

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA  
PATRIA POTESTAD Y SU EFECTIVO REESTABLECIMIENTO EN LA ATENCIÓN AL  
BIENESTAR DE LOS MENORES DE EDAD**

**CARLOS ALBERTO ESCALANTE JUNCOS**

**Guatemala, noviembre 2012**

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA  
PATRIA POTESTAD Y SU EFECTIVO REESTABLECIMIENTO EN LA ATENCIÓN AL  
BIENESTAR DE LOS MENORES DE EDAD**

Tesis

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Por

**CARLOS ALBERTO ESCALANTE JUNCOS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, noviembre 2012



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

**DECANO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana  
**VOCAL II:** Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
**VOCAL III:** Lic. Luis Fernando López Díaz  
**VOCAL IV:** Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez  
**VOCAL V:** Br. Pablo José Calderón Gálvez  
**SECRETARIO:** Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN  
TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera fase:**

**Presidente:** Lic. Otto Rene Vicente Revolorio  
**Vocal:** Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
**Secretario:** Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

**Segunda fase:**

**Presidente:** Lic. Rodolfo Giovani Celis López  
**Vocal:** Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes  
**Secretario:** Lic. Hector David España Pinetta

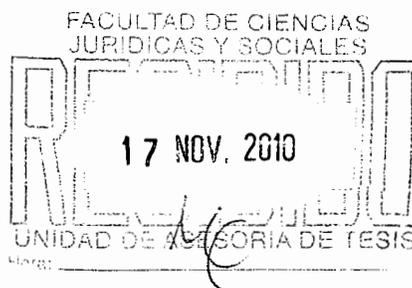
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público).



**Lic. EMILIO GUTIÉRREZ CAMBRANES**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

Centro Comercial Montserrat – Local 139 – Zona 4 – Mixco, Guatemala  
Teléfono: 24324988 - 54126108

Guatemala, 02 de noviembre del 2010



SEÑOR JEFE  
DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS  
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
SU DESPACHO

Estimado Licenciado Castro Monroy:

En atención a la providencia de ASESOR de tesis, de fecha dos de julio del dos mil nueve, en la que se me notifica el nombramiento como ASESOR de Tesis del Bachiller **CARLOS ALBERTO ESCALANTE JUNCOS**, y oportunamente a proceder a emitir el dictamen correspondiente. Habiendo cumplido con ASESORAR el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN

- 1) El trabajo de tesis se intitula **“ESTUDIO JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU EFECTIVO REESTABLECIMIENTO EN ATENCIÓN AL BIENESTAR DE LOS MENORES DE EDAD”**.
- 2) Que la tesis en mención tiene un carácter científico y técnico, el primero porque se aplica la ciencia jurídica, para determinar la patria potestad en la determinación de la suspensión y pérdida de la misma, tratando de regular el trámite de dichas diligencias; y, el segundo porque la realización de la misma llena los requisitos que se establecen para su elaboración.
- 3) La metodología utilizada fue el método inductivo y deductivo, aplicándose al extraer los análisis de los hechos generales para llegar a conclusiones particulares y viceversa. La técnica de investigación documental, se aplicó mediante el análisis de las doctrinas, leyes y teorías de diferentes juristas.
- 4) La bibliografía y leyes examinadas son las adecuadas para el profundo estudio jurídico y doctrinario del tema investigado, así mismo fue usada la investigación documental y científica, que redundan en darle un valor de obra de consulta.



**Lic. EMILIO GUTIÉRREZ CAMBRANES**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

Centro Comercial Montserrat – Local 139 – Zona 4 – Mixco, Guatemala  
Teléfono: 24324988 - 54126108

- 5) La redacción empleada en la misma es adecuada.
- 6) El contenido del trabajo de tesis, se ajusta a requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva.
- 7) Tanto las conclusiones como las recomendaciones dadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.
- 8) Durante el tiempo empleado en la asesoría de la presente investigación de manera conjunta, analizamos los diferentes aspectos y procedimientos a puntualizar, en la cual ambos estuvimos de acuerdo.
- 9) Por lo anteriormente relacionado concluyo informando a usted que procedí a **ASESORAR** el trabajo encomendado, por lo que me permito:

**OPINAR**

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a requerimientos científicos y técnicos que deben cumplirse conforme la normativa respectiva, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado, para que continúe su trámite hasta culminar su aprobación en el examen público de tesis.

Con las muestras de mi respeto soy de usted deferente servidor.

*Dr. Emilio Gutiérrez Cambranes*  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes  
Colegiado No. 8219



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GUILLERMO ROLANDO DÍAZ RIVERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS ALBERTO ESCALANTE JUNCOS, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU EFECTIVO REESTABLECIMIENTO EN ATENCIÓN AL BIENESTAR DE LOS MENORES DE EDAD".

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

  
**LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

*Lic. Marco Tulio Castillo Lutín*  
Abogado y Notario



cc.Unidad de Tesis  
MTCL/sllh.

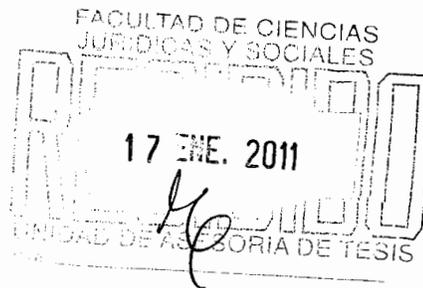


**Lic. GUILLERMO ROLANDO DÍAZ RIVERA**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

6ta. Av. 0-60 Zona 4 – C.C. Zona 4, 5to. Nivel, Ofic. 510 - Guatemala, Ciudad  
Tels. 4531-7217

Guatemala, 17 de enero del 2011

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



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

Por este medio me dirijo a usted, con el propósito de informarle que de conformidad con el nombramiento que se me hiciera, para revisar la tesis del Bachiller **CARLOS ALBERTO ESCALANTE JUNCOS**, de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil diez, respecto a su trabajo intitulado **“ESTUDIO JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU EFECTIVO REESTABLECIMIENTO EN ATENCIÓN AL BIENESTAR DE LOS MENORES DE EDAD”**, procedí a emitir mi opinión y los arreglos que consideré pertinentes en cuanto a su contenido, los cuales fueron atendidos por el Bachiller Escalante Juncos.

a) El trabajo desarrollado por el ponente Escalante Juncos es interesante, por su contenido técnico y científico, porque plantea un problema que se podría suscitar en el ámbito de la suspensión y pérdida de la patria potestad.

b) Se pudo evidenciar que en la investigación, el ponente empleó el método deductivo e inductivo y las técnicas tanto de entrevista como de investigación, que fueron propuestos en su plan de investigación aprobado, especialmente el método científico, que a través del análisis y la síntesis.



**Lic. GUILLERMO ROLANDO DÍAZ RIVERA**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

6ta. Av. 0-60 Zona 4 – C.C. Zona 4, 5to. Nivel, Ofic. 510 - Guatemala, Ciudad  
Tels. 4531-7217

c) En consecuencia, considero que el referido trabajo posee una redacción adecuada y un contenido científico y técnico, el cual puede contribuir a que estudiosos sobre este tema, se motiven para profundizar aún más en esta problemática que plantea, por lo que reitero que el Bachiller ESCALANTE JUNCOS utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, su redacción es congruente con los hallazgos, las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, por lo que considero que cumple con los requisitos que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y emito el presente dictamen de revisor en **forma favorable**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. GUILLERMO ROLANDO DÍAZ RIVERA  
Colegiado Activo No. 3,738

*Guillermo Rolando Díaz Rivera*  
ABOGADO Y NOTARIO

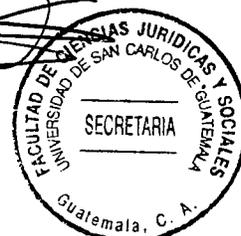


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ALBERTO ESCALANTE JUNCOS, Titulado ESTUDIO JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU EFECTIVO REESTABLECIMIENTO EN ATENCIÓN AL BIENESTAR DE LOS MENORES DE EDAD. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/silh.





## DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme fortaleza para culminar mi carrera.
- A MIS PADRES: CARLOS ALBERTO ESCALANTE (+)  
AMINTA JUNCOS (+)  
Que Dios los tenga en su gloria.
- A MI ABUELITA: FRANCISCA ESCALANTE (+)  
Dios la tenga en el cielo, por ser como mi madre.
- A MI TÍA: GRACIELA ESCALANTE (+)  
Que Dios la tenga en su gloria, ya que fue como mi madre.
- A MI ESPOSA: LUCRECIA QUEVEDO DE ESCALANTE  
Con cariño y agradecimiento.
- A MIS HIJAS: Luz Andrea y Lucrecia Marleny Escalante Quevedo
- A MIS HERMANOS: Flor Díaz, Isabel Pubill, Francisca Aminta Escalante,  
Marco Antonio Escalante y Wilfredo Escalante
- A MIS NIETOS: Diego, Karlita y Camilita
- A MIS SOBRINOS: En general, con mucho cariño.
- A MIS YERNOS: Roberto Quiej y Jimmy Leal
- A MI SUEGRA: Luz del Carmen Girón Garrido  
Con aprecio y cariño.



A MI CUÑADA: Ana María Quevedo de Monroy  
Con especial cariño.

A MI FAMILIA: En general, con mucho respeto.

A MIS COMPAÑEROS  
Y AMIGOS: Con cariño. Experiencias inolvidables compartidas.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala,  
especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y  
Sociales.

A USTED: Especialmente.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. La patria potestad como institución.....	1
1.1 Breves antecedentes históricos.....	1
1.2 Definición de patria potestad.....	11
1.3 Naturaleza jurídica.....	14
1.4 Características .....	15
1.5 A quién corresponde y sobre qué hijos se ejerce.....	16
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. La patria potestad y los casos que se producen en dicha función....	19
2.1 Breves consideraciones.....	19
2.2 La filiación.....	19
2.3 La modificación al ejercicio de la patria potestad.....	25
2.4 Recuperación de la patria potestad.....	28
2.5 Procedimiento para la rehabilitación del ejercicio de la patria potestad.....	29
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. La adecuada fiscalización y ejercicio de la patria potestad.....	33
3.1 El correcto ejercicio de la patria potestad.....	33
3.2 El bienestar de los hijos menores de edad.....	36
3.3 Normas protectoras de los derechos del niño.....	39
3.4 La conveniencia del reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad.....	48



3.5 La adecuada fiscalización del ejercicio de la patria potestad.....	
3.6 La adecuada fiscalización de los elementos que propician el reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad.....	51
3.7 Análisis jurídico de nuestro ordenamiento legal, y los casos concretos que se producen en cuanto al ejercicio de la patria potestad.....	52

#### **CAPÍTULO IV**

4. Estudio jurídico de la patria potestad.....	55
4.1 La institución de la patria potestad y su efectiva aplicación.....	55
4.2 La patria potestad como institución en atención al bienestar de los menores de edad.....	55
4.3 El reestablecimiento de la patria potestad.....	60
4.3.1 Legislación de México.....	60
4.3.2 República de Cuba.....	63
4.3.3 Jurisprudencia de la República de Chile.....	69
4.4 Criterios para determinar el bienestar de los menores de edad al reestablecerse la patria potestad.....	81
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



## INTRODUCCIÓN

Esta tesis muestra el interés por la problemática, especialmente de los padres, en el ejercicio de la patria potestad y las deficiencias que se encuentran en el Código Civil, cuando no se establece un procedimiento técnico y acorde a la realidad de la sociedad guatemalteca, en materia de rehabilitación del ejercicio de la patria potestad.

También se considera importante indicar el hecho que a pesar de que es una institución bastante importante en la familia guatemalteca, muchas de sus normas se encuentran vigentes pero no positivas, por lo que tal como se enunció en la hipótesis planteada, previo a la realización de este trabajo, no existe una adecuada fiscalización por parte de los jueces de primera instancia de familia, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, toda vez que en ocasiones se cometen abusos que posibilitan la suspensión y pérdida de la patria potestad; así como el estricto control que debe existir, para los casos en los cuales se solicita el reestablecimiento de dicha facultad; además, existen normas poco técnicas en cuanto a la rehabilitación del ejercicio de la patria potestad, pues no hay muchos procesos de familia en este sentido, tal y como se pudo verificar, en el desarrollo del trabajo de campo que se encuentra en la parte última de este trabajo.

Se dio cumplimiento a los objetivos propuestos en la investigación, que eran precisamente establecer los casos que ameritan la suspensión o pérdida de la patria potestad, fijar las causas principales y el rango de frecuencia por las cuales se produce la suspensión o pérdida de la misma; determinar si se da una adecuada fiscalización concerniente a los aspectos relacionados con su ejercicio y los casos en los cuales opera el reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad.

Los métodos que se utilizaron en el desarrollo y fundamento de la investigación fueron el científico, que permitió darle el carácter comprobable que requiere este tipo



de estudio; el jurídico, determinante para realizar el análisis de la legislación guatemalteca, así como la legislación comparada; y, el analítico, que se aplicó para desarrollar el contenido y estructuración conveniente. Las técnicas aplicadas fueron: la investigación documental, la entrevista y la estadística; que se emplearon para recopilar la información de fuentes documentales y principales; que permitieron ordenar los datos obtenidos, clasificarlos e integrarlos a efecto de obtener las conclusiones que sean el fiel reflejo de la realidad del ejercicio de la patria potestad; para proponer al final, una solución ante esa problemática.

Para una mayor comprensión del trabajo realizado, se dividió en capítulos; en el primero, se hace un breve análisis del origen de la institución de la patria potestad, empezando a analizar históricamente a la familia, como centro de atención de las sociedades civilizadas y, especialmente, la importancia de que existan marcos normativos, que regulen aspectos que tienen que ver con los conflictos que se generan dentro de los miembros de una familia; unidos por vínculos de consanguinidad y afinidad; en el segundo, se hace un análisis de la institución de la patria potestad, su marco normativo, así como los procedimientos de acuerdo con la ley, en cuanto a la pérdida, suspensión, rehabilitación del ejercicio de la patria potestad; en el tercero, se establece si existe una adecuada fiscalización del ejercicio de este derecho en el caso de los padres y, qué instituciones existen en la actualidad al respecto; en el capítulo cuarto, se estudia el ejercicio de la patria potestad, su confrontación con la realidad y la propuesta de solución a la problemática planteada. Se incluyen también las conclusiones y recomendaciones.

La presente investigación aporta al campo jurídico un estudio profesional sobre la determinación suspensión y pérdida de la patria potestad y su efectivo reestablecimiento en atención al bienestar de los menores de edad. Lo que permite que este trabajo sea una fuente de consulta valiosa en su campo.



## CAPÍTULO I

### 1. La patria potestad como institución

#### 1.1 Breves antecedentes históricos

Cuando se pretende abordar el tema de la patria potestad, se considera en una primera instancia como una institución propia de la familia y más apropiadamente, del derecho de familia. La familia surge con la misma humanidad. Es a través de ésta, que se han conformado las sociedades. La familia, conforma la estructura básica de una sociedad organizada y que en sus relaciones, debe regirse por una armonía entre los ciudadanos, a través de un cuerpo de normas generales, que rigen para que esas relaciones que conlleven, lograr una convivencia armónica entre ellos.

Estas normas, las establece el Estado que se encuentra organizado en tres organismos, uno de los cuales, es el legislativo, es decir, el creador de las leyes que se rige en el derecho de familia, como sucede en este caso, las normas que regulan esa convivencia, y que permiten, en determinado momento, la intervención del Estado en esta rama del derecho.

El Estado también se organiza a través del órgano judicial, para aplicar y hacer aplicar las normas, es así, como en esta materia, el objeto de la justicia y su administración, se refiere a otro asunto, pudiera decirse, que mas complejo que otros, como lo es lograr una armonía entre las familias y éstas, entre las otras dentro de una sociedad.

Anterior al año 1960, en el país no existían normas que tuvieran características específicas, en relación a la normativa que regulara las relaciones familiares, como lo relativo a la patria potestad. Existen estudios que han establecido como fuentes del derecho de familia y que trascienden en el caso de Guatemala, o bien, que han influido en su nacimiento que son:

- 1) El matrimonio, como la institución creada de la relación familiar conyugal, determinando el estado de cónyuges entre las partes.
- 2) La filiación legítima que crea la relación paterno-filial y por ende, el estado de hijo legítimo.
- 3) La adopción, que aproxima e identifica a la persona, hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima.
- 4) Las relaciones cuasi familiares, como la tutela, cuya génesis puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima o por ministerio de la ley.
- 5) Las relaciones familiares impropias, como acontece con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad.
- 6) La unión de hecho, institución moderna relativamente, cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

Como se observa, no se le había dado la importancia debida al derecho de familia, pues se generaba de las normas propias del derecho civil, a tal extremo que en la actualidad muchas instituciones, como la que se analiza, se encuentran en el Código Civil.

La Constitución Política de la República, establece en su Artículo 43 que: "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos". Se considera a la familia, como un elemento fundamental de la sociedad, y es por esta razón, que se encuentra protegida constitucionalmente, dentro de lo que se denominan derechos sociales. Al mismo tiempo se estima (en el mismo artículo), que ciertas situaciones merecen



especial protección, tal es el caso de la paternidad responsable, lo que obedece a que los hijos gozarán de protección jurídica como los elementos débiles de la sociedad.

