos de la parte más débil en las relaciones de familia. En ese sentido, frente a argumentos procedimentalistas, el proceso de familia debe buscar dicha tutela, la cual considera que el fallo de segunda instancia garantizó.

Nótese que en el presente caso, existieron varios procesos paralelos: a) el juicio ordinario de divorcio que se tramitaba en el Juzgado Sexto de Familia, en el que la madre promovió incidente de medidas de seguridad a su favor y de su menor hija; la Resolución emitida por el Juez Quinto de Familia el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, que revocó la guarda y custodia de los menores relacionados y la restituye en la madre; y b) El juicio oral de pérdida de patria potestad y guarda y custodia, en el que en fase de conciliación suscribieron un convenio, plasmado en un documento privado que contiene la guarda y custodia de los menores Fernando y Daniella de apellidos Escobar Battle, de doce de agosto de mil novecientos noventa y ocho, legalizado por el notario Héctor Napoleón Alfaro, en el que consta que los menores referidos quedaron, de común acuerdo de las partes, bajo la guarda y custodia de Lorena Battle Castillo. La Sala ordenó la restitución de los menores a su madre. El padre al parecer no había entregado a la hija a la madre cumpliendo el convenio (inasistencia al colegio), por lo que la madre accionó, quedando confirmada la orden de restitución de la Sala.

Dicho lo anterior, la Corte de Constitucionalidad, como criterios para evaluar el debido proceso en materia de familia, expone una serie de rasgos que caracterizan la jurisdicción de familia en función del interés superior del niño:

- 1) se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia;
- 2) poderes de iniciativa del juez;
- 3) pruebas ordenadas de oficio;
- 4) ineficacia probatoria de la confesión espontánea;
- 5) amplias facultades del juzgador para determinar la verdad material;
- 6) inaplicación de las reglas de la prueba tasada y de las relativas a la distribución de la carga de la prueba;

- 7) no vinculación del juzgador a la confesión ni al allanamiento de las partes; 8) a diferencia del proceso civil patrimonial, regido por el principio dispositivo, el familiar se encuentra orientado por el principio inquisitorio;
- 9) la materia se sustrae de la libertad contractual de los interesados y se somete, en cambio, a la intervención necesaria de los órganos del Estado;
- 10) supresión del principio preclusivo en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad material;
- 11) obligación de asesoramiento de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por profesional en Derecho, cuando la otra sí lo esté;
- 12) práctica de inspecciones judiciales con el objeto de cerciorarse el juez por sí mismo de la veracidad de los hechos;
- 13) investigaciones por parte de trabajadores sociales, quienes deberán rendir informe escrito y podrán asistir a las audiencias para responder a las preguntas que, en su caso, les formulen el juez y las partes;
- 14) los informes podrán ser proporcionados no sólo por trabajadores sociales sino también por expertos de todas aquellas ciencias que se ocupen de los problemas familiares, tales como la psicología, la psiquiatría, las ciencias de la educación, y otras⁶⁶.

CASO 5:

Fuente	EXPEDIENTE No. 1042-97 APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho
Proceso de familia en origen	Juicio oral de guarda y custodia de sus menores hijos Mónica Lucía del Carmen, Melissa Estefanía, María Fernanda, Javier Omar y David Omar, todos de apellidos Huertas Paz, y de fijación de pensión alimenticia a favor de éstos contra Omar Huertas

⁶⁶ Cit. OVALLE FAVELA, José, "Derecho Procesal Civil", editorial Harla, México, 1984, páginas 275 a 280)

	<p>Estrada, padre de los menores.</p> <p>Los menores hijos quienes manifestaron su deseos de permanecer al lado del madre, manteniendo relaciones con el padre y que del informe socioeconómico se desprende la misma actitud en ellos y que la madre les proporciona todo lo necesario para su cuidado y alimentación.</p>
Fallo del Tribunal de Familia	<p>En sentencia fue declarado sin lugar por el Juez de conocimiento, quedando sus hijos bajo la custodia del progenitor.</p>
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	<p>La Sala de Familia confirmó la sentencia de primer grado con el argumento preferente de que, la sola voluntad de los niños no era suficiente para variar su guarda y custodia dispuesta en las bases del divorcio.</p> <p>Ante los Magistrados de la Sala respectiva, los niños manifestaron su deseo de continuar viviendo con su madre y relacionarse con su padre.</p>
Argumentos del Tribunal de amparo	<p>De conformidad con los artículos 9 incisos 1 y 2, y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo casos de reserva judicial, al ser necesario por el interés superior del niño; respetarán su derecho, según la conveniencia del caso concreto estar separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, y le garantizarán el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus afirmaciones en función de su edad y madurez. Tales normas referidas, como se aprecia, otorgan a la declaración de</p>