La familia a lo largo de la historia, ha demostrado ser uno de los elementos más importantes, para la formación y sostenimiento de una sociedad estructuralmente sana. A raíz de esto, la propia sociedad crea normas para proteger a tan importante elemento, y es por esto que surge el derecho de familia.

Guillermo Cabanellas define al derecho de familia como: "Parte del derecho que se ocupa de las relaciones de parentesco".<sup>1</sup> Diego Espín Canovas lo define como: "Conjunto de normas jurídicas que regulan de un modo más concreto y formal a las instituciones provenientes de las relaciones de familia".<sup>2</sup>

Ahora bien, como toda rama del derecho, el derecho de familia se encuentra sujeto a condiciones cambiantes, condiciones que evolucionan muchas veces a un ritmo extremadamente rápido que obligan al sistema normativo a seguir esa evolución, aunque, si bien es cierto, éste no lo puede hacer a la velocidad que quisiera o debiera hacerlo.

Así pues, el derecho de familia ha ido evolucionando a lo largo de la historia, adaptándose a las condiciones y convicciones respecto a la familia, que imperan en cada época. Iniciándose así en la antigüedad, con un derecho de familia inexistente y una familia de tipo despótico en donde el padre tiene toda la autoridad y poder de decisión sobre sus súbditos, hasta la familia (protegida por un derecho de familia) en donde esa connotación despótica es inexistente y ahora sufre, inclusive, de poca capacidad de dirección que lleva a un alto índice de desintegración de la misma.

Obviamente, y como parte integrante del derecho de familia, como se dijo antes, se encuentra la patria potestad, la cual también ha sufrido los embates de la

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 176

<sup>2</sup> Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 6



transformación histórica de la familia y la cual ha visto su disminución en cuanto a poder e influencia sobre la familia. Se observa entonces, como pasó de la todopoderosa patria potestad, hasta un mero derecho de dirección y de protección patrimonial (que es a lo que se considera se ha reducido la patria potestad) del menor o interdicto.

Lo que la historia ha demostrado entonces, es que el derecho de familia y especialmente en cuanto a la patria potestad, ha ido aminorando el espectro de los derechos y la fuerza, con que dichos derechos se ejercen por quien tiene el mando de la familia, sea el padre, la madre o ambos, e intenta armonizar la familia para que ésta sea un núcleo unido e irrompible, en lugar de un gobierno manejado por un todopoderoso dictador.

Se ve pues, como las tendencias actuales del derecho de familia en general, son armonizadoras buscando la justicia por un lado y por el otro, buscando fortalecer a la familia como tal, no solamente a uno de los miembros de ésta, para evitar su desintegración, todo esto a través de normas que armonizan el ejercicio de la representación de los menores (patria potestad) entre ambos padres, pero que a la vez les imponen ciertos límites, en cuanto a lo que pueden hacer en ejercicio de dichos derechos. Ahora bien, así como el derecho busca armonizar y fortalecer a la familia, también debe considerar la remoción de elementos, que no promuevan dicha unidad (lo cual era impensable en la antigüedad) y que, contrario a los fines buscados, lo único que aporten a la familia sean perjuicios morales o patrimoniales, debilitando a ésta y a la sociedad como tal. Es en virtud de esto, que surge la figura de la pérdida de la patria potestad, como filtro para apartar de la toma de decisiones de la familia, a la persona que por sus calidades personales y por sus acciones, no es apta para el ejercicio de la misma.

“En el primer Congreso Jurídico guatemalteco, celebrado en el año 1960, mediante una ponencia de varios abogados, se demostró la necesidad de que en el derecho de familia se aplicara un procedimiento especializado que lo hiciera más flexible y



menos engorroso. Las argumentaciones contenidas en dicha ponencia hacen referencia a las deficiencias que obstaculizaban la pronta administración de justicia en los asuntos de familia en la jurisdicción ordinaria. Una de las argumentaciones al analizar las deficiencias, decía: El proceso en vigor no permite analizar los problemas desde el punto de vista real, porque impera el carácter esencialmente rogado del mismo, porque perdura el sofismo de igualdad de las partes y el formalismo que impone a la justicia.

No se enfocan los problemas familiares como humanos, sino como un asunto mas de los múltiples que se representan ante el juez y especialmente porque en su estructura actual no se contempla la existencia de entidades especializadas que aporten a la administración de justicia, los datos y hechos de observación real esenciales para el exacto conocimiento de los problemas familiares. Se sentía la necesidad de contar con entidades especializadas que participaran en la administración de una justicia más real, más acorde con los problemas familiares con el objeto de darles el derecho de familia un sentido hondamente social.

Para entonces, el derecho de familia solo se concebía como una mera técnica legal aplicada por los tribunales ordinarios de lo civil, que trataban las cuestiones familiares como cualquier otro problema relacionado con su ramo”.<sup>3</sup>

La abogada Ana Maria Vargas de Ortiz, quien por muchos años fue Juez de Familia, en su trabajo que publicara en el año de mil novecientos setenta y cinco, bajo el titulo de Tribunales de Familia da una idea de las características que debe revestir un Juez de Familia, cuando dice “El juez de familia debe tener características muy especiales, porque su decisión se vierte al porvenir, detrás de la familia, esta el niño, en el cual esta interesada la colectividad, sobre el futuro ciudadano, y es sobre el futuro de ese niño que la decisión judicial influirá”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Álvarez Morales de Fernández, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia que funcionan en la ciudad capital de Guatemala.** Pág. 43

<sup>4</sup> Vargas de Ortiz, Ana María. **Breve comentario sobre el decreto ley 106.** Pág. 23



En el Congreso Jurídico ya relacionado, fue presentada una ponencia del Licenciado César Eduardo Alburéz Escobar que literalmente decía: “Se ha visto que el derecho de familia excede el campo del Derecho Privado y esto sucede no solo desde el punto de vista sustantivo, sino también desde el adjetivo, quiere decir, que el Derecho Procesal en relación con la familia, debe informarse también en los mismos principios de protección y tutela.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, como en muchos otros, todos los asuntos de familia, con materia propia de un tipo de proceso que es completamente insuficiente, porque esta basado en principios propios del individualismo liberal los que con un carácter acentuadamente formalista, son igualmente aplicables a cuestiones de índole patrimonial. Esto constituye una enorme deficiencia que trae graves consecuencias para la sociedad y que impide que el Estado preste a la familia la protección que como grave deber le imponen los principios de la mas alta doctrina jurídica, incorporados en los preceptos constitucionales antes citados.

Para convencerse basta observar lo que sucede diariamente en los tribunales de justicia, en los cuales una cantidad abrumadora de esos tipos de problemas familiares, se devasten con lentitud exasperante, que hace que el proceso sea ineficaz antieconómico e inoperante, en muchos casos, se trata de un proceso eminentemente formalista y rogado.

La propia experiencia indica que, en cualquier relación humana en la que se incluyen varias personas, dentro de un mismo círculo, surge una guía, algo o alguien que da dirección a dicho grupo y que mantiene una guardia perenne sobre todos los miembros del grupo, protegiendo así sus intereses y los de los miembros de ese grupo que considera suyo.

En las relaciones paternas, y siendo aún mas exacto, paterno-filiales, como un grupo de personas unidas por un vínculo común, se hace necesario un principio que



rija las actividades de sus miembros y que vigile por los intereses de cada uno de sus integrantes, así como por los intereses del grupo como tal.

Este principio está representado por la patria potestad. La patria potestad, como lo manifiesta el autor Federico Puig Peña en el quinto tomo de su obra Compendio de Derecho Civil Español, se puede decir que evolucionó en un proceso de tres etapas (antigua, media y moderna), las cuales mucho tienen que ver con la situación socio-política regente en cada una de ellas y las cuales desarrollaremos más a fondo en los siguientes párrafos. Se puede decir, a manera de resumen, que en los primeros tiempos, la patria potestad suponía una "soberanía perfecta", en donde el soberano (padre de familia) prácticamente podía hacer a su antojo lo que él quisiera con cualquier miembro bajo su patria potestad; luego se torna en una soberanía imperfecta", debido a la prepotencia del Estado y lo poco considerada que era la vida familiar dentro del cuadro político; y, por último, se degenera a ser un simple "designio funcionar, en donde, las pocas facultades que aún le quedan a quien ejerce la patria potestad, las tiene única y exclusivamente por el fin de asistir y proteger a sus hijos menores.

Este autor hace una diferenciación de la evolución que ha tenido esta institución en épocas y las designa de la siguiente manera:

a) Época antigua

La época antigua, como se mencionó en el párrafo que antecede, se encuentra caracterizada por un sentido absoluto y despótico de la patria potestad, a tal punto que entrañaba inclusive, como en Roma, un poder de decisión sobre la vida o muerte sobre las personas sujetas a dicha patria potestad. Así, en Roma, y probablemente debido a su estructura y organización familiar, ya que ésta constituía un estado propio, la patria potestad no se ejercía solamente sobre los menores, sino sobre todas y cada una de las personas que constituían la familia, menores o no, sea que pertenezcan a ella en virtud de vínculos de sangre (cognación) o por vínculos de tipo



civil del matrimonio o de la adopción. El pater familiae era el único amo y señor de todos. Todos los demás miembros sujetos a la patria potestad del pater familiae se encontraban en una categoría de inferioridad jurídica llamada aliena juris.

Ahora bien, en general, las consecuencias de este tipo de ejercicio de patria potestad eran las siguientes:

a) La patria potestad se conforma por una serie de derechos y facultades (manus) que se atribuyen al jefe de la familia, sin ningún tipo de limitación. Inclusive, tenía derecho a reconocer o rechazar al hijo que naciera (tollere vel susdperere libero). Si lo rechazaba (execratio), quedaba fuera de la familia. Ahora bien, esta amplia facultad de la patria potestad fue severamente amedrentada al surgir la regla Pater is east quaejustae nuptiae demostrant, que significa "Padre es, el que las justas nupcias enseñan", o de otro modo, "Padre es el marido de la madre".

b) Por su calidad de jefe, la patria potestad, única y exclusivamente se concebía en la persona del padre de familia, nunca en la madre.

c) Dicha patria potestad del jefe sobre todos los miembros de la familia era, en principio, vitalicia, desapareciendo sólo por la muerte o por un acto de gracia del padre de familia.

d) Debido a su calidad de padre de familia, la patria potestad ejercida sobre los miembros de la familia suponía también la concentración en su persona de todos los ingresos de sus súbditos, teniendo éste inclusive la potestad de vender a sus súbditos en caso de necesidad.

e) Debido a que la familia es un estado propio, el propio padre de familia era el sumo pontífice de la familia encargado de la continuidad de culto, lo cual implicaba que era él quien establecía los ritos del culto doméstico y quien tenía el último voto en cualquier aspecto religioso de la familia, incluyendo el matrimonio.

Fue el derecho pretoriano, quien modificó y suavizó tan dura constitución familiar pero, de todos modos, su carácter rígido y civil sólo se transformó sustancialmente, por la enorme influencia del cristianismo y del derecho germánico.

#### b) Época media

En esta época se inicia una suavización del sistema y se quiebra la connotación despótica de la patria potestad tan afianzada en la época antigua. Esto se logró a través de las siguientes acciones e influencias:

a) Se despoja, o al menos atenúa, al pater familiae de los excesivos e inhumanos derechos de los que disfrutaba. Primero con la intervención de los magistrados y censores que refrenaban los abusos, y más tarde con leyes que castigaron la muerte y la venta de los filius (hijos). Ejemplo de esto es la Lex Romana Visigothorum que limitó fuertemente las facultades del pater familiae y prohibió la venta, donación o prenda de sus hijos. Justiniano, también tuvo influencia en la disminución de la "manus" de pater familiae al convertir en imperativo jurídico la siguiente norma: patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere (la patria potestad debe consistir en piedad, no en la atrocidad).

b) La iglesia tuvo una marcada influencia en esta suavización del sistema, ya que miraba a la patria potestad desde el ángulo y perspectiva de los hijos, tomándola como una herramienta protectora de y enfocada única y exclusivamente a los hijos, y No como un derecho del padre de familia, cambiando así la confusión que se dio hasta entonces, en cuanto a quién debe ser el beneficiario de las consecuencias y resultados del ejercicio de la patria potestad.

c) El derecho germánico, también tuvo una grandísima influencia en la atenuación del excesivo ejercicio de la patria potestad. Éste, entre otros, sustituyó la característica de la patria potestad en cuanto a ser vitalicia, dándole ahora un aspecto meramente temporal a la patria potestad. Asimismo, declara que el interés

del hijo debe prevalecer no solamente en vista de la protección debida a los menores, sino en atención a los fines sociales más elevados. Se puede decir que el derecho germánico opone a cada derecho que otorga al padre un deber correlativo que le impone y hace más suave y familiar su institución.

d) Por último, se recibe un enorme y radical cambio en la clásica institución de la patria potestad, ya que se acepta la patria potestad de la madre, viene la madre a asumir, también, la autoridad de la patria potestad, unas veces, en virtud de ausencia del padre, otras con carácter subsidiario y a veces, inclusive, conjuntamente con el padre.

c) Época moderna

La época moderna se caracteriza por lo siguiente:

a) "Domina en esta materia el principio fundamental de que la patria potestad ha de concebirse y ejecutarse como una función que el Estado reconoce a los padres respecto de los hijos, en beneficio de éstos, para proveer a su asistencia y protección En la medida reclamada por las necesidades de los mismos... no hay poder, sino función; no hay complejo de facultades, sino deberes; no hay señorío... sino una misión sagrada a cumplir, con las miras puestas en el bien de los menores".<sup>5</sup>

b) En esta época se establece definitivamente la temporalidad de la patria potestad en donde la misión del padre de familia deber terminar cuando las circunstancias pongan en evidencia que el hijo puede tomar decisiones y gobernarse por sí mismo.

c) Se le da una fuerte y decidida participación a la madre en la misión de asistencia a los hijos.

---

<sup>5</sup> Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Tomo V. Pág. 431

d) Por último, y de mucha importancia para este trabajo de tesis, es el hecho que es en esta misma época en donde el Estado, a través de su legislación, trae a la vida la posibilidad de sacar al hijo de la patria potestad cuando el padre incumple. "En resumen, la patria potestad, en el derecho moderno, no sólo ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de la mayor edad... de los hijos, sino que ha evolucionado radicalmente, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado, establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi público, en beneficio de los menores, controlada por órganos y autoridades especiales, que aseguran y garantizan los derechos de aquellos, respecto de sus personas y de los bienes que les pertenecen".<sup>6</sup>

## 1.2 Definición de patria potestad

Etimológicamente, las palabras "patria potestad" provienen del latín patrias que significa lo relativo al padre, y potestas, que significa dominio, autoridad, potestad. Manuel Ossorio, en su obra Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales la define como: "Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período Tiene su origen natural y legal a la vez la patria potestad: a) por nacimiento de legítimo matrimonio; b) por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de uno o más hijos; c) por reconocimiento de la filiación natural; d) por obra exclusiva de la ley, en virtud de la adopción; e) y como resultado de los hechos, ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado...".<sup>7</sup>

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, dice: "paternidad, indica calidad de padre, procreación por varón, relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando está concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente".<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Fernández Clérigo, Luis. *El derecho de familia en la legislación comparada*. Pág. 9

<sup>7</sup> Ossorio, Mario. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 554

<sup>8</sup> *Ibid.* Pág. 554

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

Generalmente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos esta atribuida al padre y solo por muerte de éste, o por haber incurrido en la pérdida de la patria potestad, pasa a la madre. Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad, corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre. Tiene su origen natural y legal a la vez, la patria potestad: a) Por nacimiento de legítimo matrimonio, b) Por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de una o más hijos; c) Por reconocimiento de la filiación natural; d) Por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción; e) Y como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado.

Puig Peña, con respecto a la patria potestad escribe que: “En todo grupo humano más o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir un cometido que se sale de las más puras situaciones del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que de armonía y unidad a la variedad que el supone. En el grupo matrimonial, la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar”. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Para el exponente este principio rector está representado por la patria potestad.

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

Planiol-Ripert, citado por Clemente Soto Álvarez, define la patria potestad como "Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".<sup>9</sup>

El tratadista Diego Espín Cánovas la define como: "... conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone".<sup>10</sup>

Por último, el tratadista Federico Puig Peña la define así: "Según modernas concepciones del mundo civilizado, la patria potestad es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de éstos".<sup>11</sup>

La definición que considera el autor más acertada y más acorde, con las tendencias modernas y la realidad en sí, es la que da el autor Manuel Ossorio, ya que engloba en su definición las características que hacen y forman, hoy por hoy, a la patria potestad una institución propia del derecho de familia.

Como se observa de lo anterior, exige esta institución una serie de derechos y obligaciones que la propia ley le asigna a los padres de un menor para que a través de éstas, puedan velar por la propia persona y lo bienes del menor bajo su potestas, y si bien es cierto, todas las definiciones incluyen la palabra "derechos", se considera que la acepción en que se debe utilizar dicha palabra en el contexto de la patria potestad no es la acepción normal y acostumbrada, sino más bien, se debe entender de una forma muchísimo más restringida, en el sentido que los "derechos" de los padres podrán ser ejercidos única y exclusivamente para la misma protección del menor, y para nada más, olvidando así el principio jurídico de que "todo lo que no

---

<sup>9</sup> Soto Álvarez, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** Pág. 34

<sup>10</sup> Espín Cánovas, Diego. **Derecho civil español.** Volumen 4. Pág. 354

<sup>11</sup> Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español.** Tomo V. Pág. 433



está prohibido, está permitido" por lo que no pueden hacer lo que a ellos plazca sino en cuanto sea en bien del menor.

La regulación relacionada con la patria potestad se encuentra contenida en los Artículos 252 al 277 del Código Civil (Decreto Ley 106), sin embargo, y al igual que muchas otras instituciones contenidas dentro del Código Civil, el articulado no contiene una definición de la patria potestad y sólo se limita a regular la manera y sobre quién se ejerce dicha patria potestad, lo cual se explicará a lo largo de este trabajo.

### **1.3 Naturaleza jurídica**

Es un hecho natural y científicamente comprobado que los seres humanos al nacer y mientras conocen y se familiarizan con su entorno, somos uno de los seres vivos con la menor habilidad para sobrevivir por nuestra cuenta sin la ayuda de los progenitores o de alguna persona que los cuide mientras crecen, todo esto aun con la alta capacidad de aprendizaje que los diferencia del resto de seres vivos del planeta. Si se agrega a lo anterior el hecho que se vive en una forma compleja de asociación como lo es la sociedad, la tarea de sobrevivencia se hace aún más ardua.

Claro es pues, que se necesita de alguien que los cuide y los oriente para poder llegar a formarse, alcanzar su desarrollo y superarse dentro de la sociedad, y así se tendrán ciertos derechos, poderes y consecuentes obligaciones para tomar decisiones por éstos. Estos poderes han existido por siempre, desde que el ser humano apareció en la Tierra y procreó hijos, hasta el día de hoy, poderes que sin ningún reconocimiento legal han existido y han sido ejercidos por quien corresponde, si bien es cierto, la forma e inclusive los derechos y obligaciones han variado de acuerdo con la época.



Ahora bien, como lo dice el tratadista Luis Recasens Siches en su obra *Filosofía del Derecho*, el “derecho es una vida humana objetivada”<sup>12</sup> y en relación a la patria potestad el derecho no se quedó atrás. Para el efecto, el derecho tomó esos derechos, poderes y obligaciones que ya existían desde épocas milenarias y los reunió todos, regulándolos y dándoles forma, surgiendo así lo que ahora se conoce como patria potestad.

Se ve pues, que la naturaleza jurídica de la patria potestad, su esencia y razón de ser, no es nada más que la necesidad de otorgar protección (en el más amplio sentido de la palabra), durante la formación y crecimiento de un menor que no puede valerse por sí mismo, y mientras éste alcanza una edad suficiente, en donde la propia ley lo considera como apto, para poder desenvolverse por sí mismo en la sociedad, y tomar sus propias decisiones.

#### **1.4 Características**

Con respecto a la patria potestad, el autor Federico Puig Peña en su obra *Compendio de Derecho Civil Español*, da una serie de caracteres que definen e individualizan a ésta y los cuales, se pueden entender de la siguiente forma:

- a) La patria potestad es una institución jurídica, en donde se plasmó en la ley la situación de hecho que surge en las relaciones paterno-filiales;
- b) En virtud de esta institución jurídica, el derecho ratifica la asunción como derecho propio que hacen los padres de la asistencia y dirección de sus hijos menores;
- c) La patria potestad es flexible y se adapta a las circunstancias de personas y tiempo;

---

<sup>12</sup> Recasens Siches, Luis. *Filosofía del derecho*. Pág. 97



- d) Es un deber que no puede ser objeto de excusa, ya que está asignada a los padres exclusivamente, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado;
- e) Es una obligación de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero;
- f) Es una obligación intransferible: no puede el padre transmitir a un tercero en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos, salvo el caso de la adopción;
- g) Por último, representa una obligación positiva de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad.

### **1.5 A quién corresponde y sobre qué hijos se ejerce**

Al igual que sucede con otra serie de instituciones, la legislación no siempre tiene y sigue los mismos lineamientos que la doctrina, como se verá más adelante. Lo que sí es cierto es que de acuerdo a la filiación, corresponde la determinación del ejercicio de la patria potestad en muchos de los casos.

#### **a) Los padres legítimos**

Doctrinariamente existe la tendencia de circunscribir la patria potestad en la figura del padre, y en su defecto en la de la madre sobre los hijos legítimos. Ahora bien, el Código Civil guatemalteco, a diferencia de la doctrina, no habla de hijos legítimos o ilegítimos, sino de hijos matrimoniales, eliminando así la desigualdad existente en la doctrina en cuanto al ejercicio de la patria potestad, ya que mientras que en la doctrina la madre juega un papel secundario, en la legislación guatemalteca ambos cónyuges la ejercen conjuntamente. Al respecto, el Artículo 252 del Código Civil

establece que: "Artículo 252. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho..."

#### b) Padres naturales

Al respecto, la doctrina establece que la patria potestad se entenderá existente respecto de los hijos naturales (concebidos por personas solteras, pero aptas para contraer matrimonio), excluyendo de este derecho a los hijos no naturales (concebidos por personas no solteras y, por consiguiente, no aptas para contraer matrimonio), y dicha patria potestad corresponde al padre o la madre que lo haya reconocido. La legislación guatemalteca no hace diferencia entre hijos naturales o no naturales como en la doctrina, sino que habla de hijos fuera de matrimonio, y el ejercicio de la patria potestad en estos casos corresponde, según las últimas líneas del primer párrafo del Artículo 252 del Código Civil, al "... padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo...". Asimismo, el Código Civil, en su Artículo 210, trata de solventar el problema del reconocimiento del hijo procreado al establecer que si el hijo no nace dentro del matrimonio o de la unión de hecho declarada, la filiación se establece, con relación a la madre, por el solo hecho del nacimiento; y con respecto del padre, con el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial.

#### c) Padres adoptivos

En el caso de los padres que adoptan un hijo, éstos tendrán la patria potestad sobre el o los hijos que hayan recibido en adopción. En este caso, la legislación guatemalteca sigue las mismas líneas que la doctrina y, al respecto, estipula en el Artículo 232 que: "Al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquél."; y en el Artículo 258 que: "La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado".



## CAPÍTULO II

### 2. La patria potestad y los casos que se producen en dicha función

#### 2.1 Breves consideraciones

Como se estableció anteriormente, durante la evolución histórica de la patria potestad, los poderes que ésta incluye fueron delimitándose poco a poco, restringiendo su uso y alcance cada vez más, todo en pro del menor o interdicto, razón por la cual se incluyeron dentro de las distintas legislaciones causales, por las que se puede llegar a separar de o perder la patria potestad.

Así pues al llegar a esta etapa, se debe diferenciar las formas de poner fin a la patria potestad, reuniéndolas en dos grandes grupos: primero, el grupo de causales de desaparición total y definitiva de la patria potestad y dentro del cual, se encuentra la extinción; y segundo, el grupo de causales que cortan prematuramente la patria potestad, por causales usualmente imputables a los que la ejercen, pero con posibilidades de reestablecerse, grupo dentro del cual se encuentra la sustitución y la suspensión / pérdida.

#### 2.2 La filiación

##### a) Definición

Según Planiol-Ripert, citado por Espín Cánovas, indica que la filiación “en sentido amplio, la describe como la descendencia en línea recta, pero en sentido jurídico, le da un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo, indicando que de aquí deviene que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere al lado del padre o de la madre, y por lo tanto, concluye dicho autor, en que la filiación puede definirse como la relación existente entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de



la otra.

Al respecto, Espín Cánovas, manifiesta que como la procreación es obra de padre y madre, es evidente que si la relación de paternidad o maternidad, aisladamente considerada nos muestra la relación de filiación, deberá comprender tanto a la paternidad como a la maternidad, y por tanto, se podría definir, como la relación existente entre una persona, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera”.

## b) Clasificación de la filiación

### b.1) Filiación legítima

Se entiende por filiación legítima, la que se crea entre el hijo concebido dentro del matrimonio y sus padres. Puig Peña, con relación a la filiación, doctrinariamente hace una clasificación así:

1. Filiación legítima propia: Los hijos con legitimidad propia son los concebidos y nacidos dentro del matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos y máximos del embarazo. Este tipo de legitimidad, es la que produce todas las consecuencias exactas de la filiación. Para ella no hay vacilación ni duda de ninguna especie en orden a los efectos y, sobre todo, al cumplimiento de los deberes que la paternidad supone, toda vez, que en ella se parte de la existencia del matrimonio jurídicamente celebrado.

2. Legitimidad impropia: Habiéndose caracterizado la legitimidad propia en el hecho de la concepción y nacimiento de los hijos dentro del matrimonio, los concebidos y nacidos fuera de él, no pueden merecer tal consideración. En este tipo de legitimidad, el exponente señala dos presupuestos:

a) La legitimación impropia referida a la fase inicial del matrimonio, en el supuesto

que se refiere al caso de un hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido dentro del mismo. En un principio este hijo tendrá la calidad de natural, si los padres podían casarse al tiempo de la concepción, pero algunas legislaciones le asignan la condición de hijo legítimo si concurren ciertas circunstancias que cada ley determina;

b) Legitimidad impropia: Se refiere a la fase final del matrimonio este segundo supuesto, se refiere al caso de un hijo concebido dentro del matrimonio, pero nacido al disolverse el mismo. Señala Puig Peña que en este supuesto, hay que distinguir según que el nacimiento hubiere tenido lugar dentro o fuera del término de los trescientos días fijados como límite máximo del embarazo. En el primer caso, el hijo está en la misma situación que el procreado y nacido dentro del matrimonio. El problema se refiere mas al segundo supuesto, en el que los hijos deben declararse ilegítimos de pleno derecho.

3. Legitimidad imprecisa: En ella se da el conflicto de paternidades. Se presenta cuando una mujer, a pesar del plazo prohibitivo, vuelve a casarse inmediatamente después de quedar disuelto su anterior matrimonio, y da a luz un hijo antes de los trescientos días siguientes a la extinción del primer vínculo, aunque posterior a los ciento ochenta días de celebrado el segundo, se plantea el problema de determinar que condición tendrá ese hijo. Por un lado, es hijo legítimo del primer matrimonio, pero por otro también puede ostentar la calidad de legítimo respecto al segundo matrimonio”.

#### b.2) Filiación ilegítima

Se entiende por relación paterno filial ilegítima, a aquella que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las justas nupcias”.

Diego Espín Cánovas, indica que la filiación ilegítima hay que diferenciarla según que proceda de uniones entre personas no unidas en matrimonio “pero que podían haber estado casados”, por el contrario, proceda de personas que ni estaban casadas, ni



podían haberlo estado por la existencia de algún impedimento matrimonial. Surge así, la diferencia entre la filiación ilegítima natural y la filiación ilegítima no natural, distinción que para el autor citado, es de gran importancia, ya que al decir, la regulación de los derechos de los hijos naturales y de los no naturales son completamente distintos, indicando además que solo la filiación natural puede ser objeto de legitimación y al respecto la clasifica así:

a) Filiación ilegítima natural: Implica en primer término que ha sido procreada fuera de matrimonio, ya que la procreada dentro del matrimonio tiene las características de ser legítima.

Por otra parte, como dentro de la filiación ilegítima o extramatrimonial, tan solo es natural la habida por padres que podían haber estado casados, al tiempo de la concepción. Se comprende que el concepto de filiación natural resulta de un doble requisito, una de carácter negativo concepción fuera del matrimonio, y otro positivo, posibilidad de estar casados los padres al tiempo de la concepción, por lo tanto, se puede definir la filiación natural como la habida de padres que, no estando casados, podían, sin embargo, haber contraído matrimonio al tiempo de la concepción de su hijo.

b) Filiación ilegítima no natural: A diferencia de la filiación natural, que tiene una nota negativa procreación fuera del matrimonio, y una positiva, posibilidad que los padres se hubieren casado al tiempo de la concepción, la filiación ilegítima no natural se define tan solo de un modo negativo.

En efecto, la filiación ilegítima no natural, es aquella engendrada por quienes ni estaban casados, ni podían estarlo al tiempo de la concepción por oponerse a ello, un impedimento no indispensable.

c) Filiación matrimonial: Como lo define la legislación civil guatemalteca, se puede equiparar a lo que doctrinariamente se ha manifestado, en cuanto a la filiación



legítima señalada con anterioridad, y en cuanto a la filiación maternal, no existe mayor discusión, en el sentido de que no se hace indispensable el nexo que crea la maternidad, pues es suficientemente notorio el proceso de gestación. En cuanto a la filiación paterna, el Código Civil dispone que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo anulable, considerando como hijo de matrimonio tanto al concebido antes de la celebración del mismo, pero nacido después de esta celebración, como al concebido en el matrimonio y nacido después de su disolución, lo que se desprende de dos supuestos que contempla el Artículo 199 del Código Civil que dice “1º. El hijo nacido después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la unión del cónyuge legalmente separado; 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Contra ambas presunciones se admite como única prueba en contrario, el haber sido imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, o sea por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia, tal como lo regula el Artículo 200 del Código Civil. El marido también tiene la oportunidad, de impugnar la paternidad del hijo que nazca dentro de los ciento ochenta días a la celebración del matrimonio, siempre que no concurren las siguientes circunstancias:

- a) Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez.
  
- b) Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmo o consintió que se firmara a su nombre, la partida de nacimiento y,
  
- c) Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido, tal como lo establece el Artículo 201 del Código Civil, circunstancias que basada la ley en presunciones legales de la época en que se elaboro el Código Civil, en la actualidad carecen de significación, ya que existen técnicas medicas y científicas para poder determinar por medio de exámenes de sangre y de ADN la procedencia filial del menor y la fecha en que concibió la madre, por ejemplo, situación que será analizada



posteriormente en el presente trabajo.

Aplicando estas técnicas, se puede establecer con mayor facilidad que el juez pueda hacer un dictamen sobre una controversia que surja de las relaciones familiares, es decir, el marido puede impugnar la paternidad del hijo nacido en el tiempo en que él considera que no es hijo suyo por cuestiones naturales, y conviene en ese sentido, establecer lo que dice la ley, pues indica que el marido puede impugnar la paternidad, del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio o la unión de hecho, pero en este caso, el hijo y la madre tienen derecho para justificar la paternidad de aquel, conforme lo indica el Artículo 202 del Código Civil.

La ley procura regular la forma de establecer la filiación matrimonial, persista o no, ese vínculo en el momento de que se solicite su reconocimiento. El Artículo 206 contempla el derecho de la mujer encinta al momento de la separación o disolución del matrimonio, señalando su deber de denunciarlo al juez o al marido, en el término de noventa días contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer queda encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente, dentro del mismo término, a fin de que en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

Con la relación paterno-filial, puede determinarse que cuando se acude a la vía judicial, se pretende, conforme la legislación analizada, que a cualquier persona le asiste el derecho que tiene como hijo no reconocido que se busque una declaración judicial para que un tribunal competente haga dicho reconocimiento. Su acción no pretende crear algo, sino que el órgano judicial, se pronuncie sobre un hecho ya realizado en la vida real.



### 2.3 La modificación al ejercicio de la patria potestad

El Artículo 273 del Código Civil establece las causas por las cuales puede separarse a cualquiera de los padres del ejercicio de la patria potestad, y señala:

1. Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;
2. Por interdicción, declarada en la misma forma;
3. Por ebriedad consuetudinaria; y
4. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes.

De acuerdo con el autor Manuel Ossorio, el término extinción significa: "Cese, cesación, término, conclusión, desaparición de una situación o relación y, a veces, de sus efectos y consecuencias también".

Así pues, la extinción de la patria potestad significa, la desaparición absoluta de esta función. El Código Civil guatemalteco no contempla explícitamente dentro de su articulado las causales que extingan definitivamente la patria potestad, de tal manera que la misma no se pueda recuperar de forma alguna, salvo lo que se entienda por deducción de los incisos 1º y 2º, del Artículo 277 del Código Civil.

Ahora bien, aun cuando la legislación no las contempla, la lógica lleva a deducir que existen básicamente cinco causales que llevan a extinguirla sin posibilidad de recuperarla, éstas son:

- a) Por muerte de ambos padres (mientras el hijo sea menor de edad o se encuentre en estado de interdicción);



b) Por muerte del hijo menor de edad o declarado en interdicción;

c) Por llegar el hijo a la mayoría de edad y no estar o seguir en estado de interdicción;

d) Por delito en contra de las personas o bienes de los hijos; o si en el caso de delito cometido contra el cónyuge haya reincidencia y no existan atenuantes (inciso 3º, Artículo 274 del Código Civil).

En el caso de la sustitución de la patria potestad, es una forma de poner fin a la patria potestad, que es una que no aplica del todo en la legislación guatemalteca ya que, en la doctrina, la patria potestad es ejercida por el padre y se considera a la madre como sustitúa de la patria potestad cuando éste no la pueda ejercer.

En Guatemala, la sustitución no existe ya que la patria potestad se ejerce, de conformidad con el Artículo 252 del Código Civil, por el padre o la madre, así pues, en la legislación guatemalteca únicamente se puede hablar de la separación, por lo que se puede afirmar, que ambos padres tienen el ejercicio de la patria potestad y lo que puede suceder, es que uno sólo la ejerza.

En el caso de la suspensión y pérdida de la patria potestad, se considera que ambas forman un mismo grupo ya que, a diferencia de la doctrina que contiene casos en la que (sin ser considerada extinción), la patria potestad se pierde sin posibilidad de recuperarla, en la legislación guatemalteca si existe la posibilidad de recuperarla sin importar si se interrumpió el ejercicio la patria potestad por suspensión o pérdida de la misma.