	<p>voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremos, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernan.</p> <p>Tal Convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos del niño es ley de la República y debe ser aplicada. Sin embargo, en la sentencia emitida por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos de opinión de los niños e interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada Convención. Antes bien, se aprecia que no fueron tomados en cuenta con la intensidad regulada. Esta situación vulnera el debido proceso y derechos del niño representados por la postulante, por lo que debe otorgarse el amparo promovido y habiendo resuelto en tal sentido el tribunal a quo, debe confirmarse la sentencia apelada.</p>
--	--

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

Lo relevante en este caso es la revictimización de los menores al tener que repetir su declaración testimonial ante los magistrados de la Sala de Familia, cuando ya estaba suficientemente claro en el proceso a quo que deseaban vivir con la madre y tener relaciones con el padre. Para la revocatoria del fallo parecía una cuestión de tiempo (por notoriedad de la vulneración del principio de interés superior del niño, aun a pesar del argumento de la Sala de que la sola voluntad del menor no puede variar un decisión judicial en materia de divorcio) aunque los menores siempre quedaron en guarda y custodia de la madre, ya que la sentencia de primera instancia no se encontraba firme y ejecutoriada.

CASO 6:

Fuente	EXPEDIENTE No. 314-90 APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, treinta de abril de mil novecientos noventa.
Proceso de familia en origen	Juicio Oral de Restitución de Guarda y Custodia, promovida por Sabina Paulina Loskot Awe. El amparista contrajo matrimonio con Sabina Paulina Loskot Awe, con quien procreó a los menores Arturo Rafael y Ricardo Alfredo, de apellidos Gallusser Loskot, de nueve y seis años de edad, respectivamente. Al contraer matrimonio, su esposa llevó consigo a la menor Carolina Estrada Loskot, hija de ella en anteriores nupcias. Durante su vida en común tuvieron serias dificultades con su esposa "dada su falta de disciplina y relajamiento moral" que la llevaban a descuidar totalmente a sus hijos; por ese motivo y a requerimiento de ella, optó por retirarse de la casa para que las riñas y disputas originadas por su conducta no afectaran más a sus hijos, quienes se quedaron al cuidado de la madre; pero posteriormente los niños manifestaron su deseo de vivir con él, circunstancia que también fue aprovechada por la hija menor de su esposa, al sentirse desamparada al lado de su madre. Su esposa estuvo de acuerdo en que los tres niños lo acompañaran; de esta manera, la única relación que ella mantuvo con los menores fue telefónicamente y algunas visitas y paseos de fin de semana. Después de casi un año de separados promovieron diligencias de divorcio ante el Juez Tercero de Familia, de este departamento, aceptando la madre que los menores quedaran al

	<p>cuidado del padre, pero por razones que ignora, ella nunca llegó a ratificar la demanda de divorcio; b) Posteriormente, su esposa promovió Providencias Cautelares de Seguridad de las Personas ante el Juzgado Quinto de Familia, las que fueron declaradas sin lugar; después promovió ante el mismo Juzgado la Restitución de la Guarda y Custodia de sus hijos, en el cual el Tribunal ordenó que Carolina Estrada Loskot por ser hija únicamente de su cónyuge, volviera al hogar, lo que no se hizo en virtud de que la menor manifestó ante la Juez Quinto de Familia y de la Trabajadora Social, que de ninguna manera volvería al lado de su madre; además, el padre de dicha menor ha manifestado su anuencia para que permanezca con el postulante y, ante tal situación, se encuentra a su lado por su propia voluntad</p>
Fallo del Tribunal de Familia	<p>La Juez Quinto de Familia declaró sin lugar la demanda promovida.</p>
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	<p>La Sala de la Corte de Apelaciones de Familia, al revocar la sentencia de primer grado, ya que las razones que adujo el postulante para pretender cuidar de sus hijos se refieren a situaciones sucedidas en mil novecientos ochenta y nueve, o sea hechos posteriores a la separación de la madre e hijos, y que con ello no se justifica tal separación.</p>
Argumentos del Tribunal de amparo	<p>En relación con tal situación fáctica, esta Corte estima que la decisión del Tribunal, que el postulante señala como acto reclamado, corresponde al ejercicio legítimo de sus facultades porque conforme a lo dispuesto en el artículo 610 del Código Procesal Civil y Mercantil, el Tribunal de Segunda Instancia puede confirmar, revocar</p>

	o modificar la de Primera Instancia, y su actuación, en este caso, no entraña arbitrariedad.
--	--

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

El presente caso, nuevamente pone de manifiesto lo delicado de los fallos en materia de familia. Por un lado se constata el fracaso de la vida conyugal de los progenitores, y el esfuerzo de los menores (incluida la hija de la relación anterior del padre) de permanecer en el hogar familiar al cuidado de la padre y de alguna forma manteniendo relación con la madre (por un año vía telefónica, algunas visitas y paseos de fin de semana), ya que prefirió abandonar de común acuerdo el hogar para evitar dañar a los menores. Sin entrar a profundizar la presunta “actitud descuidada de la madre” alegada por el padre respecto de los hijos, en el proceso de divorcio, la madre aceptó que los tres menores quedaran al cuidado del padre (posiblemente en forma extrajudicial), no llegando a ratificar la demanda.