El único caso que se considera, puede causar alguna duda es el supuesto contenido en el Artículo 269 del Código Civil, ya que en las causales de la recuperación de la patria potestad se contemplan únicamente los casos de suspensión o pérdida, no de



la separación, por lo que habría que considerar si existe o no la posibilidad de recuperar la patria potestad si se fue separado de la misma.

La suspensión de la patria potestad se encuentra contemplada en el Artículo 273 del Código Civil, siendo las causales las siguientes.

- a) Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;
- b) Por interdicción, declarada de la misma forma;
- c) Por ebriedad consuetudinaria; y
- d) Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes.

La pérdida de la patria potestad se encuentra contemplada en el Artículo 274 del mismo código, siendo las causales las siguientes:

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



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

Ahora bien, a nuestro parecer, la única diferencia entre una y otra forma (suspensión/pérdida) son la gravedad de las causales que llevan a la interrupción del ejercicio de la misma, y digo que la única diferencia es ésta, ya que pareciera que el Artículo 274 únicamente complementa al 273 sin marcar mucha diferencia.

Adicionalmente, si se llegare a suspender o perder el ejercicio de la patria potestad, dicho ejercicio en ambos casos puede ser recuperado. Inclusive, se puede llegar a considerar si verdaderamente es necesaria hacer la diferencia entre suspensión o pérdida. Es por esta razón, que se considera que tanto la suspensión como la pérdida de la patria potestad forman parte del mismo grupo de causales, las cuales son temporales con posibilidad de recuperación.

La suspensión o pérdida de la patria potestad puede ser promovida según el Artículo 276 del Código Civil, única y exclusivamente, por los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y por la Procuraduría General de la Nación (anteriormente el Ministerio Público).

#### **2.4 Recuperación de la patria potestad**

Como se dijo anteriormente, el Código Civil guatemalteco contempla la separación del ejercicio de la patria potestad, pero también su rehabilitación o recuperación. Esto es debido a la importancia y el papel que el ejercicio de la patria potestad, juega en el crecimiento y desarrollo del menor o interdicto, si la misma se pierde, la ley considera ciertos casos en los que de haber sido suspendida o se hubiere perdido la patria potestad, ésta pueda ser recuperada.

Así pues, los casos en que ésta puede ser recuperada se encuentran contemplados en el Artículo 277 del Código Civil, que son los siguientes:

“El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede a petición de parte, reestablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

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

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

En resumen, y específicamente en lo que respecta a la patria potestad, el derecho de familia actual busca, en el ejercicio de la misma, un cierto nivel de integridad personal mínimo de quien la ejerza y, además busca establecer un límite en el ejercicio de ésta, para que no se pueda decidir sobre cualquier situación, sino únicamente sobre ciertos aspectos, cumpliendo así con lo que la familia es actualmente para la sociedad.

## **2.5 Procedimiento para la rehabilitación del ejercicio de la patria potestad**

La Ley de Tribunales de Familia se remite al Código Procesal Civil y Mercantil para establecer los procedimientos a seguir al momento de tramitar asuntos de familia.



Así, el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia establece que: "En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el Capítulo II del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil...".

Se observa pues, como dicha ley no era muy precisa y sujetaba prácticamente todo al procedimiento oral. Luego se dio a conocer la CIRCULAR No. 42/AH que proporciona un "Instructivo para los tribunales de familia" emitido por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. En este instructivo se delimitaron los asuntos a resolverse por medio de juicio oral, siendo éstos: (a) Alimentos; y, (b) Patria Potestad.

Como se puede establecer, el procedimiento a seguir para la resolución de cualquier asunto que se relacione con la suspensión o pérdida de la patria potestad será el Procedimiento Oral contemplado en los Artículos del 199 al 228 del Código Procesal Civil y Mercantil.

De acuerdo a lo anteriormente anotado, es de considerar los aspectos que se encuentran desfasados de la realidad, con respecto a las normas anteriormente citadas, y por ello, se hace imprescindible considerar los siguientes aspectos:

1. El Artículo 274 del Código Civil enumera cinco causales de pérdida de la patria potestad. No existe claridad respecto a las causales de la pérdida de la patria potestad, específicamente en cuanto a las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares, pues pudiera ser que se acreditara estos extremos, con la presentación de estudios socioeconómicos, que permitieran al juez determinar estos extremos.

2. Respecto a la segunda causal, que es dedicar a los hijos a la mendicidad o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores, es común observar que cuando la madre regularmente es la que podría provocar estos extremos, la situación



del padre es similar. Es común también observar a niños pidiendo limosna en calles y muy difícil acreditar que los padres son los que los envían.

3. En cuanto a la causal número tres, que se refiere a delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos, pues en este caso, el padre o madre que provocó el delito, necesariamente se encontraría respondiendo ante la justicia, y el ejercicio de la patria potestad le corresponde al padre o madre inculpable.

4. En el caso de la causal número cuatro, tiene mucha relación con el análisis que se ha hecho del numeral 2 de este trabajo.

5. Respecto a la causal quinta, por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito, se relacionará con dos áreas específicas del derecho, la civil y la penal. La civil, porque el artículo pertenece al ámbito civil. La penal, porque como consecuencia de actos incluidos dentro del ámbito penal es que el Código Civil regula la pérdida de la patria potestad. Como se observa las consideraciones de todo tipo, desde simples tecnicismos y conflictos con el contenido de otras leyes, hasta adentrarse en la misma naturaleza jurídica de la propia institución, para ver si la norma en cuestión verdaderamente persigue y alcanza el fin último y creador de lo que actualmente se conoce como la patria potestad.

6. Se considera en este caso, como pena accesoria la pérdida de la patria potestad, confundiendo entonces el ámbito civil del penal y viceversa.





## CAPÍTULO III

### 3. La adecuada fiscalización y ejercicio de la patria potestad

#### 3.1 El correcto ejercicio de la patria potestad

Cuando se habla del ejercicio correcto de la patria potestad, necesariamente se estaría adentrando a temas de moral, ética y principios de los padres. Esto se suscita, por cuanto, a pesar de que el Código Civil guatemalteco establece que el ejercicio de la patria potestad se suscita en el matrimonio y fuera de él, pues es la que se ejerce sobre los hijos menores esta es en conjunto, entre el padre y el padre, la realidad marca otra circunstancia.

Derivado de lo anterior, resulta muy distinto abordar la temática del ejercicio de la patria potestad en el caso del matrimonio y cuando no se trata de un matrimonio, sino que a pesar de que el menor ha sido concebido por ambos padres, el ejercicio de la patria potestad necesariamente lo tiene solo un padre, en este caso, y siendo normal de acuerdo con la realidad, que lo es la madre, por la irresponsabilidad del padre respecto de los hijos.

Se ha demostrado documentalmente que existe en Guatemala paternidad irresponsable. El concepto de la paternidad, se debiera entender independientemente del aspecto puramente biológico, que como se dijo arriba, le corresponde a ambos padres, la concepción del hijo, se aborda también en forma independiente dentro de un concepto jurídico.

Es de conocimiento general que los niños y niñas en Guatemala carecen de verdaderos padres, con las circunstancias que tienen que vivir los niños y niñas, que los hacen sobrevivir a los embates de la vida a causa de la despreocupación de los adultos que son sus padres, por un lado, y por otro, el crecimiento de los hijos sin cimientos de valores y principios, por la preocupación de los padres de llevar los



alimentos y se olvidan de otras necesidades que los mismos hijos presentan, también representa un problema que se afronta por parte de la sociedad guatemalteca.

Dentro de las circunstancias a que se refiere cuando no se ejerce una verdadera patria potestad en el caso de los hijos, se pueden señalar las siguientes:

1. Cuando en una familia el padre es borracho y vicioso, cabe una gran posibilidad de que los hijos lleven desde su adolescencia hasta el resto de su vida, el mismo estilo de vida que su padre.
2. Se ha comprobado, que es más impactante en la vida de una persona el ejemplo de un padre que el de una madre, por lo tanto el resultado de una sociedad irresponsable tendiente a la continua corrupción, es la consecuencia de padres con las mismas características.
3. También otro factor que incide en esta problemática, es el estilo de vida que adopta una persona sea bueno o sea malo, no solo afecta a la generación siguiente sino hasta la tercera y cuarta generación.
4. En el caso de que el comportamiento de una persona es inapropiado, este modo de vida afectará a cuatro generaciones. Por decir, un padre de familia que se droga y que lleva una vida promiscua, aunque la madre sea una persona de bien y caridad, el impacto paternal es más fuerte, y este desequilibrio familiar afectará a las próximas cuatro generaciones.
5. Otro tema importante en este análisis es el equilibrio familiar, que se encuentra hoy por hoy tan frágil y que puede reflejar en hijos futuros delincuentes.
6. Se ha dicho que cuando un padre, no acostumbra a utilizar palabras de motivación con sus hijos, se genera un vacío de identidad. Las palabras de motivación, son las



que les dan identidad a las personas. Cuando un padre no motiva a su hijo a ser y a hacer cosas buenas en la vida, es fácil que las malas compañías lo motiven a ser y a hacer otras cosas incorrectas. En la sociedad no hay malas personas, sino personas mal motivadas.

7. También cuando un padre fracasa en alguna área, los hijos tienden a cometer los mismos errores. Si un padre fracasó en su matrimonio, no es de extrañarse que los hijos vivan experiencias similares. Si un padre vive un fracaso económico, los hijos tienden a fracasar de la misma manera. Los estándares de fracaso, se deben más a falta de motivación paternal, que a falta de oportunidades o de capacidad. Hay personas que tienen mucha capacidad, pero han sido tan mal influenciadas que terminan fracasando en la vida. El fracaso, es el resultado del temor a intentar cosas nuevas, el temor es el resultado de no creer en sí mismo, el no creer en sí mismo es baja autoestima, la cual es generada por la motivación ineficiente de un padre con respecto de su hijo.

8. Una de las frases que más detesto de los hombres guatemaltecos, y está tan generalizada que la escuché aún de un periodista, al que considero muy equilibrado y coherente.

9. Incide en esta problemática del ejercicio conjunto, para que sea positivo en el niño o niña su crianza y desarrollo, el hecho de los factores culturales y machistas que permiten (e incentivan) que los jóvenes varones puedan tener el número de parejas que sea posible (no necesario) y a las mujeres se les obliga a tener una sola pareja para toda la vida, lo que hace inviable la fidelidad, el matrimonio y la monogamia, porque esto no puede ser cumplido por sólo una de las partes, mientras la otra "hace lo que quiere".

10. El tema de que se debe propiciar una paternidad responsable, que conlleve necesariamente el ejercicio efectivo de la patria potestad, tal como lo establece el espíritu del Código Civil. Durante años se ha intentado hacer que los hombres sean



responsables, endurecimiento de leyes y demás cosas pretenden "disminuir" la paternidad irresponsable, pero como siempre, el castigo recae en la mujer "para que se dejó meter un hijo". Y también los dichos que hablan de "paternidad como acto de fé" ya que era complejo saber a ciencia cierta, si la filiación era segura.

### **3.2 El bienestar de los hijos menores de edad**

El bienestar de los hijos, es un fin del ejercicio de la patria potestad. Todo derecho nace de una obligación, y el caso de la patria potestad no es ajeno a dicho enunciado. El Código Civil guatemalteco en el Artículo 253 establece: "Los padres tienen al obligación de mantener y educar a sus hijos", pero para poder llevar a cabo tan noble tarea, éstos necesitan del derecho de mandar sobre ellos, de poder corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad.

La patria potestad, como se estableció en el capítulo anterior, se origina de la paternidad y de la maternidad. La ley reglamenta la patria potestad, pero no la crea, ésta es más bien una relación que existe entre ascendientes y descendientes, es por esto un derecho natural de los padres.

Este derecho natural, servirá para llevar a cabo los fines para la cual dicha relación inconscientemente, surgió de la naturaleza y fue luego reconocida por la ley, una relación que tiene como fin prioritario el desarrollo humano integral del menor o interdicto. Este desarrollo humano integral, se encuentra conformado por el derecho de los hijos a la educación, a una atención completa, a un cuidado y un buen trato, al desarrollo social y religioso (sea cual sea la religión), a la preservación de sus bienes, a la integración familiar, entre muchos otros.

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución que tienen relación con el derecho de familia y el derecho de los niños, se encuentra:



1. Derecho a la vida: Según el Artículo 3 que dice “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

2. Derecho de petición: Artículo 28 “Los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.

3. Libertad de religión: Artículo 36, que dice que se establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.

4. Derechos inherentes a la persona humana. Establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.

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

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

7. Dentro de los derechos sociales se regula: lo relativo a la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, acciones contra



causas de desintegración familiar. Todo lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos 48 a 56 de la Constitución.

8. Establece el derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, eje de toda sociedad.

De estos derechos, se considera que dos son los más importantes (sin que el orden tenga alguna importancia) la educación y la protección patrimonial. En el caso de la educación, y como dijera Olga Rodríguez Cazo de Beltrán, citada por el autor Antonio de Ibarrola: "... la educación del niño comienza desde su concepción. Más bien, como dicen muchos filósofos, muchas generaciones antes de que lleguen al mundo. Pocos años transcurren y el niño se dirige a lo desconocido con la avidez del hambriento". «La patria potestad que impone el derecho a educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. Si predicamos con el ejemplo, seremos no sólo obedecidos, sino seguidos...".<sup>13</sup>

En el caso del segundo de los derechos, la protección patrimonial sin que tenga una connotación materialista, pero sí se estima importante porque son la o las personas que ejerzan la patria potestad quienes tendrán la obligación de velar por todos y cada uno de los bienes del menor para que éstos perduren, al menos hasta la mayoría de edad de los hijos, momento en el cual ya podrán sus hijos disponer de dichos bienes. Esta protección incluye la toma de las decisiones más convenientes a criterio de los padres.

Por consiguiente, y si debiera puntualizar los fines que la patria potestad debe perseguir y, por consiguiente, cualquier legislación de familia, la respuesta sería que los fines máximos a perseguir son la protección y seguridad, protección durante su desarrollo y seguridad, seguridad física y personal en el sentido que no le pasará nada y que no le faltará nada, y seguridad en el sentido que el menor o interdicto,

---

<sup>13</sup> Ibarrola de, Antonio. **Derecho de familia**. Pág. 445



recibirá la mejor crianza y educación posible que le permitan integrarse a la sociedad de la manera más adecuada y que, al hacerlo, tendrá las herramientas psicológicas, morales y patrimoniales que le permitan hacerlo de la mejor manera.

### **3.3 Normas protectoras de los derechos del niño**

A) La Convención Internacional de los derechos del niño, Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia

Al empezar este breve análisis legal, conviene establecer que de conformidad con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro de las normas que se contemplan para los derechos sociales, se indica:

a) Que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia.

b) Además, de proteger a menores y ancianos, y favorece la adopción, declarando de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

Además, el tema de la patria potestad y la filiación, como ya se ha analizado anteriormente, se regula en el Código Civil.

La Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia, contenida en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República, establece lo relativo al procedimiento de la adopción en los Artículos 18 al 24 y lo regula como carácter excepcional, siendo el objetivo principal la integración de la familia, lo anterior y posterior al haberse agotado la tramitación respectiva conforme las leyes y autorizadas como corresponde específicamente por medio de los dictámenes favorables de la Trabajadora Social o Trabajador Social adscrito a un Juzgado de Primera Instancia de Familia, y consecuentemente por medio de la Procuraduría General de la Nación.



Esta ley es de reciente creación y vigencia, y pretende entre otras cosas:

- a) Que considerando las normas constitucionales que obligan al Estado a cumplir con sus deberes de protección de la niñez en los aspectos de salud, educación física, moral y mental.
- b) Que el Código de Menores, constituía la única ley ordinaria que regía para el caso del derecho de los menores, y que en su normativa, que radicaba del año 1979, ya no era congruente con la realidad jurídica social de los menores y jóvenes, y que repercute en la incongruencia que existía entre esta normativa y la Convención Internacional sobre los derechos del niño, principalmente en el plano de la doctrina de la protección integral.
- c) Que el Código de Menores, no hace una diferenciación entre niño y joven, siendo necesario para el adecuado tratamiento estatal, circunstancia que si se regula en la Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia.

Dentro de los derechos que se regulan a favor de los menores, se encuentra el derecho a la vida, la igualdad, la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición. El derecho a la familia y a la adopción, como derechos individuales, así también los derechos sociales, como en el caso de la salud, educación, cultura, deporte, recreación.

La protección especial a la niñez y a la adolescencia en el caso de los menores y jóvenes con discapacidad, en el caso del tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes, derecho a la protección contra la explotación económica, contra el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia, a la protección por maltrato, a la explotación por abusos sexuales, a la protección por conflicto armado, en el caso de los niños, niñas y adolescentes refugiados.



Establece los deberes inherentes a los niños y jóvenes, los cuales se encuentran expuestos en el Artículo 62 de dicha ley que dice:

Deberes y limitaciones. En la medida de sus facultades, todo niño, niña y adolescente estará solemnemente sujeto a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Para su desarrollo integral, los niños, niñas y adolescentes en la medida de sus capacidades, tienen los siguientes deberes:

- a) Desarrollar actitudes de consideración, solidaridad, tolerancia, comprensión y respeto con los ancianos, adultos, adolescentes y otros niños y niñas, sin distinción de vínculo familiar, sexo, posición económica y social, étnica y discapacidad física, mental o sensorial.
- b) Respetar y obedecer a sus padres, tutores o encargados contribuyendo a la unidad y lealtad familiar.
- c) Apoyar a sus padres en su ancianidad, discapacidad o enfermedad, en la medida de sus posibilidades.
- d) Conocer la realidad nacional, cultivar la identidad cultural, los valores de la nacionalidad guatemalteca y el patriotismo.
- e) Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo.
- f) Esforzarse por asimilar los conocimientos que se les brinden y tratar de desarrollar las habilidades necesarias para alcanzar un adecuado rendimiento escolar.



- g) Cumplir con las disposiciones disciplinarias establecidas en el centro escolar, donde curse sus estudios, siempre y cuando se administren de modo compatible con su dignidad y no contravenga esta ley ni las leyes del país.
- h) Participar en las actividades escolares y de su comunidad.
- i) Cuidar y respetar sus bienes, los de su familia, los de su centro de enseñanza y los de la comunidad, participando en su mantenimiento y mejoramiento.
- j) Colaborar en las tareas del hogar, siempre que éstas sean acordes a su edad y desarrollo físico y no interfieran con sus actividades educativas y desarrollo integral.
- k) Cumplir con los tratamientos médicos, sociales, psicológicos o de otra índole que sea necesarios para su bienestar.
- l) Participar con respeto y honradez en las actividades culturales, deportivas, recreativas, que organicen las instituciones públicas y privadas.
- m) Conocer y promover la Constitución Política de la República, la Convención sobre los derechos del niño y los derechos humanos en general.
- n) Buscar protección ante sus padres o encargados o ante las autoridades competentes, de cualquier hecho que lesione sus derechos.
- o) Respetar, propiciar y colaborar en la conservación del ambiente.
- p) No abandonar la casa de sus progenitores o aquella que ellos o la autoridad les hubiere asignado, sin la debida autorización de ellos.
1. Corresponde conocer de los casos de menores en situación irregular y dictar las medidas de protección de los mismos.



2. Resolver en definitiva los procesos de menores acordando las medidas que establece el Código de Menores.
3. Promover la investigación de los casos de abandono, exposición al peligro moral o material y conducta irregular de los menores.
4. Sancionar a los responsables del incumplimiento de los deberes de asistencia a los menores de contravención que haya provocado la situación de irregularidad de los mismos.

#### B) Comisión Pro Convención sobre los derechos del niño

Este organismo constituye un esfuerzo por organización de instituciones gubernamentales y no gubernamentales a nivel nacional, que a la fecha, según datos estadísticos, la integran 38 instituciones, además de que cuenta con personalidad jurídica, entre sus objetivos principales se encuentran:

1. Contribuir a la promoción, defensa y cumplimiento de la Convención sobre los derechos del niño en Guatemala.
2. Propiciar la coordinación intersectorial que favorezca la operatividad y nacionalización de la convención.
3. Promover acciones tendientes a concientizar a la sociedad guatemalteca sobre la importancia de su participación para hacer efectiva la convención.
4. Impulsar el cumplimiento y readecuación de la ley en materia de la infancia, partiendo de lo conceptualizado en la Convención Internacional sobre los derechos del niño.



C) Coordinadora Institucional de Promoción por los derechos del niño CIPRODENI

También esta organización aglutina a once organismos no gubernamentales que trabajan en la promoción y defensa de los derechos de la niñez, así como en la búsqueda y ejecución de programas y proyectos alternativos que modifiquen positivamente la realidad existencial de la niñez en Guatemala.

D) La Comisión Nacional Pro Convención sobre los derechos del niño

Esta comisión se conformo a raíz del primer encuentro de parlamentarios centroamericanos en que se revisó la Convención Internacional sobre los derechos del niño, en el año de 1989 y tiene como fin principal velar, motivar, promover y orientar a nivel nacional, la efectiva aplicación de la Convención sobre los derechos del niño.

Dentro de las instituciones miembros de la comisión, se mencionan a las siguientes:

1. Asociación Casa Alianza
2. Asociación de Scout de Guatemala
3. Consejo de Bienestar Social
4. Coordinadora Institucional de Promoción de los derechos de la niñez, CIPRODENI
5. Childhope
6. Christian Children's Found
7. Fundación Pediátrica Guatemalteca



8. Instituto Interamericano del Niño
9. Programa de Asistencia a Viudas y Huérfanos víctimas de la violencia
10. Sociedad para el Desarrollo Integral de la familia guatemalteca
11. Programa Latinoamericano de niño a niño
12. Red Barna
13. Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República
14. Sociedad Protectora del Niño
15. Unidad de Capacitación y Asistencia Técnica en Atención Integral al Niño
16. Visión Mundial
17. Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos del Niño
18. Dirección General de Servicios de Salud
19. Acción Médica Infantil

E) La Ley de Tribunales de Familia

La legislación guatemalteca, a lo largo de su historia, no tuvo mayor avance en lo que respecta integración de familia. Esto se hace evidente si hacemos un análisis retrospectivo de la existencia de leyes de familia en la legislación guatemalteca, encontraremos con sorpresa que previo a la Ley de Tribunales de Familia, no existía regulación alguna más que la proporcionada por el Código Civil que en cada época



estuviere vigente y que cabe agregar, no era la más eficiente, no porque fuera equivocada, pero sí por incompleta o desactualizada con relación a las crecientes necesidades que la familia ha ido presentando a lo largo de su desarrollo y madurez.

Como se hace evidente al hacer un corto análisis histórico-legal del derecho de familia en Guatemala, no se contó con una legislación puntual y específica para la familia, como pudiera ser un Código de la Familia, por ejemplo, y no fue sino hasta el gobierno del Coronel Enrique Peralta Azurdía que se hizo algo al respecto. Así, y en un intento de mejorar y actualizar la legislación de familia, el Coronel Peralta Azurdía comisionó a doña Elisa Molina de Stahl y a la Licenciada Ana María Vargas de Ortiz para desarrollar tan importante integración. Como resultado de esta ardua labor y como un intento de regular situaciones en las que se presentaban grandes lagunas legales surgió el Decreto Ley 206: Ley de Tribunales de Familia, la cual fue promulgada el 7 de mayo de 1964.

La Ley de Tribunales de Familia es una ley muy corta (consta de 22 artículos), e inclusive se podría decir, que es poco desarrollada y limitada en cuanto a la persecución de los fines para los que fue creada. Esta ley desarrolla de manera limitada la actividad de los tribunales de familia y regula, remitiendo a lo que establece el Código Procesal Civil y Mercantil, los procedimientos que deben utilizarse para los conflictos derivados de las relaciones de familia. La Ley de Tribunales de Familia, en lugar de ser una ley procesal, podría considerarse más como un instructivo para los tribunales de esta rama.

Sin embargo, y aún tomando en cuenta sus deficiencias, esta ley tuvo un gran impacto en lo que respecta a la familia, especialmente por dos razones:

a) Creó, en concordancia con la consideración de "elemento fundamental de la sociedad" que el Estado le otorgó a la familia, los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa, sustrayendo de la jurisdicción de los jueces civiles comunes la



tarea de tratar asuntos de familia, procurando así una mejor atención a los problemas familiares cuya solución requería de una atención más específica y especializada.

b) Así, se les transfirió a los nuevos jueces de familia la jurisdicción de cualquier asunto que estuviera relacionado con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, todo esto (y lo cual me pareció muy interesante) sin limitación en cuanto a cuantía: y,

c) Surgió a la vida el famoso Artículo 12, que le da a los Tribunales de Familia facultades discrecionales y una gran amplitud en su campo de acción, todo lo cual se discutirá y desarrollará en lo apartados que siguen.

Sin embargo, no obstante haber creado los tribunales de familia con jueces especializados en la materia, el sistema aún padecía de una deficiencia, ya que los fallos de primera instancia proferidos por los jueces de familia, era revisados en segunda instancia por tribunales del orden común civil que, por un lado carecían del enfoque puntual en cuanto a la familia (a diferencia de los Juzgados de Primera Instancia de Familia) y, segundo, se encontraban sobrecargados de trabajo.

El problema que presentaba el hecho que un tribunal civil del orden común revisara un fallo de primera instancia de familia era que todo el trabajo realizado para la creación de un juzgado especializado (influenciado por ciertos principios específicos y dotados de ciertas facultades especiales), y su labor en general, prácticamente quedaban anulados, ya que el tribunal de segunda instancia aplicaría los principios (positivistas, estrictos y poco amplios) generales del derecho civil común y, asimismo, no es un tribunal que comprenda (y por consiguiente, que pueda hacer excepciones) las amplias facultades especiales con las que se encuentran dotados los juzgados de familia.



Los legisladores se percataron de esta deficiencia y posteriormente, como complemento, se creó la primera Sala de Familia, para que de esta manera se contara con un tribunal de segunda instancia, que comprendiera las amplias facultades de los juzgados de familia, dotando así de cierta continuidad y estabilidad de criterios y facultades al momento de resolver en segunda instancia, asuntos de familia provenientes de primera instancia.

Ahora bien, y debido al amplio uso de recursos conocidos por la Corte de Constitucionalidad, actualmente se podría considerar que existe (o puede llegar a existir) un problema similar al anteriormente expuesto, pero a diferencia de ser un problema entre Juzgados de Primera y Segunda Instancia, el problema actual podría surgir entre Juzgados de Familia y la Corte de Constitucionalidad, debido a que no se cuenta con una cámara especial de familia y por consiguiente cualquier asunto de familia será conocido por la cámara civil, por lo que probablemente a dichos asuntos de familia le son o serán aplicados los mismos principios del derecho civil común y no los principios especiales (y amplios) del derecho de familia.

### **3.4 La conveniencia del reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad**

Como se dijo en un inicio a través del proceso oral, es que se realiza el reestablecimiento o rehabilitación del ejercicio de la patria potestad, y esto se rige por las leyes de familia, que se encuentran en el Código Civil y en la Ley de Tribunales de Familia. En este último caso, el legislador, buscó proteger a la familia dotando de cierta flexibilidad al juzgador al momento de abordar problemas de familia. Dicha flexibilidad se la otorgó dándole "facultades discrecionales" a dicho juez, lo cual quedó plasmado en el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia así:

"Artículo 12.- 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 informar directamente a las partes, sobre los hechos introvertidos y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar toda clase de medidas cautelares, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía". Manuel Ossorio define "facultades discrecionales" de la siguiente forma: "Las que posee el órgano administrativo para obrar de determinada manera, cuando lo crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas".<sup>14</sup>

Si se compara las facultades que la ley le otorga a los jueces civiles del orden común, con las facultades que la ley le otorga a los jueces de familia, se nota una diferencia, en cuanto amplitud y discrecionalidad al momento de juzgar, ya que el juez de familia tiene una mayor libertad de acción. Esto es importante, pues no puede ser rígido el trámite del juicio oral para el reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad de cualquiera de los padres, conocer los motivos que la suspendieron, separaron y calificar la prueba que se presente para reestablecerla o rehabilitarla.

Así pues, el juez de familia puede ordenar la práctica de pruebas que estime necesarias, a diferencia del juez civil común quien únicamente recibe las pruebas ofrecidas por las partes (quienes tienen la carga de la prueba según el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil) y, al valorar dichas pruebas, aún sujeto a la sana crítica, el juez podría exagerar o restringir la sana crítica aduciendo sus facultades discrecionales (elemento que en un momento dado podría reñir con los principios procesales generales).

---

<sup>14</sup> Ossorio, Mario. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 309



Las facultades del juez de familia inclusive se extienden de tal manera que puede inclusive interrogar a las partes del proceso directamente. Puede, asimismo, si lo considera conveniente, dictar de oficio medidas precautorias, lo cual el juez civil común puede hacer únicamente en el caso estipulado en el Artículo 516 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En resumen, el juez de familia tiene una libertad mayor al juzgar y puede, hasta cierto punto, dirigir el proceso de la manera que considere conveniente dentro de los parámetros estipulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, lo cual, es de considerar que presenta un problema, debido a que la razón de existencia de la Ley de Tribunales de Familia y la flexibilidad que se le otorga a los jueces de familia tiene su origen en la necesidad de evitar la rigidez positivista del proceso civil común, sin embargo, la Ley de Tribunales de Familia sujeta sus procedimientos a los estipulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, los cuales no poseen la flexibilidad y celeridad deseados.

Por consiguiente, no sería una pérdida de tiempo el buscar un procedimiento específico para asuntos de familia, que responda a los principios generales de cualquier proceso, pero que no se sujete o limite a los distintos procesos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, sino más bien sea un proceso distinto, dotado de la flexibilidad y celeridad que el derecho de familia persigue. Esta es una de las razones por la que se considera que la Ley de Tribunales de Familia es, como lo se señaló anteriormente, un instructivo más que una ley procesal para los jueces de familia.

### **3.5 La adecuada fiscalización del ejercicio de la patria potestad**

Es de considerar que existe una forma de fiscalización en la institución de la tutela, pues de hecho el ejercicio del cargo de tutor es de carácter público, sin embargo, no se refiere nada la ley al respecto de la institución del ejercicio de la patria potestad. La fiscalización sucede quizá en el caso de lo que regula el Artículo 268 del Código



Civil cuando refiere tutor especial, si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, es cuando el juez nombra un tutor especial, y en este caso, como se decía antes, el ejercicio de esta función es pública, y en ese sentido, el tutor tiene que entregar una rendición de cuentas y solicitar permiso para actos de trascendencia que afecten los derechos de los pupilos.

Cosa distinta sucede en el caso de que los menores posean bienes, pues cuando los hijos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les han pertenecido, sean entregados y para tal efecto deben los padres rendir las cuentas respectivas de su administración. En este caso, también conviene señalar que cuando reciben alguna donación los hijos menores de edad, o se dejare en herencia o legado, los padres como representantes naturales de éstos, tienen que solicitar el permiso respectivo para decidir una venta, permuta, donación, o cualquier circunstancia que les afecte como propietarios de determinado bien.

### **3.6 La adecuada fiscalización de los elementos que propician el reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad**

Ahora bien, con respecto a la fiscalización de los elementos que propician el reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad, es de considerar que a pesar de que haya sido suspendido ya sea el padre o la madre del ejercicio de la patria potestad, sus obligaciones hacia sus hijos no cesan, y esto lo establece el Artículo 275 del Código Civil.

Por otro lado, tal como lo preceptúa el Artículo 277 del Código Civil, solo establece las circunstancias en que se puede reestablecer el ejercicio de la patria potestad, sin embargo, no refiere nada en concreto y de manera técnica cuales podrían ser los elementos que debieran considerarse para que proceda el reestablecimiento, a pesar de que las causales que en el mismo articulado se refieren.

### **3.7 Análisis jurídico de nuestro ordenamiento legal, y los casos concretos que se producen en cuanto al ejercicio de la patria potestad**

Al respecto y para efectos del presente análisis, se describe el Artículo 277 del Código Civil que establece el reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad y señala:

a) Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida, hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos

Conviene señalar, que resulta poco común y esto se evidenció con el desarrollo del trabajo de campo, que se realizó en la visita a los Tribunales de Familia de la Ciudad Capital, Torre de Tribunales, que existan juicios orales o bien ordinarios de esta clase, siendo lo más común, las acciones judiciales de declaratoria de paternidad y filiación extramatrimonial en el caso de los hijos.

Por otro lado, el ejercicio de la patria potestad y la realidad nacional, con respecto de las mujeres que son comúnmente las únicas que la ejercen efectivamente, pues el padre la lleva pero solo de nombre, no ofrece mayores dificultades con relación al padre, porque a este no le interesa, sino se preocupa por proporcionar los alimentos a que está obligado para subsistencia de sus hijos, mucho menos le interesa que se le reconozca como padre de los mismos, si lo menos que quiere es ser el padre, de hecho, si existieran normas que regularan voluntariamente que los padres, puedan acudir a ya no serlo, seguramente los tribunales de familia tuvieran mucho más trabajo.

Pues éste es el sentido de la norma contenida en el Artículo 275 del Código Civil, cuando refiere “El que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacia sus hijos, que se establecen en el presente capítulo”.

Por lo que el supuesto que se analiza, se encuentra vigente, por cuanto se regula en el Artículo 277 del Código Civil, sin embargo, es norma no positiva.

b) Cuando en el caso del delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3° del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes

De igual manera, surge el presente inciso cuando se suscitan casos de violencia intrafamiliar, regularmente el cónyuge varón es el que es separado de la familia, y principalmente de los hijos, más no sus obligaciones para con ellos, sin embargo, por este hecho de violencia contra la mujer o violencia intrafamiliar, no puede suspendersele porque se trataría de otro juicio más que tendría que ejercer normalmente la madre del menor, y esto lógicamente le representan gastos, porque tiene que ser auxiliada por un abogado.