Posteriormente, el aspecto legal del conflicto, dificulta la solución del problema, ya que la madre promovió Providencias Cautelares de Seguridad de las Personas ante el Juzgado Quinto de Familia, las que fueron declaradas sin lugar; después promovió ante el mismo Juzgado la Restitución de la Guarda y Custodia de sus hijos, en el cual el Tribunal ordenó que Carolina Estrada Loskot por ser hija únicamente de su cónyuge, volviera al hogar, lo que no se hizo en virtud de que la menor manifestó ante la Juez Quinto de Familia y de la Trabajadora Social, que de ninguna manera volvería al lado de su madre; además, el padre de dicha menor ha manifestado su anuencia para que permanezca con él el postulante y, ante tal situación, se encuentra a su lado por su propia voluntad-manifestó. En síntesis, el interés de la menor (medio-hermana) era permanecer ya con su padre, dadas las circunstancias de como habían ido sucediendo los hechos. Sin embargo, la segunda instancia y el amparo, vienen a fallar bajo consideraciones procedimentalistas el caso, de forma, que el estatus quo de los menores, se complicó aún más. ¿Cómo obligar a la hija a regresar con la madre?, en contra de su voluntad. Y resto a los menores hijos del matrimonio, al final del proceso se concluyó que debía restituirse y regresar con la madre. La solución final, tal vez, no sea basada en la apreciación del interés superior

del niño. En conclusión, la familia se desintegró al final (literalmente en sentido coloquial: “cada quien por su lado y con sus hijos”).

CASO 7:

Fuente	APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO EXPEDIENTE 1412-2007 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, dos de agosto de dos mil siete.
Proceso de familia en origen	El veinticuatro de febrero de dos mil tres, el Juez Segundo de Primera Instancia de Familia del departamento de Guatemala dictó sentencia de divorcio, que declaró disuelto su matrimonio; consta en dicho fallo, que la menor quedó bajo la guarda y custodia de la madre el señor Castillo Gándara sin fundamento alguno y en reiteradas ocasiones ha presentado recursos de Exhibición Personal, a los cuales al darle trámite los jueces, llevan la consecuencia que se presentan a su residencia a practicar las diligencias respectivas, causándoles molestias y efectos nocivos tanto a ella como a su menor hija, ya que en varias diligencias ha intervenido la Policía Nacional.
Fallo del Tribunal de Familia	No procede.
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	No procede.
Argumentos del Tribunal de amparo	Al respecto, esta Corte comparte el criterio del tribunal a quo al considerar que: "...En el presente caso, la señora Ana Lucía Alejos Botrán, plantea amparo con el fin de

	<p>hacer cesar el cúmulo de exhibiciones personales que diversos órganos jurisdiccionales han admitido para su trámite, las que han sido planteadas por su ex esposo Rafael Alfredo Castillo Gándara, las que, según su opinión, sólo han sido presentadas con la finalidad de causarle fastidio en su vida y en la de su menor hija Nicole Castillo Alejos, procreada con dicha persona. Examinados los hechos, analizadas las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulta pertinente, este Tribunal Constitucional, estima que no es posible otorgar la protección que conlleva el amparo en el caso planteado, pues la propia Constitución Política de la República, garantiza no sólo el derecho de petición, sino, también, el libre acceso a los tribunales de justicia que son los que habrá hecho valer en su oportunidad el señor Rafael Alfredo Castillo Gándara. Ahora bien, la misma Carta Magna impone a la autoridad la obligación de resolver las peticiones de conformidad con la ley, lo que significa que en cada caso concreto planteado o que en lo sucesivo se pudiese plantear por vía de la exhibición personal cada Juez investido (sic) del principio de iura novit curia, advertirá, sin duda, que el planteamiento no tenga por fin la desnaturalización de tal institución, propugnando porque no se distorsione su finalidad, pues tal como lo prevé el Artículo 263 constitucional, la exhibición personal va encaminada a proteger la libertad de una persona que se encuentra ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo del goce de la misma, amenazada de su pérdida o bien para hacer cesar los vejámenes que sufiere si se encuentra presa</p>
--	--

	o detenida y, finalmente, para que termine la coacción a que estuviere sujeta la persona a quien se le amenaza también con la pérdida de su libertad”.
--	--

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

La Corte no entra a conocer el fondo del asunto, ya que ni la exhibición personal puede ser utilizada en un caso de guarda y custodia por el progenitor que no la tiene, ni era objeto de amparo lo alegado por la madre. El progenitor debió recurrir a un juicio oral, a través de una medida cautelar y probar lo alegado si tenía dudas del correcto trato de la madre a la menor. Las exhibiciones personales debieron ser inadmitidas ad limine, y el problema hubiera estado resuelto.