En el primer supuesto como se observa, es cuando se suspende, sin embargo, en el segundo supuesto, impone como requisito que si hubiere reincidencia no podrá restablecerse y esto riñe con la realidad guatemalteca, por cuanto, si de hecho los padres no son responsables con los hijos, de una manera normal sin que se susciten circunstancias como éstas, que podría esperarse, cuando al padre, se le indique que no se le puede restablecer el ejercicio de la patria potestad de su hijo o hija derivado de una reincidencia en el ámbito penal.

c) Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad, no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1° de este artículo

Este inciso probablemente, es uno de los que más puede concordar con una realidad, pues normalmente cuando existe pugna entre el padre y la madre respecto



al ejercicio de la patria potestad, se debe principalmente por las siguientes circunstancias:

1. El padre o la madre son muy responsables.
  
2. El padre o la madre, desean tener a su lado, o más bien dicho, la guarda y custodia de los hijos, y consideran que a través de la pérdida de la patria potestad de uno u otro, podrían lograrlo, como producto de posiblemente conductas indebidas de cualquiera de los dos.
  
3. Cuando el menor o menores poseen bienes.

En estos casos, se puede suscitar que se inicie un juicio oral de restablecimiento del ejercicio de la patria potestad, por los fines que anteriormente se señalaron.

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

En cuanto a lo anterior, es evidente de que el tiempo de tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud de restablecimiento, a juicio de quien escribe, es demasiado largo, por un lado, por otro, se causa un perjuicio al menor, principalmente derivado de lo que refiere el inciso tercero del Artículo 277 del Código Civil, cuando es pedida por los menores mayores de catorce años o por el tutor especial. Claro está, que la conducta debe acreditarse y para determinar si es buena o mala, se tendría que tomar en cuenta el tiempo de observación de la misma. Por ello, resulta ilógico suponer este periodo de tiempo, pues debe ser tomado a partir de la solicitud y durante el transcurso de que se tramite dicho proceso, específicamente nombrando a expertos para que comprueben tal situación, y de aquí surge la necesidad de una fiscalización.



## CAPÍTULO IV

### **4. Estudio jurídico de la patria potestad**

#### **4.1 La institución de la patria potestad y su efectiva aplicación**

Luego del análisis de lo anteriormente establecido, es de considerar que el Código Civil data de los años sesenta, en donde se ha establecido la institución de la patria potestad. En muchos casos, puede confundirse esta institución con el ejercicio de la guarda y custodia.

#### **4.2 La patria potestad como institución en atención al bienestar de los menores de edad**

Al partir de que al menor como quedó anotado anteriormente, le asisten una serie de normas protectoras, los derechos fundamentales que se deben tomar en consideración y en especial, lo que respecta a determinarse por parte del juez, la pérdida, suspensión, separación e incluso rehabilitación en el tema del ejercicio por cualquiera de los padres de éste, son:

1. Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano.
2. Derecho a la integridad personal.
3. Derecho a la rehabilitación y resocialización.
4. Derecho de protección.
5. Derecho a la protección contra el abandono físico, emocional o psicoafectivo.
6. Derecho a la protección contra la explotación económica.



7. Derecho a la protección contra el consumo de sustancias psicoactivas, tabaco, alcohólicas.
  
8. Derecho a la protección contra las violaciones, inducción, estímulo y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, la integridad, y formación sexuales de la persona menor de edad.
  
9. Derecho a la protección contra el secuestro, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud.
  
10. Derecho a la protección contra la guerra y los conflictos armados.
  
11. Derecho a la protección contra el reclutamiento y la utilización de niños por parte de los grupos armados organizados.
  
12. Derecho a la protección contra la tortura y toda clase de penas y tratos crueles, desaparición forzada y detención arbitraria.
  
13. Derecho a la protección contra la situación de vida en calle.
  
14. Derecho a la protección contra traslados ilícitos y su retención en el extranjero.
  
15. Derecho a la protección contra desplazamiento forzado.
  
16. Derecho a la protección contra el trabajo en condiciones no autorizadas y/o en peores formas de trabajo.
  
17. Derecho a la protección contra el contagio de enfermedades y consumo de sustancias psicoactivas durante la gestación o después de nacer o a la exposición



durante la gestación al alcohol o sustancias psicoactivas que pueda afectar el desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.

18. Derecho a la protección contra los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.

19. Derecho a la protección cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administran.

20. Derecho a la protección contra minas antipersonales.

21. Derecho a la protección contra la transmisión del VIH Sida y las infecciones de transmisión sexual.

22. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

23. Derecho a la libertad y seguridad personal.

24. Derecho a tener una familia y a no ser separada de ella.

25. Derecho a custodia y cuidados personales.

26. Derecho a los alimentos.

27. Derecho a la identidad.

28. Derecho al debido proceso.

29. Derecho a la salud integral.

30. Derecho a la educación de calidad.



31. Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.
32. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.
33. Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes.
34. Derecho de asociación y reunión.
35. Derecho a la intimidad.
36. Derecho a la información.
37. Derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar.
38. Derecho a la formación y especialización que lo habilite para ejercer libremente su ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.
39. A gozar de una calidad de vida plena y digna en condiciones de igualdad con las demás personas que permitan desarrollar sus potencialidades y su participación activa en la comunidad.
40. Derecho a que se le proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que pueda valerse por si mismos.
41. A integrarse a la sociedad.
42. Al respeto por la diferencia.



43. Derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación, y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención.
44. Derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.
45. Derecho a la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.
46. Derecho a ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad.
47. Derecho a la participación en igualdad de condiciones con las demás personas.
48. Derecho a que se le promueva el proceso de interdicción ante autoridad competente en condiciones favorables.
49. Derecho a las libertades fundamentales.
50. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal.
51. Libertad de conciencia y de creencias, libertad de cultos.
52. Libertad de pensamiento.
53. Libertad de locomoción.
54. Libertad de escoger profesión u oficio.



### **4.3 El reestablecimiento de la patria potestad**

Tal y como se ha venido analizando, es de considerar que tal como se encuentra redactado el Artículo 277 del Código Civil que establece las condiciones para el restablecimiento del ejercicio de la patria potestad por cualquiera de los padres del menor, se debe tomar en consideración la realidad nacional al respecto, y para ello, se evidencia que juicios orales para el establecimiento o restablecimiento del ejercicio de la patria potestad no existen a la fecha en los tribunales de justicia del ramo de familia en la ciudad capital.

Por ello, se ha considerado de interés tomar en cuenta lo que para el efecto establece la legislación comparada, y por ello, se indica lo siguiente:

#### **4.3.1 Legislación de México**

En este país se encuentra la Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, y dentro de los aspectos más importantes de resaltar se encuentran:

1. Es de reciente creación la ley publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el lunes 31 de enero de 2000.
2. En el Artículo 1 de la ley se regula la naturaleza y dice: La presente ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los beneficios que se deriven de esta ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que se encuentren en el Distrito Federal.
3. El Artículo 2 señala el objeto de la ley y dice: I. Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños; II. Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y niños; III. Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención,

protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas y niños a fin de: a) Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y niños; b) Establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y niños; c) Promover la cultura de respeto hacia las niñas y niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado; d) Establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.

4. Definiciones las establece el Artículo 3 y dice: Para los efectos de esta ley, se entiende por: I. Abandono: La situación de desamparo que vive una niña o niño cuando los progenitores, tutores o responsables de su cuidado dejan de proporcionales los medios básicos de subsistencia y los cuidados necesarios para su desarrollo integral sin perjuicio de lo que prevengan otras leyes; II. Acciones de participación: Aquellas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a fin de que las niñas y niños estén informados, se formen una opinión propia, que la expresen y puedan participar y organizarse en torno a sus intereses; III. Acciones de prevención: Aquellas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a fin de evitar el deterioro de las condiciones de vida de las niñas y niños, así como las situaciones que pongan en riesgo su supervivencia y desarrollo; IV. Acciones de protección: Aquellas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a fin de proporcionar bienes o servicios a las niñas y niños que se encuentran en condiciones de desventaja social, o cuyas condiciones de vida estén deterioradas, a efecto de restituirlos y protegerlos; V. Acciones de provisión: Aquellas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a fin de garantizar la sobrevivencia, bienestar y desarrollo pleno de las niñas y niños para dar satisfacción a sus derechos; VI. Actividades marginales: A todas aquellas actividades que realizan las niñas y niños que se encuentran o viven en circunstancias de desventaja social con el fin de obtener recursos económicos, al margen de las normas jurídicas que regulan el trabajo; VII. Administración Pública: Al conjunto de dependencias y entidades que componen la Administración Pública centralizada, desconcentrada y

paraestatal del Distrito Federal; VIII. Asistencia Social: Al conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva; IX. Atención integral: Conjunto de acciones que deben realizar los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a favor de las niñas y niños, tendientes a satisfacer sus necesidades básicas, propiciar su desarrollo integral y garantizar sus derechos; X. Atención y protección integral especial: Al conjunto de acciones compensatorias y restituidas que deben realizar los órganos locales de gobierno, familia y sociedad a favor de las niñas y niños que se encuentran en condiciones de desventaja social, y que tienen por objeto garantizar el ejercicio de sus derechos, satisfacer sus necesidades básicas y propiciar su desarrollo biopsicosocial; XI. Consejo: Al Consejo Promotor de los derechos de las niñas y niños del Distrito Federal; XII. Delegaciones: A los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal. XIII. Hogar provisional: El núcleo familiar que proporciona alojamiento temporal, cuidados y atenciones a una niña o niño en situación de desamparo con el objeto de brindarle un ambiente propicio para su atención integral; XIV. Ley: A la presente ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal.

5. El Capítulo II establece aspectos relacionados con los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad y en su Artículo 443 dice: La patria potestad se acaba: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación, derivada del matrimonio y III. Por la mayoría de edad del hijo.

6. El Artículo 444 establece: La patria potestad se pierde por resolución judicial: I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley



penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses; V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor; y VI. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

7. En el Artículo 444-BIS se establece que: La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el Artículo 323 de este código, en contra de las personas sobre las cuales la ejerza.

8. Artículo 445: La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad.

9. El Artículo 446 dice: El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

10. En el Artículo 447 se establece que: La patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

11. Artículo 448: La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

#### **4.3.2 República de Cuba**

Este país cuenta con la Ley número 1289 Código de la Familia y en un capítulo específico, regula lo relativo a las relaciones paterno filiales y dentro de los aspectos más importantes de resaltar se encuentran:



1. El Capítulo I se refiere al reconocimiento de los hijos y dice: Artículo 65: Todos los hijos son iguales y por ello, disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes con respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de éstos. Estos artículos recogían el procedimiento para la inscripción del nacimiento del hijo habido dentro o fuera del matrimonio, regulando la inscripción del nacimiento del hijo cuando la declaración la hiciera la madre y ésta consignare el nombre del padre y su posterior reconocimiento o impugnación, señalando los medios de prueba de la filiación y el reconocimiento del hijo mayor de edad.

2. De la presunción de la filiación. El Artículo 74 dice: Se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio: 1) Los nacidos durante la vida matrimonial; 2) Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias. Las presunciones establecidas en este artículo se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 6.

3. En el Artículo 75 se establece: Se presumirá la paternidad: 1) Cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado; 2) Cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción y 3) Cuando la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia.

4. Artículo 76. Se presumirá la maternidad cuando la madre se halle en los casos de los incisos 1) y 3) del artículo anterior. En los demás casos, la maternidad quedará probada por el hecho del parto y de la identidad del hijo.

5. El Artículo 77 establece: La acción para reclamar el reconocimiento de los hijos corresponde a éstos y al padre o madre que ya los haya reconocido, con respecto al que aún no lo haya hecho.



6. De la impugnación del reconocimiento. Artículo 78. (Modificado). La inscripción del nacimiento del hijo, hecha conforme con lo establecido en el Artículo 45 de la Ley del Registro del Estado Civil, podrá ser impugnada por el cónyuge que no hubiera concurrido al acto. La impugnación sólo podrá fundarse en la imposibilidad de los cónyuges para haber procreado el hijo". (Este artículo quedó redactado en la forma que se consigna por la Disposición Especial Sexta de la Ley No. 51 de 15 de diciembre de 1985 Ley del Registro del Estado Civil).

7. Artículo 79. La acción para la impugnación a que se refiere el artículo anterior sólo podrá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el demandante hubiere tenido conocimiento de la inscripción.

8. Artículo 80. El hijo reconocido durante su minoría de edad, sólo podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente a la fecha en que arribe a su mayoría de edad.

9. Artículo 81. La persona que se considere con derecho a inscribir como suyo, al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin. Si fuere menor de edad la persona de cuyo reconocimiento se trate, se le dará traslado al fiscal a fin de que dictamine si conviene a los intereses del menor la sustanciación o no del proceso, antes de que arriba a la mayoría de edad. Visto el dictamen del fiscal, el tribunal decidirá con carácter previo si procede o no llevar adelante el proceso. En caso negativo acordará el archivo de las actuaciones y reservará a las partes el derecho para que lo ejerzan a tenor de lo que se dispone en el párrafo siguiente: Si fuere mayor de edad la persona de cuyo reconocimiento se trate, será requisito para la sustanciación del proceso que la acción sea ejercitada conjuntamente por quien se considere con derecho a reconocer y por el hijo cuyo reconocimiento se pretenda.



10. De las relaciones entre padres e hijos. De la patria potestad y su ejercicio.  
Artículo 82. Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres.

11. Artículo 83. El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente. Corresponderá a uno solo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio.

12. Artículo 84. Los hijos están obligados a respetar, considerar y ayudar a sus padres y, mientras estén bajo su patria potestad, a obedecerlos.

13. Artículo 85. La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres: 1) Tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; es esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo; 2) Atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares; 3) Dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas; 4) Administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que le pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los



requisitos que en este código se establecen y 5) Representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquellos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

14. Artículo 86. Los padres están facultados para reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos bajo su patria potestad.

15. Artículo 87. Los padres podrán en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal.

16. De la guarda y cuidado y de la comunicación entre padres e hijos. Artículo 88. Respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando éstos no vivieren juntos.

17. Artículo 89. De no mediar acuerdo de los padres o de no ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo; prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.

18. Artículo 90. En el caso del artículo anterior, el tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres, al que no se confiera la guarda y cuidado de los hijos menores, conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los



menores. El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado, sin perjuicio de la responsabilidad de orden penal que se origine por tal conducta. Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, podrán adoptarse disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente.

19. Artículo 91. Las medidas adoptadas por el tribunal sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación, podrán ser modificadas en cualquier tiempo, cuando resulte procedente, por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su adopción.

20. De la extinción y suspensión de la patria potestad. Artículo 92. La patria potestad se extingue: 1) Por la muerte de los padres o del hijo; 2) Por arribar el hijo a la mayoría de edad; 3) Por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad y 4) Por la adopción del hijo.

21. Artículo 93. Ambos padres, o uno de ellos, perderán la patria potestad sobre sus hijos: 1) Cuando se les imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal y 2) Cuando se atribuya a uno de ellos o se prive a ambos de la patria potestad por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio.

22. Artículo 94. La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia de los padres, declarada judicialmente.

23. Artículo 95. Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o suspenderlos en el ejercicio de ésta, en los casos de los Artículos 93 y 94 , o mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, cuando uno o ambos padres: 1) Incumplan gravemente los deberes previstos en el Artículo 85; 2) Induzcan al hijo



a ejecutar algún acto delictivo; 3) Abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos; 4) Observen una conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad y 5) Cometan delito contra la persona del hijo.

24. Artículo 96. La privación o suspensión de la patria potestad no exime a los padres de la obligación de dar alimentos a sus hijos.

25. Artículo 97. En las sentencias dictadas por los tribunales de lo civil, por las cuales se prive a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o se le suspenda su ejercicio, se proveerá, según proceda, sobre la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos. El padre afectado o el fiscal podrán instar, mediante incidente en las propias actuaciones, el cese de la suspensión de la patria potestad, así como la modificación de cualquiera otra de las medidas a que se refiere el párrafo anterior, cuando hayan variado las circunstancias que justificaron su adopción.

26. Artículo 98. Cuando a ambos padres o a uno de ellos se les hubiere privado de la patria potestad, o se les hubiere suspendido en su ejercicio, por sentencia dictada por los tribunales de lo penal, el otro padre, en su caso, o el fiscal, promoverá el procedimiento correspondiente en los tribunales de lo civil para resolver los extremos a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior.

#### **4.3.3 Jurisprudencia de la República de Chile**

Dentro de los aspectos más puntuales de la jurisprudencia chilena, en materia específica del ejercicio de la patria potestad que concuerda con la realidad, principalmente en el caso de Guatemala, se puede determinar los siguientes aspectos:

1. Aplicación de la regla general en materia de titularidad del ejercicio del cuidado personal. De un tiempo a esta parte, se ha postulado la tesis de la custodia compartida, existiendo un proyecto de ley al respecto. En este sentido, falló una sentencia del 4º Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT C-3274-2006, desconociendo el claro mandato legislativo. No obstante, en atención a lo expuesto en la resolución, la madre interpuso recurso de apelación y, en segunda instancia, en causa rol N° 565-2009, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 22 de mayo de 2009, revocó el fallo, fundándose en los incisos 1º y 3º del Artículo 225 CCCh..

2. Tribunal de alzada indicó en sus considerandos que, si bien el antiguo Artículo 223 CCCh. solo privaba del cuidado de los hijos a aquella madre cuya depravación hiciese temer la perversión de éstos y el actual 225 CCCh. no exige tal grado de inhabilidad, pues permite al juez entregar el cuidado personal al padre cuando la madre ha incurrido en maltrato, descuido u otra causa calificada, en el caso sub lite, no se había acreditado ninguna de estas inconductas. Por ende, concluye el fallo, el cuidado personal lo detentará la madre, a la cual, agrega, naturalmente, le corresponde.