CASO 8:

Fuente	EXPEDIENTE No. 81-89 APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, treinta de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.
Proceso de familia en origen	Ante el Juzgado Quinto de Familia, de este departamento, se planteó juicio ordinario de divorcio entre Mirna Lisette Jerez González y Luis Alfonso Ruano Sandoval, en el que el veintiocho de octubre de mi novecientos ochenta y siete se dictó sentencia y, entre otras cosas, se resolvió que la menor Ana Luisa Ruano Jerez, quedara bajo guarda y cuidado de la madre, pudiendo el padre visitarla y relacionarse libremente con aquella entre semana y cada fin de semana alterna, permitiéndole llevarla desde el día sábado a las ocho horas y regresarla el domingo a las dieciocho horas y quien dentro del término de cinco días debió hacer entrega de la menor; Luis Alfonso Ruano Sandoval no estuvo conforme con esa

	<p>resolución por lo que apeló y la Sala jurisdiccional al conocer en grado la confirmó. Ruano Sandoval no cumplió con hacer entrega de la menor, el Juez de Familia ofició a la Dirección General de la Policía Nacional para que le presten auxilio necesario a Mima Lisette Jerez González para la entrega de la menor y apercibió al demandado que de no cumplir se le certificaria lo conducente a un Juzgado del Ramo Penal para iniciarle proceso por desobediencia. La Policía Nacional no pudo cumplimentar la orden porque Ruano Sandoval y la menor salieron de la casa. El Juez ordenó certificar lo conducente a un Juzgado del Ramo Penal y Ruano Sandoval interpuso nulidad contra esa resolución, recurso que se encuentra en trámite.</p>
<p>Fallo del Tribunal de Familia</p>	<p>Luis Alfonso Ruano Sandoval, planteó ante el Juzgado Segundo de Familia, de este departamento, juicio oral de guarda y cuidado de la menor Ana Luisa Ruano Jerez, argumentando que no hubo ningún motivo ni causa grave de su parte para que el Juzgado dispusiera la guarda y cuidado de ella a la madre Mirna Lisette Jerez González; que ese asunto nunca constituyó objeto litigioso dentro del juicio; que ese fallo le causó suma extrañeza por cuanto la niña ha sido atendida como merece con todos los cuidados de su sexo y edad. El tribunal admitió para su trámite la demanda, señaló audiencia para la comparecencia de las partes a juicio oral, la que se verificó y en la que la demandada interpuso las excepciones previas de cosa juzgada y falta de condición a que está sujeto el derecho que se hace valer, las que fueron declaradas</p>

	sin lugar. Después de realizada la primera audiencia, el tribunal resolvió que provisionalmente queda la guarda y cuidado de la menor mencionada en su padre Luis Alfonso Ruano Sandoval.
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	La Sala jurisdiccional la confirmó.
Argumentos del Tribunal de amparo	La ley prevé los instrumentos legales y coercitivos para que pueda cumplirse esta sentencia fuera e independientemente de la voluntad del obligado, de cuyos medios la interesada puede hacer uso sin limitación, y que concierne a la jurisdicción común resolver, en cuyo caso no es viable plantearlo en la de amparo, por el carácter extraordinario de la misma. La resolución reclamada no tiene carácter de definitiva y que el juez goza de facultades para acordarla; por consiguiente, al ser una medida precautoria puede ser revocada en cualquier estado del proceso o bien dejarse sin efecto en la sentencia que resuelva la controversia planteada.

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CASO:

La conclusión de la fallo es que la madre puede acudir a las vías ejecutivas para hacer valer el fallo de la sentencia de divorcio, pues en ella se resolvió que la guarda y custodia del hijo menor queda a la madre y ésta pidió la ejecución de la sentencia. Sin embargo, el padre insta un juicio oral de guarda y custodia provisional, obteniendo el efecto pretendido dejar en suspenso la ejecución de la sentencia a través de una providencia precautoria. Se está de acuerdo con los magistrados disidentes del fallo QUIÑONES SOLORZANO Y ZACHRISSON DESCAMPS de que “no se siguió un debido proceso en el que es básico reconocer la jerarquía de las resoluciones judiciales”, más aun cuando no se alegaron hechos nuevos en proceso cautelar.

4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

A) En torno a la determinación de a qué padre le queda la custodia del menor

Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes (art. 163 del Código Civil): 1o. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio. Es decir, la responsabilidad de los padres es acordar o ponerse de acuerdo sobre el régimen de custodia de los hijos. El primer punto a decidir es a cargo de quien e quedan los hijos del matrimonio, para posteriormente determinan el régimen de visitas y otras obligaciones personales.

Por el contrario, el Artículo 163 del Código Civil dispone que: “Toda sentencia de divorcio por causa determinada ordenará a cargo de cuál de los cónyuges quedarán los hijos comunes, pero el juez deberá atenerse a lo estipulado en el acuerdo suscrito por las partes, si lo hubiese. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En este caso, cuando no hubiera acuerdo o cuando el padres designado no sea el más idóneo a criterio del juez, el juez considerando el interés superior del niño, y la opinión de éste deberá decidir a cargo de que padre se queda el menor.

En relación a las medidas provisionales determinarán provisionalmente, quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos menores y señalarán todas las medidas que estime conveniente para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. Los hijos menores de diez años sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedaran durante la tramitación del divorcio o de la separación al cuidado de la madre, y los hijos varones mayores de diez años al cuidado del padre. También el modo y la forma en que los padres pueden relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder (Artículo 427 Código Procesal Civil y Mercantil).

B) En torno a la determinación del régimen de visitas:

Solventado el punto anterior, la negociación o determinación de las obligaciones paterno-filial se centra en el régimen de visita. El interés del menor debe ponderarse con el interés de familia, en el sentido, que en la medida de lo posible es necesario mantener la relación estrecha entre los miembros de la familia, puesto que la problemática de la educación y cuidado de un hijo menor de edad no depende de la separación física de los progenitores y de alguna forma debe implementarse un mecanismo de atención conjunta de los padres, cuando por la magnitud de las cuestiones se requiera, puesto que el ejercicio de la patria potestad es un derecho paterno indiscutible y que también debe garantizarse, por el propio bien del menor, salvo que se hubiere limitado o suprimido por orden judicial. El difícil equilibrio que debe lograrse pasa por conciliar el ejercicio de la patria potestad con la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, usualmente. Por ello, no debe confundirse con el ejercicio de la patria potestad, que es el derecho a tomar decisiones que le afecten al menor en los aspectos personales y patrimoniales, además de los deberes legales inherentes, el cual en principio, sigue siendo conjunto entre ambos padres, generando un régimen de derechos y obligaciones de los padres separados o divorciados en relación a los hijos, por lo demás prácticamente similar al que tenían antes de la separación y con la única restricción de acceso físico a la persona del menor en los momento indicados.

C) Fórmulas propuestas para la guarda y custodia del menor:

La mejor fórmula de custodia compartida será la que adopten los padres por mutuo acuerdo. Se consideran como factores objetivos para tomar la decisión el horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su horario y calendario escolar, entre otros, y subjetivos, los relativos a la estabilidad emocional y psicológica del menor, de los progenitores, y la capacidad para cumplir el régimen prospectivamente

La experiencia práctica ha establecido las siguientes modalidades de custodia compartida:

a) Custodia compartida con traslados de los hijos comunes al domicilio de cada uno de los progenitores. Se alterna la convivencia de los hijos con los padres en la vivienda en la que el padre y la madre hayan fijado sus residencias. Se recomienda cuando la distancia entre ambas viviendas no es larga.

b) Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar (sistema de casa nido). Los hijos se mantienen en la vivienda familiar y son los padres los que alternan la residencia. Este sistema requiere capacidad económica en los padres para mantener los tres domicilios en forma simultánea y que los menores tengan capacidad de gestionar su domicilio por sí mismos.

c) Custodia compartida simultánea. La vivienda familiar se divide en dos dependencias diferentes, permitiendo que los hijos puedan, indistintamente estar ambas, incluso compartiendo algunos espacios. Requiere mucha madurez de parte de todos los involucrados⁶⁷.

d) Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores. Es una modalidad en la que el hijo permanece más tiempo con uno de los padres, pero el otro se involucra en tareas diarias (ir al colegio, ir al médico, estar con el hijo cuando el otro no pueda⁶⁸).

Respecto a la verificación del cumplimiento de la sentencia en los aspectos económicos, rigen las normas de juicio ejecutivo en la vía de aprecio, y sobre los aspectos no económicos (personales entre los cónyuges, derechos de guarda, custodia y visita), lo relativo a las ejecuciones especiales de obligaciones de hacer o no hacer, previstas en los artículos 337 y 339 del Código Procesal Civil y Mercantil (fijación de un término para el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer), y en caso de incumplimiento se podrá certificar lo conducente al Ministerio Público o

⁶⁷ BETELU, Virginia , Op. Cit., Págs. 40 a 43.

⁶⁸ ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lissette, Op. Cit ., Pág. 86.

formular la denuncia respectiva por delito de desobediencia y otros (sustracción de menores, incumplimiento de deberes).

D) Conclusiones en relación a los casos analizados

Del análisis de los 8 casos efectuado, se pueden concluir lo siguiente:

1. En muchas ocasiones los padres únicamente se encuentran interesados en la declaración del divorcio o separación, dejando al tribunal de familia que decrete lo necesario en relación a la guarda y custodia, y derecho de visita de los menores, lo que posteriormente genera juicios orales por guarda y custodia provisional, para evitar ejecutar la parte conducente de la sentencia.