3. La regla general prescribe que cuando los progenitores viven separados, es la madre quien tiene a su cargo el cuidado personal, salvo las situaciones de excepción ya mencionadas, se patentiza, asimismo, en el fallo de la cuarta sala (especial) de la Corte Suprema, rol N° 1789-2009, de fecha 19 de mayo de 2009, que rechazando un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia de alzada que confirmó lo resuelto en primera instancia, sostiene que los jueces de fondo no han hecho sino respetar la regla de orden natural prevista en el Artículo 225 CCCh., considerando, especialmente, que no se logró acreditar durante el proceso, la inhabilidad de la madre para ejercer el cuidado personal de los hijos.

4. Idéntico criterio se aprecia tanto en la causa rol N° 870-2008, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 3 de diciembre de 2008, conociendo de un recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que otorgó el



cuidado personal a la abuela materna, revocándola y otorgándoselo a la madre como en la causa rol N° 1178-2006 de la cuarta sala (especial) de la Corte Suprema, fechada el 14 de mayo de 2008, que, al rechazar un recurso de casación, aduce que si no existe una acreditada causal de inhabilidad de la madre es de orden natural que a ella le corresponda el cuidado personal de los hijos. Similar argumentación advertimos en la causa rol N° 3097-2008, también de la cuarta sala especial de la Corte Suprema, de fecha 15 de julio de 2008, que señala que el cuidado personal corresponde naturalmente a la madre, principio que ha sido acogido por nuestro legislador civil en el inciso primero del Artículo 225 y que solo puede ser alterado por razones fundadas en atención a la inhabilidad de la madre o al interés del hijo.

5. Este fallo reconoce tanto al padre como a su familia de origen sueco, el derecho de mantener contacto con la menor, permitiendo, así, que ella conserve vivos los valores y tradiciones de dicha cultura, enfatizando la necesidad de facilitarles a dichos parientes la relación directa y regular con la niña.

6. Los jueces, basándose en el inciso 3° del Artículo 225 CCCh., exigen, para privar a la madre del cuidado personal del hijo, que el interés de este lo haga indispensable como lo podemos confirmar en la causa rol N° 296-2007 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 10 de octubre de 2007, en que se falló la improcedencia de privar a la madre de la tuición por maltrato sustentado en la sola declaración de menor. Los ministros argumentaron: "De un estudio de la causa, no aparece que a la luz del interés superior del niño, resulte indispensable privar a la madre del cuidado de su hijo.

7. En efecto, el único antecedente que pudo tenerse en cuenta son las declaraciones del menor, que carecen de algún otro elemento probatorio que las sustente (malos tratos de la madre al menor). Aparece que no existe maltrato, descuido ni otra causa calificada que haga indispensable que el tribunal confíe el cuidado personal al otro de los padres, por el interés del hijo, debiendo respetarse la disposición legal citada (Artículo 225 del Código Civil), que de acuerdo al mérito de los antecedentes y a su

edad, es la que más conviene al interés superior de éste". En los considerandos 4º y 5º aludieron al informe de peritaje social y a los antecedentes proporcionados por la Escuela a la que asiste el menor que reconocen "la labor altamente positiva de la madre en beneficio de su hijo".

8. Añadieron: "que según consta de fs. 86 y 96, el padre del menor en dos ocasiones no ha respetado el régimen de relación materno filial establecido en la resolución recurrida, lo que evidentemente irroga perjuicios al niño".

9. En una revisión exhaustiva de la jurisprudencia, se puede comprobar que, cumpliendo con lo preceptuado en el Artículo 225 CCCh., se exige, para privar a la madre del cuidado personal de sus hijos, la acreditación de las incapacidades alegadas que deben ser de suficiente entidad como para inhabilitarla. Así, la causa rol N° 55-2007 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, fechada el 12 de octubre de 2007, que confirmó la sentencia de primera instancia, apelada por el actor, el cual alegaba que la madre descuidaba sus deberes, por cuanto no se preocupaba de los estudios de sus hijos, saliendo con frecuencia en las noches y durmiendo en el día. Los ministros, teniendo en consideración los informes psicológicos y psiquiátricos, según los cuales ambos progenitores eran hábiles para detentar el cuidado personal y las probanzas rendidas, concluyeron que no correspondía privar a la madre de la tuición.

10. Cuidado personal y separación de los hermanos. Aludía, en párrafos anteriores, al debate legislativo que se produjo en torno a la posibilidad de separar a los hermanos. Quiero mostrar, a través de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 3294-2005, de fecha 2 de noviembre de 2005, cómo este tema que preocupó a los legisladores es reconocido también por los jueces como especialmente delicado. Se trata de una madre que tiene el cuidado personal de los dos hijos menores, estando, los tres mayores, bajo la tuición del padre. Ambos progenitores reclamaron para sí, el cuidado de aquellos hijos respecto de los cuales no lo detentaban. Fueron escuchados los menores y hubo opiniones dispares, pues

los que estaban con el padre querían continuar con él y los más pequeños manifestaron su deseo de estar con ambos padres y con todos sus hermanos. Los jueces resolvieron que: "El hecho de que la ley otorgue a la madre a falta de acuerdo entre los padres, el cuidado de sus hijos, debe entenderse más que como un derecho a la tuición, como una potestad que se le ha confiado, porque se ha entendido que, en principio, ello es más beneficioso para los menores.

11. Es decir, su fundamento es el interés superior de los hijos, razón por la cual, en la medida que existan antecedentes que demuestren lo contrario, la ley posibilita confiarle esta tarea al padre. En la especie, constituye una causa calificada (en los términos utilizados por el Artículo 225 del Código Civil), que el juez debe ponderar el que los propios hijos, en una edad en que no es posible desatender sus opiniones, manifiesten su deseo de vivir con el padre, lo que unido a los demás antecedentes que emergen del juicio, resulta atendible y aconsejable por el interés de los niños. El interés de los menores exige, por otra parte, procurar que ellos no se vean expuestos, nuevamente, a la alteración de una situación donde han logrado un equilibrio que, si bien es precario, dada la delicada situación que la relación de los padres ha ido generando, resulta beneficioso para los niños, como ha quedado de manifiesto a lo largo de este proceso. Romperlo, sería introducir un nuevo elemento que traería inseguridad y desconcierto en su desarrollo".

12. El cuidado personal y los terceros. Me parece pertinente analizar otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, con fecha 7 de noviembre de 2007, en causa rol N° 47-2007, falló que el cuidado personal de menor no puede ser entregado a los abuelos si los padres no se encuentran inhabilitados. Se trata de una madre que entregó su hija a la abuela materna, por no contar con los medios necesarios para brindarle subsistencia. Tiempo después reclamó a la niña alegando que ya podía mantenerla. La abuela demandó para sí la tuición, lo que le fue denegado, basándose en el Artículo 225 CCCh., pero reconociéndosele el derecho a mantener una relación directa y regular.

13. Es necesario mencionar que la abuela ya detentaba el cuidado personal de la menor por resolución judicial, ¿Por qué, entonces, demandó un derecho que ya tenía y por qué el juez lo desconoció?, ¿Por qué se ignoró el Artículo 240 CCCh., conforme al cual: "Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación tasados por el juez. [Inciso 2º] El juez solo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo".

14. Podemos pensar que los jueces estimaron que no se configuraba el abandono, pero ello no fue objeto de prueba.

15. Otra sentencia que falla con una argumentación semejante, revocando la de primera instancia, es la que recae en la causa rol N° 709-2006, de fecha 30 de mayo de 2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Se trata de una menor que, terminado el período post-natal de la madre, estuvo a cargo de su padre y de sus abuelos paternos, en la ciudad de Viña del Mar. La madre, domiciliada en Santiago, pasado un tiempo, contrajo matrimonio con una persona diferente del padre de la menor, con quien, al momento de la interposición de la demanda en la que solicita el cuidado personal de ésta, tenía un hijo. Dos de los ministros, aduciendo que es de orden natural que la madre detente su cuidado, que ella había demostrado ser capaz de hacerlo respecto del hijo de filiación matrimonial y que solo por la negativa del padre a dejarla en la sala cuna de la empresa donde ella trabajaba, cedió su cuidado personal al padre y a los abuelos, decidieron restituírle este derecho.

16. El voto de minoría hace hincapié en el daño psicológico que le puede significar a la menor sacarla del ambiente en que ha vivido durante gran parte de su vida y alejarla de aquellos que habían estado permanentemente con ella, esto es, su padre y sus abuelos. La mayoría disiente, aunque reconoce que es un cambio drástico de su vida, arguyendo que este no es sino un mal menor que se puede aliviar con un adecuado tratamiento médico-psicológico.



17. Yo me pregunto si los ministros tuvieron presente el espíritu de la ley manifestado en el Artículo 201, que ordena al juez preferir la posesión notoria sobre las pruebas periciales de carácter biológico. Es cierto que aquí no se trata de un problema de determinación de la filiación, pero el principio subyacente en esta disposición y en todas las materias de familia es que el juez debe fallar siempre considerando el interés superior del menor y, en caso de conflicto, prescribe dicho artículo, preferir a aquellos con quienes el menor se ha criado, salvo que: haya graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior. Lo que no ocurre en el caso sub lite, como lo expresa el juez disidente quien fundamenta su voto: "atendiendo para ello al interés superior de la mencionada menor, especialmente al hecho que ésta ha permanecido bajo el cuidado de su padre desde sus primeros días de vida, en el hogar que mantiene su progenitor y abuelos paternos en la ciudad de Viña del Mar, generándose un importante apego de la niña tanto con su padre como con sus abuelos paternos, siendo bien cuidada en dicho hogar y cubriéndose todas sus necesidades materiales y afectivas, de manera que ordenar un drástico cambio de circunstancias en su vida trasladándola a vivir con su madre en Santiago, no resulta justificable por las razones que se señalan en el mismo fallo".

18. Apreciamos una situación similar en la causa rol No. 6553-2005, de la cuarta sala (especial) de la Corte Suprema, de fecha 2 de noviembre de 2006. Se trata de una acción de impugnación y reclamación de la filiación de un menor. El demandado, alegó que, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, debe prevalecer el principio del interés superior del menor por sobre su derecho a la identidad legal, destacando en su argumentación, que el demandante, a pesar de las peticiones de la madre del menor, en orden a que reconociera a su hijo, no lo hizo y solo tiempo después, en circunstancias que el menor tenía determinada otra filiación, intenta crear un vínculo parental que va en desmedro de la salud mental de su hijo.

19. El tribunal de primera instancia acogió la demanda, el demandado apeló y en vistas de la confirmación de la sentencia por parte de la Corte de Apelaciones,

recurrió de casación en el fondo para ante la Corte Suprema, tribunal que rechazó el recurso. Es cierto que los tribunales de fondo y el supremo fallaron de acuerdo con la ley, según los Artículos 208, 211 y 320 CCCh., pero ¿Qué habría ocurrido si el demandado hubiese invocado los Artículos 200 y 201, relativos a la posesión notoria?

20. Interpretación extensiva del Artículo 225 CCCh. Podemos advertir que aquella regla varias veces citada y positivada en el Artículo 225 CCCh., conforme con la cual: "a la madre toca el cuidado personal de los hijos" ha sido llevado a ultranza por ciertas sentencias amparándose en la ley, la Constitución, tratados internacionales y estudios de Psiquiatría y Psicología.

21. Por vía ejemplar, mencionaré, asimismo, la causa rol N° 657-2008 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 25 de noviembre de 2008, que señala: "Queda en evidencia que al considerar el juez a quo sólo la condición de drogadicta de la madre, ha incurrido, aun cuando su intención ha sido la de protección del niño, en un acto arbitrario que afecta no sólo al menor sino también a la madre, pues la decisión tan categórica de separación y de incomunicación, pasaría a ser una condena más para la madre y una orfandad para el menor, en consecuencia se puede considerar que ha vulnerado lo dispuesto en el Artículo 19 No. 1 de la Constitución Política de la República. La relación madre-hijo es fundamental independientemente de si la madre es drogadicta, delincuente, prostituta, etc. y especialmente si el hijo es un recién nacido que requiere ser alimentado por ella. Hoy se considera que en los primeros cinco años de existencia de una persona, es primordial el vínculo con sus padres y en especial con la madre, situación que tiene que ver con el desarrollo de la inteligencia emocional y con la integridad física y síquica en aras de convertirse en un sujeto sano, sin traumas y normal.

22. Por tal razón aparece como muy importante que el niño no sea separado de su madre en esta etapa de su vida, aun cuando esté en un Centro Penitenciario, porque lo determinante aquí es el vínculo entre ambos.[...] medida arbitraria no explicitada

que vulnera derechos fundamentales de sus representados, como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, garantía contemplada en el Artículo 19 No. 1 de la Constitución Política de la República y los contemplados en los Artículos 11 No. 2 y 25, este último en armonía con los Artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales de los Artículos 5º inciso segundo, 19 No. 3 y 26 y Artículo 20 de la Constitución Política de la República, además en los derechos contemplados en los Artículos 2, 5, 7 y 9 de la Convención de los derechos del niño".

23. Los ministros, al fallar, desconocieron los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, que recomendaban otorgar el cuidado personal del niño a parientes, que estaban dispuestos a brindarle la atención y el cariño necesarios, no tomaron, tampoco, en consideración la poliadicción de la madre que llevaba cuatro años en tratamiento, sino argumentaron que privarla del cuidado personal sería proporcionarle un doble castigo y dejar al menor en orfandad.

24. Me parece que, de algún modo, hicieron caso omiso del principio, tantas veces invocado y que debe estar presente en todas las materias referentes a menores, esto es, buscar su interés superior, pues, el caso en comento, ¿No cabe, acaso, en una de las excepciones de la regla general, según la cual toca a la madre el cuidado personal, salvo que...?

25. Excepciones a la regla general relativa a la titularidad del ejercicio del cuidado personal. Existen, claro está, sentencias que demuestran la prudencia de los jueces, pues han aplicado la excepción relativa a que el cuidado personal, no será detentado por la madre si ésta se encuentra inhabilitada o impedida por causas calificadas.

26. Tal es el caso de la causa rol N° 236-2007, de fecha 4 de octubre de 2007, de la Corte de Apelaciones de Concepción, en la que, habiendo entregado la madre, en el pasado, el cuidado personal de su hija por circunstancias económicas y sociales, solicitó su restitución alegando haber cesado sus impedimentos. De la prueba

rendida, en particular, de los peritajes psicológicos, sociales, psiquiátricos, especialmente considerando la audiencia confidencial con la menor en la que ella expresó su deseo de no vivir con su madre, los jueces estimaron que dar lugar a la solicitud de la misma, significaría poner a la menor en riesgo físico y mental, toda vez que su progenitora aún presentaba rasgos de alcoholismo y que no había cambiado su actitud fantasiosa, inmadura y que, en ciertos casos, podría generar conductas erráticas e incluso psiquiátricamente cuestionables.

27. Por ello, se mantuvo firme la medida adoptada, en orden a que el cuidado personal de la menor, en atención a su interés superior y la inhabilidad de la madre, lo detentasen otras personas, individualizadas en la sentencia. Sin embargo, se le concedió a esta la posibilidad de mantener con su hija una relación directa y regular restringida una vez cada quince días en dependencias del tribunal u otro centro que se estime conveniente.

28. Una situación análoga es la expuesta en la causa rol N° 13-2009, de fecha 23 de febrero de 2009, de la Corte de Apelaciones de Temuco, en la que no obstante no existir mayores inhabilidades de la madre, en aras al interés superior del menor, se deja firme la medida establecida por el tribunal de primera instancia, en el sentido que el cuidado personal del hijo lo detente su tía, con el objeto que el menor tenga la posibilidad de estudiar y vivir en un ambiente tranquilo y alejado de la actual pareja de su madre, padre de sus dos hermanos maternos, quien ostensiblemente demuestra su preferencia por ellos en desmedro de él. Asimismo, reconocen el derecho-deber de la madre de mantener con el menor una relación directa y regular, agregando que, si las circunstancias varían y lo permiten, ella podrá, entonces, reclamar su cuidado personal.

29. Es de destacar que, en este fallo, los sentenciadores fundan su resolución aduciendo la necesaria interpretación de las normas del derecho de familia a la luz del interés superior del menor: "[...] es imperioso contrastar factores, tanto de hecho como legales, con el principio del interés superior del niño, que, conforme se ha



establecido en la Convención Internacional de los derechos del niño, y en las leyes como la 16.618 , Ley de Menores, la 19.947, Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.968, de Familia, Ley 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, etc., obligan a que las antiguas normas de nuestro Código Civil deben ser interpretadas bajo el influjo, paragua o luminosidad de este nuevo principio que vela porque en la aplicación de toda norma jurídica relativa a derechos del niño el primer deber es velar por el actor principal de estas: el niño, no siendo procedente que por el estricto cumplimiento de la letra de leyes civiles sobre organización de la familia, conforme a cánones decimonónicos, como son las de nuestro Código Civil, en las que el niño parece ser un objeto propiedad de los padres y no un ser distinto e independiente, a quien hay que crearle las condiciones más adecuadas para su desarrollo como persona destinada a vivir en sociedad, evitando originar daños que repercutirán en su vida de adolescentes y hombre.