2. La sentencia inicial de divorcio es un punto de partida, que en relación a los derechos de guarda y custodia, puede posteriormente modificarse en función de las circunstancias y del interés del menor (hechos nuevos, circunstancias que lo hagan aconsejable, protección eficaz del núcleo familiar, protección de la parte más débil en las relaciones familiares, principio del interés superior del niño). La Corte de Constitucionalidad recoge el criterio del tribunal a quo constitucional, interpretando la Ley de Tribunales de Familia, recoge un principio de mutabilidad del régimen de guarda y custodia. Y siendo esta una facultad legal de los tribunales de familia, no cabe alegar violación al debido proceso o de seguridad jurídica.

3. Se debe respetar el principio de no separación de hermanos, bien en divorcio por mutuo consentimiento como en causales.

4. Cuando los padres residen en países diferentes se establece un derecho de visita y en las vacaciones de medio y fin de año con el padre, aunque el viaje debe hacerse con el acompañamiento de la madre, es decir, se evita que el padre tenga que ir a recogerlos al país de residencia.

5. En el Expediente 866-98. Sentencia de once de mayo de mil novecientos noventa y nueve, la Corte de Constitucionalidad enumera un conjunto de criterios, facultades y medidas especiales que los Tribunales de Familia, independientemente de los padres, disponen derivadas de la Convención de Derechos del Niño (en este caso,

la Corte interpreta la legislación nacional desde el bloque de constitucionalidad) y los artículos 2o. y 12 de la Ley de Tribunales de Familia y 19, numeral 3, 36, numeral 1. inciso d) y 49 del [anterior] Código de Menores:

- Su permanencia por tiempo prudencial en hogares de guarda (artículos 9, párrafo 1. y 20, párrafo 3.),
- La atención especializada para la recuperación psicológica y consiguiente preparación de los menores para integrarse oportunamente al hogar natural (artículo 39);
- Requerir la cooperación de los padres biológicos y guardadores temporales a fin de asegurar las relaciones personales entre aquellos y los menores (artículo 9, párrafo 3.),
- Obtener la opinión posterior de los últimos, cuando ya se estime conveniente (artículo 12) ;
- Asistencia a padres y guardadores (artículo 18, párrafo 2.), necesaria para que los primeros asuman responsablemente la paternidad (artículos 9, párrafo 1. y 27, párrafo 2.),
- Los guardadores se adapten a la futura circunstancia de la disminución física de los integrantes de su hogar, oyendo su opinión (artículo 9, párrafo 2.).

6. En el Expediente No. 990-2000, sentencia de 3 de abril de 2001, la Corte de Constitucionalidad, como criterios para evaluar el debido proceso en materia de familia, expone una serie de rasgos que caracterizan la jurisdicción de familia en función del interés superior del niño:

- 1) se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia;
- 2) poderes de iniciativa del juez;
- 3) pruebas ordenadas de oficio;
- 4) ineficacia probatoria de la confesión espontánea;
- 5) amplias facultades del juzgador para determinar la verdad material;
- 6) inaplicación de las reglas de la prueba tasada y de las relativas a la distribución de la carga de la prueba;

- 7) no vinculación del juzgador a la confesión ni al allanamiento de las partes; 8) a diferencia del proceso civil patrimonial, regido por el principio dispositivo, el familiar se encuentra orientado por el principio inquisitorio;
 - 9) la materia se sustrae de la libertad contractual de los interesados y se somete, en cambio, a la intervención necesaria de los órganos del Estado;
 - 10) supresión del principio preclusivo en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad material;
 - 11) obligación de asesoramiento de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por profesional en Derecho, cuando la otra sí lo esté;
 - 12) práctica de inspecciones judiciales con el objeto de cerciorarse el juez por sí mismo de la veracidad de los hechos;
 - 13) investigaciones por parte de trabajadores sociales, quienes deberán rendir informe escrito y podrán asistir a las audiencias para responder a las preguntas que, en su caso, les formulen el juez y las partes;
 - 14) los informes podrán ser proporcionados no sólo por trabajadores sociales sino también por expertos de todas aquellas ciencias que se ocupen de los problemas familiares, tales como la psicología, la psiquiatría, las ciencias de la educación, y otras.
7. Una sentencia de amparo puede tener efectos sobre el régimen provisional de guarda y custodia fijado en otra sentencia de un tribunal de familia que vaya respetado el debido proceso, incluido el principio de interés superior del niño, del cual es parte.
8. Un fallo de guarda y custodia que vaya en contra de lo expresado por el menor, en cuanto con quién quiere convivir es contrario al debido proceso.
9. El progenitor que no tiene la guarda de los menores no puede instar una exhibición personal para inquirir por el estado de sus hijos al cuidado del otro padre.
10. El Juez de Familia puede oficiar a la Dirección General de la Policía Nacional para que le presten auxilio necesario a al padre guardador para la entrega de un menor sustraído de su poder, certificando lo conducente a un Juzgado del Ramo Penal para iniciarle proceso por desobediencia. Sin embargo, en muchas ocasiones,

La Policía Nacional no puede cumplimentar la orden porque el sustractor y el menor ya no se encuentran en su residencia, o se han cambiado de domicilio.

11. Por previsión legal se posible que una guarda y custodia decretada en juicio de divorcio sea modificada a través de un juicio oral de guarda y custodia, la sentencia del Expediente 81-89 de la Corte de Constitucionalidad valida esta posibilidad, ya que el régimen relacional siempre es provisional,, mientras que los magistrados disidentes QUIÑONES SOLORZANO Y ZACHRISSON DESCAMPS consideran que debe existir una jerarquía entre resoluciones, debiendo prevalecer la ejecución de la sentencia de divorcio en su parte conducente.

En síntesis, y proponiendo un marco conceptual al problema casuístico abordado puede exponerse que la determinación del régimen de guarda, custodia y derecho de visita, es la actividad jurisdiccional de los Tribunales de Familia consistente en la determinación del nuevo estatus jurídico que la relación de Derecho de Familia sufre tras la separación y/o divorcio de los padres, y en la que establecen a cargo de quienes quedarán los hijos, y las posibilidades de visita del otro progenitor, además de las facultades y obligaciones de custodia y atención de las necesidades vitales de los hijos por ambos.

CONCLUSIONES

1. Los hijos de los padres separados y divorciados son las grandes víctimas de los procesos judiciales. La demora en la tramitación de los procesos, aun para fijar las medidas provisionales corre en perjuicio de su desarrollo personal.
2. La ley no establece criterios claros para atribuir la guarda y custodia con preferencia a ninguno de los padres, sino que será hasta en el caso concreto, en función de las circunstancias alegadas, o peor aún, sin alegar, y en muchos casos, por lectura simple del expediente, en el caso de los juicios ordinarios de divorcio, que el juez de familia decida.
3. Existe un traslape de efectos sobre la guarda y custodia, entre las sentencias de separación y divorcio, y los juicios orales de fijación de la guarda y custodia, pudiendo no ejecutarse las bases establecidas en la de divorcio, por lo dispuesto en un juicio oral.
4. En caso de incumplimiento de una medida cautelar o de una sentencia, el progenitor afectado (normalmente se le ha sustraído el menor, o no se le hace entrega si el otro lo tenía provisionalmente en depósito), puede solicitar el auxilio de la policía nacional civil y certificar lo conducente al Ministerio Público por delito de desobediencia.
5. El principio de interés superior del niño es parte del debido proceso en los juicios de guarda y custodia ante los Tribunales de Familia.
6. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, prevé medidas de protección concurrentes con las medidas de seguridad establecidas en la Ley para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.
7. La aplicación de cualquier decisión en materia de Derecho de Familia debe ponderar el interés superior del niño y el interés de familia.
8. No debe confundirse con el ejercicio de la patria potestad, que es el derecho a tomar decisiones que le afecten al menor en los aspectos personales y patrimoniales, además de los deberes legales inherentes, el cual en principio, sigue siendo conjunto entre ambos padres.

RECOMENDACIONES

1. Actualizar el Código Civil, la Ley de Tribunales de Familia en materia de guarda, custodia y derecho de visita, estableciendo los diferentes regímenes que los padres o el tribunal puede determinar de conformidad con la experiencia comparativa y las mejores prácticas internacionales.
2. Respetar las decisiones judiciales o acordadas en materia de guarda, custodia y derecho de visita debidamente ejecutoriadas.
3. Establecer consensualmente a través de conciliación familiar, lo antes posible, el régimen de guarda, custodia y derecho de visita.
4. En caso de disputas injustificadas o violentas entre los padres, disponer del régimen de guarda a terceras personas, tales como los abuelos, con derecho de visita de los padres.
5. Organizar anualmente un Seminario de Tribunales de Familia auspiciado por el Organismo Judicial, Cámara Civil y el Colegio de Abogados y Notarios, la Procuraduría General de la Nación para acordar y discutir la interpretación y aplicación de la normativa y doctrina legal vigente en la materia.
6. El proceso de familia relativo a la separación y el divorcio deberá tomar en cuenta en su etapa de fijación de medidas provisionales las medidas de seguridad y las medidas de protección que pudieran haberse fijado en procesos por violencia intrafamiliar o de protección de la niñez y adolescencia.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Bibliográficas

AGUILAR GUERRA, Vladimir. Derecho de familia. Guatemala, Litigrafía Orión, 2007. 3º Edición.

BOSSERT. Gustavo A. Manual Derecho de Familia. Guatemala, Editorial Astrea, 2010. 6º Edición.

BRAÑAS, Alfonso, "Manual de Derecho Civil", Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala. 2009.