30. Por eso es que de conformidad al referido principio rector sobre derechos del niño, dentro de un concepto de familia que el tiempo ha ido modificando, se faculta a los jueces a imponer las medidas de protecciones que directa e inmediatamente impactan en el bienestar actual y el desarrollo futuro del cualquier menor".

31. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa rol N° 812-2008, del 30 de enero de 2009, falló que la madre no puede detentar el cuidado personal de su hija dado que su entorno es nocivo para la integridad física y psíquica de ésta, pues se acreditó que presenta una conducta negligente, proclive al consumo de drogas y, en este aspecto, estimó suficiente lo señalado en el peritaje psicológico y los dichos de los testigos, aun cuando no obrase entre los antecedentes aportados al juicio, informe de adicción, puesto que la menor fue agredida sexualmente en el hogar materno, por lo que infirieron que vivir en dicho lugar le significaría una situación de peligro al estar desprovista de los cuidados de quien tiene la obligación de protegerla.

32. En tanto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa rol N° 1969-2007, de 3 de marzo de 2008, confirmó la sentencia de primera instancia que resolvió otorgar el cuidado personal del hijo al padre residente en Noruega por sufrir la madre un trastorno grave de personalidad límite y antisocial, unido a una bipolaridad, acreditada mediante informes periciales psiquiátricos y psicológicos, que la inhabilita permanentemente para ejercer el cuidado personal de su hijo. El sentenciador de familia tuvo, también, en cuenta, que la causa se inició por requerimiento de la Corporación Paz y Justicia, CTD Cardenal Raúl Silva Henríquez, de Viña del Mar, solicitando medida de protección tanto a favor del niño Pérez Silva, como de su hermana de madre Lopresti Silva, que habían sido derivados desde la Oficina OIRS de Sename V Región, en razón del maltrato que recibían ambos niños que se describen en los informes de los profesionales de la citada corporación y que el padre, al ser informado de la situación, viajó desde Noruega para hacerse parte. El menor fue escuchado en dos audiencias confidenciales.

33. Los ministros resolvieron que el padre debía viajar todos los años en las vacaciones escolares del menor a Chile para que éste mantuviese contacto con su familia materna.

34. La madre, apelante en los autos, pidió la revocación de la sentencia demandando se le otorgase el cuidado personal a ella o, en subsidio, a la abuela materna. Alegó que, de acuerdo con el Artículo 225 inciso 3° segunda parte, el juez "no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo".

35. Hubo un voto disidente, que estuvo por conceder el cuidado personal a la abuela materna, invocando que al menor le sería nocivo alejarlo de su entorno familiar, agregando que no constaba que existiese lazos afectivos con el padre.



#### **4.4 Criterios para determinar el bienestar de los menores de edad al reestablecerse la patria potestad**

Para lo anterior, se debe tomar en consideración los fines del ejercicio de la patria potestad, de las razones por las cuales, la ley guatemalteca establece que la ejercen conjuntamente ambos padres, y en caso de pugna decide el juez. Se entiende entonces, que el ejercicio de la patria potestad, constituye un conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen, precisamente para salvaguardar a los menores y sus bienes, cuando se refiere a menores, también es de considerar aquellos mayores que adolecen de incapacidad.

Así también, que existe un cumulo de normas internacionales y nacionales que establecen los derechos de los niños y adolescentes, y en base a ello, se deben regir las normas que protegen a los menores y mayores, que se encuentren en estado de interdicción y que en primera instancia corresponde a los padres.

También es de considerar, que las normas que contempla el Código Civil actualmente en esta materia, se encuentran en desuso, y a pesar de que constituyen normas vigentes, su carácter es no positivo, por lo ya desarrollado en el transcurso de la presente investigación.

Tomando en consideración, que el Código Civil fue creado en los años sesenta, y que se han generado una serie de circunstancias dentro del seno de la familia, que varía las condiciones tradicionales que comprendían los legisladores en esa época, amerita que de conformidad con la realidad, se reforme totalmente la normativa existente en materia de ejercicio de la patria potestad y se cree una ley específica, de preferencia un Código de la Familia, tal y como se concibe en la República de Cuba.

Por aparte, se considera que deben establecerse criterios, para mejorar estas normativas y para ello, se propone como solución a esta problemática, los siguientes aspectos:



1. La mediación familiar, debe ser una institución imprescindible en el tema del ejercicio de la patria potestad, y fundamentalmente, en el tema de la comparecencia o intervención de un equipo multidisciplinario, que provoque de una mejor forma esa mediación, en caso de pugna entre los padres y respecto a la suspensión, pérdida, separación y rehabilitación o reestablecimiento del ejercicio de la patria potestad.

2. La institución de la mediación familiar, se encuentra en consonancia con el mundo contemporáneo muestra un incremento de las uniones consensuales, el divorcio, las separaciones, y una tendencia a las familias nucleares, mono parentales y reconstruidas. En consecuencia, no es posible asumir un concepto estático de la institución humana más antigua que se conoce. No obstante, una porción de la misma sí persiste prácticamente invariable: los vínculos afectivos permanecen ligados a la historia vital de cada ser humano.

3. Corresponde al derecho de familia, dentro del sistema de derecho, la importante misión de regular la mayoría de las relaciones, de tipo personales, que surgen en el seno de la familia. Las instituciones que el mismo regula, le imprimen un verdadero carácter singular y específico, además de una gran carga ética, moral y social; lo que sin dudas lo caracteriza como un derecho diferente.

4. Se impone por tanto, la búsqueda de mecanismos adecuados para su intervención en los conflictos de índole familiar, sobre todo en aquellos, en los que se encuentren involucrados niños/as.

5. Tradicionalmente la jurisdicción ha sido la vía empleada, para dar solución a conflictos de índole familiar y existe actualmente un amplio movimiento internacional, sobre todo en América Latina, y fundamentalmente tomando en consideración la realidad de Guatemala. Si bien esto resulta un avance positivo, en aras de lograr una tutela judicial efectiva en sede de familia y el desprendimiento del derecho de familia del derecho civil, lo cierto es que existen efectos nocivos, generados en la jurisdicción que afectan las relaciones familiares entre personas, que deberán

probablemente continuar relacionándose y manteniendo la comunicación por la existencia común, en la mayoría de los casos, de hijos menores.

6. El tribunal, tiene que tomar decisiones jurídicas a base de normas legales (...) La decisión jurídica responde a la pregunta jurídica, pero no resuelve el conflicto que hay detrás del pleito". Todo ello unido a la duración en el tiempo de los diferentes procesos, la excesiva formalidad, la rigidez y el abarrotamiento de la justicia, limitan al juez en la búsqueda de un entendimiento más profundo de las emociones, la carga afectiva y los intereses de los implicados, además del desgaste monetario, físico y moral.

7. Todo esto unido, al hecho de habrá de coronarse un vencedor y un perdedor, lo que contribuye quizás a acentuar más las discrepancias entre los litigantes. Ante todos los elementos aportados se evidencia una proyección a asumir en una buena cantidad de países del mundo, los "Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos". Y específicamente la práctica de la mediación familiar como mecanismo auto compositivo que ayuda a recobrar la funcionalidad de la familia y la comunicación, tan importante entre personas unidas de por vida por un vínculo paterno filial, en el que los hijos son lo más importante, en ese sentido es posible afirmar que "la negatividad, más que en el conflicto en sí, está en la forma en que lo abordamos, por eso, se hace necesario desarrollar y apostar por métodos que, como la mediación, ofrezcan una gestión no adversarial del mismo, posibilitando su transformación y, en su caso, su resolución en interés de todas las partes incurso en dicho conflicto " y en especial a la eficaz aplicación del principio del interés superior del niño/a.

8. La necesidad de que se cree en el Código Civil, la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, es decir, la creación no solo de nuevas modalidades, sino la adecuación a la realidad de las que existen de conformidad con el Artículo 277 del Código Civil.

9. La patria potestad prorrogada y la patria potestad reestablecida o rehabilitada, son instituciones diferentes en cuanto a sus requisitos pero de efectos equivalentes, puesto que implican una excepción a la extinción de la patria potestad, por llegar el hijo a la mayoría de edad. Ambas están en conexión directa con la incapacitación del hijo, que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad.

10. Las causales de extinción de la prórroga y la rehabilitación de ambas instituciones, pueden estar dadas en la muerte de los sujetos, por adopción del hijo o porque se declare el cese de su incapacidad.

11. Con esta nueva figura, se persigue que los padres se sigan ocupando del hijo, como hijo en potestad y con las atribuciones de los padres a quienes corresponde tal potestad, en vez de hacer preciso la constitución de la tutela, cuando el hijo alcance la mayoría de edad, ya que entonces saldría de la patria potestad, o aún cuando haya sido incapacitado después de alcanzarla. Además, puesto que para esa tutela habrían de ser preferidos los padres, nada se pierde y mucho se ahorra, dejando que sigan ocupándose del hijo y de sus bienes como titulares de la patria potestad y no como tutores.

Por último, en el derecho comparado se pudo corroborar como las legislaciones de algunos países latinoamericanos y España, incluyen la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad, aunque solo el último de ellos hace una adecuada distinción de estas figuras tuitivas. Entre estos podemos mencionar los siguientes:

1. El Código de Familia de Bolivia, aprobado el 23 de agosto de 1972, elevado a rango de ley el 4 de abril de 1988, dedica dentro del Libro III, tres de sus capítulos a la "Autoridad de los padres" posibilitando muy acertadamente la patria potestad prorrogada.



2. El Código de Familia de la República de Panamá, aprobado en 1994, dedica el Título IV, del Libro I a la relación parental, permitiendo prorrogar la patria potestad por ministerio de ley, en los casos de hijos o hijas que hayan sido incapacitados por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas, siempre que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos no se constituirá tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por aquel a quien le correspondiese si el hijo o hija fuese menor de edad.

3. El Código de Familia de El Salvador de 1993, consagra el Título II a la "Autoridad parental", preceptúa dicha autoridad prorrogada o restablecida, en caso de hijos incapacitados mayores de edad.

4. El Código Civil español, vigente por Real Decreto de 24 de julio de 1889, reformado el 13 de Mayo de 1981 y el 24 de Octubre de 1983, establece en sus Artículos del 154 al 171 lo concerniente a las relaciones paterno-filiales, dedicando cuatro capítulos a disposiciones generales, la representación legal de los hijos, los bienes de los hijos y su administración y la extinción de la patria potestad, respectivamente. En el Artículo 171 prevé que la patria potestad sobre los hijos incapacitados quedará prorrogada al llegar aquellos a la mayoría de edad, establece además cuándo terminará dicha prórroga, dejando expedita la vía para que de subsistir la incapacitación, se constituya otra forma de guardaduría.

También se debe considerar, lo referente al alto número de rupturas matrimoniales, que ha ido in crescendo desde la segunda mitad del siglo recién pasado, como al hecho que, actualmente, la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio, cobra relevancia el discernir a quién corresponde, en esta situación, el cuidado personal que los tratados antiguos denominaban tuición y que, está ligado a la patria potestad cuando los padres viven separados.



La legislación nacional de algún modo, restringe el instituto de la patria potestad a un ámbito meramente patrimonial, pues se establece en el Artículo 253 las obligaciones de los padres.

Se debe tomar en consideración, el interés superior del hijo. Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, ya sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá conceder el cuidado personal al otro padre. Sin embargo, no lo podrá hacer si el otro -padre o madre- no contribuyó a la mantención del hijo pudiendo hacerlo, que versa sobre la patria potestad.

Por ejemplo, no se regula la causal de inhabilidad física o moral de ambos padres. El juez puede conceder el cuidado personal de los hijos a otra(s) persona(s) competente(s). En su elección, preferirá a los parientes consanguíneos más próximos y, entre ellos, a los ascendientes. De darse esta situación, el guardador si bien detentará el cuidado personal del menor, no será titular de la patria potestad, por cuanto ésta es privativa de los padres.

También el hecho de que la persona está casada. Una persona casada, a quien corresponda el cuidado personal de un hijo no nacido de ese matrimonio, solo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge. Esta disposición, en una primera aproximación, puede escandalizar. La ratio legis habría sido la consideración, que para el hijo sería más perjudicial, vivir en un hogar en el cual su presencia no fuese querida por el cónyuge de su padre o madre.



## CONCLUSIONES

1. La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos, pero cuando esta se suspende o se pierde la legislación no brinda una adecuada protección a los menores de edad.
2. El Código Civil, fue creado en los años sesenta, las circunstancias dentro del seno de la familia han variado a las comprendidas en esa época, dando como consecuencia que la legislación guatemalteca en materia de patria potestad, no este acorde a los problemas de familia contemporáneos.
3. En la legislación Guatemalteca, no existe un cuerpo normativo que regule todo lo relacionado al Derecho de familia, encontrándose todas las normas en diferentes cuerpos normativos.
4. No existe la regulación legal de la mediación familiar en Guatemala, siendo está una institución imprescindible en el tema del ejercicio de la patria potestad, la cual sería de mucha ayuda en caso de pugna entre los padres respecto a la suspensión, pérdida, separación y rehabilitación del ejercicio de la patria potestad.
5. La Ley de Tribunales de Familia, en lugar de ser una ley procesal, pareciera un instructivo para los tribunales, ya que la misma no se encuentra totalmente desarrollada y es muy limitada en cuanto a la persecución de los fines para los que fue creada.



## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, por la facultad que tiene de emitir leyes debe adecuar a la realidad concreta la legislación respecto a la patria potestad, para que a los menores de edad se les pueda cumplir con el fin fundamental que es protegerlos, alimentarlos, educarlos, representarlos legalmente y administrar sus bienes, máxime cuando se suspende o pierde la patria potestad.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 277 del Código Civil y en general toda la normativa relacionada con el ejercicio, pérdida, suspensión, separación y restablecimiento del ejercicio de la patria potestad; así como adecuarla a la realidad concreta, para lo cual, los legisladores a través de la comisión correspondiente, tienen que efectuar estudios relacionados con el tema, previo a realizar dichas reformas.
3. Se debe crear un Código de la Familia, en el cual de manera específica y privativa se regulen todas las instituciones relacionadas con la familia, esto servirá para que cuando exista conflictos relacionados con la familia, los juzgadores tendrán las herramientas legales a la mano en un solo cuerpo normativo para resolver el conflicto justamente.
4. Que se tome en consideración la propuesta de creación de la institución de la mediación familiar, en forma específica, en el tema de la pugna que existe o en el incumplimiento de obligaciones, de los padres en el ejercicio de la patria potestad; para que efectivamente se cumplan los objetivos, por los cuales fue creada.
5. Que se reforme la Ley de Tribunales de Familia, en el sentido que se especifique con claridad la actividad de los tribunales de familia y se creen nuevos procedimientos para resolver conflictos derivados de las relaciones de familia.





## BIBLIOGRAFÍA

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

ÁLVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia que funcionan en la ciudad capital de Guatemala**. Tesis de Graduación. Escuela de Trabajo Social. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1990.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Tesis de Grado Académico. Universidad de San Carlos de Guatemala. Imprenta Zeta. 1970.

BOLAÑOS DE AGUILERA, Aura Azucena. **La participación de la mujer en el logro de su bienestar**. Fundación Friedrich Ebert. Guatemala. 1989.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Nociones generales de las personas, de la familia. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Editorial Universitaria. 1973.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Edición 2003.

CORSI, Jorge. **Violencia familiar**. Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina. 1994.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.

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

DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. 3ª. Edición. Madrid, España. 1983.



ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Volumen 4. Edición 2002.

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. **El derecho de familia en la legislación comparada**. Unión Tipográfica. Editorial Hispanoamericana. México. 1947.

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

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Tomo I. 2ª. Reimpresión de la 3ª. Edición. España.

IBARROLA DE, Antonio. **Derecho de familia**. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.

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

OSSORIO, Mario. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta. Edición 23º. Buenos Aires, Argentina.

PUIG BRUTAU, José. **Fundamentos de derecho civil: la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela**. Editorial Bosch. España. 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Familia y sucesiones. Tomo V. Editorial Arazandi. Pamplona, España. 1974.

RECASENS SICHES, Luis. **Filosofía del derecho**. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico práctico del contrato del matrimonio de la compraventa**. Editorial Moderna, S.F. Madrid, España.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Introducción, personas y familia. Volumen I, Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.



SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** Editorial Mimusa, México. 1975.

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

VARGAS ORTIZ, Ana María. **Breve comentario sobre el Decreto Ley 106.** Folleto sin fecha.

VELÁSQUEZ JUÁREZ, María Luisa del Rosario. **La violencia intra familiar como un fenómeno estereotipado y la necesidad de tipificar el delito doméstico en la legislación guatemalteca.** Universidad de San Carlos de Guatemala. 1996.

#### **Legislación:**

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

**Código Procesal Civil y Mercantil y sus reformas.** Decreto Número 107. Congreso de la República de Guatemala.

**Convención Americana sobre Derechos Humanos.** San José, Costa Rica. Noviembre. 1969.

**Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** ONU. Septiembre. 1990.

**Convención sobre los Derechos de la Mujer.** ONU. Septiembre. 1981.

**Instructivo para los Tribunales de Familia.** Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. Guatemala, septiembre 1964.

**Ley de Tribunales de Familia.** Decreto Ley 206. Corte Suprema de Justicia. Guatemala, siete de mayo 1974.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto Número 2-89. Congreso de la República de Guatemala.



**Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.** Decreto Número 97-96. Congreso de la República de Guatemala.