DIEZ PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

ESPIN CÁNOVAS, Guillermo, "Derecho Civil", Volumen I, Parte general, 5º Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1975.

FONSECA, Gautama, "Curso de derecho de familia ", Tegucigalpa, imprenta López Cía., s. f.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos, "Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia", Tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, Febrero de 2005.

MADRAZO MAZARIEGOS, Sergio, MADRAZO MAZARIEGOS, Danilo, "Compendio de Derecho Civil y Procesal", Magna Terra Editores, 1ª edición, Guatemala, Abril de 2003.

OVALLE FAVELA, José, "Derecho Procesal Civil", editorial Harla, México, 1984.

Puig Peña, Federico, "Compendio de Derecho Civil Español", Tomo I Editorial Artes Graficas Grefol, Madrid España, 1980.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas. Familia", vol. I., Editorial Porrúa, México, D.F., 1986.

Normativas

Código Civil. Decreto Ley 106 de la Republica de Guatemala.

Constitución Política de la Republica de Guatemala decretada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985.

Ley de Tribunales de Familia de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala.

Electrónicas

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, “Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas”, Blog académico, 29 de marzo de 2008, disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/21034/aspectos-procesales-de-la-tenencia-y-del-regimen-de-visitas>.

GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth, “Guarda y custodia del menor”, Congreso Internacional de Derecho Familiar, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>

Tesis

ACUÑA JERONIMO, Kattyna Elizabeth, “Análisis del matrimonio y la importancia de que el divorcio por mutuo acuerdo pueda hacerse constar en jurisdicción voluntaria”, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Octubre de 2008.

BARRIOS PÉREZ, María Alejandra, “Naturaleza jurídica del matrimonio”, Universidad Panamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, Programa de Actualización y Cierre Académico, Tesis de Licenciatura, Guatemala, diciembre 2011.

CAMEY MUÑOZ, Mayra Elizabeth, “El principio del interés superior del niño” contenido en la Convención Internacional de los Derechos del niño y sus repercusiones en los convenios de divorcio voluntario” Universidad de San Carlos de

Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Noviembre de 2005.

CRUZ DIAZ, Celia Patricia, “Matrimonio, divorcio y sus efectos en la sociedad guatemalteca como análisis crítico”, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Octubre de 2011.

ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lissette, “La guarda y custodia compartida de los hijos”, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Doctorado Problemática Actual del Derecho de Familia, Granada, España. Noviembre de 2011

LÓPEZ HURTARTE, Samuel Antulio, “La guarda y custodia, y los efectos jurídicos de su delegación en las personas individuales y las instituciones de asistencia social que intervienen en su ejercicio”, Universidad de San Carlos de Guatemala,

MOLINA PINEDA, Liseth Beatriz, “Causas de incumplimiento de los convenios respecto a la guarda y custodia de la patria potestad y sus consecuencias”, Universidad San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Agosto de 2008.

OVALLE OVALLE, María de los Ángeles, “La ventaja de la aplicación de la convención internacional sobre los Derechos del niño en los procesos de guarda y custodia tramitados en los tribunales de familia”, universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Octubre de 2005.

RUIZ ROSALES, Irma Jeaneth, “Diferencias y similitudes entre la institución jurídica guarda y custodia, familia sustituta en menores de edad”, universidad de San Carlos de Guatemala, facultad de ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, marzo de 2006.

Jurisprudencia

EXPEDIENTE No. 743-99. APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Expediente No. 902-2002. APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, nueve de septiembre de dos mil dos.

Expediente No. 990-2000. APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, tres de abril de dos mil uno

EXPEDIENTE No. 1042-97. APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, ocho

EXPEDIENTE No. 314-90. APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, treinta de abril de mil novecientos noventa.

EXPEDIENTE 1412-2007. APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, dos de agosto de dos mil siete.

EXPEDIENTE No. 81-89. APELACION DE SENTENCIA DE AMPARO. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, treinta de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

EXPEDIENTE 30-2010, 12/04/2010 – FAMILIA. SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COBÁN.

Otras Referencias

BETELU, Virginia, “La guarda y custodia compartida de los hijos”, Universidad Pública de Navarra, Trabajo Fin de Máster, Máster Universitario en Acceso a la Abogacía, Ciencias Jurídicas.

LATHROP, Gómez, Fabiola, “(In) Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, Universidad de Talca, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, fundamentada en la violación al principio de igualdad.

PÉREZ VEGA, Ángeles, “La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad”, Anuario de la Facultad de Derecho.

VIÑAS MAESTRE, Dolors, “, Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, Revista InDret, Número 3, Barcelona, 2012.

ANEXO: CUADRO DE COTEJO.

Fuente	
Proceso de familia en origen	
Fallo del Tribunal de Familia	
Argumentos de la Sala de la Corte de Apelaciones	
Argumentos del Tribunal de amparo	