

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



**FALTA DE APLICACIÓN EN DEFINITIVA DE LA PÉRDIDA DE LA
PATRIA POTESTAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA
CIUDAD CAPITAL**

GRACIELA ELVIRA FAJARDO MAZARIEGOS

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2013

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

**FALTA DE APLICACIÓN EN DEFINITIVA
DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS
JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CIUDAD CAPITAL.**

TESIS

Presentada a la honorable junta directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

GRACIELA ELVIRA FAJARDO MAZARIEGOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre 2013

**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 I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Jose Luis De León Melgar
Vocal: Licda. Marta Josefina Sierra de Stalling
Secretario: Lic. Luis Alfredo González Rámila

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Eneida Victoria Reyes de Monzón
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretaria: Licda. Maria Lesbia Leal Chávez

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

Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220
3a avenida 13-62 zona 1 Guatemala, Guatemala
Tel: 22327936



Guatemala, 3 de mayo de 2013.

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Dr Bonerge Mejía:

En cumplimiento a la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha uno de febrero de dos mil seis, en la cual se me nombró como asesor de tesis de la Bachiller **GRACIELA ELVIRA FAJARDO MAZARIEGOS**, quién se identifica con carné número 200111687 sobre el tema **“FALTA DE APLICACIÓN EN DEFINITIVA DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CIUDAD CAPITAL”** me permito exponer los siguientes aspectos:

- I. El trabajo presentado contiene un buen contenido científico y técnico, apoyado en el método científico e inductivo, partiendo de puntos particulares hacia los generales, desarrollando una serie de pasos sistemáticos en la investigación.
- II. Las técnicas de investigación utilizadas en el presente trabajo están basadas en el carácter bibliográfico y documental así también utilizándose técnicas directas que permiten el conocimiento real del tema presentado en la sociedad.
- III. La redacción del trabajo es clara y concisa, por lo que constituye una contribución científica para la sociedad y para la aplicación de justicia en los juzgados de familia del país, debido a que se llega a diferentes conclusiones y recomendaciones de gran importancia para ser tomadas en cuenta en el mejoramiento de la administración de justicia. La bibliografía utilizada es la correcta, ya que la estudiante hizo uso de ficheros y bibliografías de conocidos civilistas, haciendo uso también de medios modernos y actuales de investigación.



Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220
3a. Avenida 13-62 zona 1 Guatemala, Guatemala
Tel: 22327936

IV. Conforme al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el trabajo presentado por la sustentante se adecua a los requerimientos establecidos, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que el mismo sea sometido a revisión y posterior examen general público.

Atentamente:

LIC: EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 6220


Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de febrero de dos mil seis.

Atentamente pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, en sustitución del (de la) asesor (a) propuesto (a) con anterioridad LICENCIADO (A) JORGE EDUARDO ARAGÓN ORELLANA, para que proceda a asesor el trabajo de tesis del (de la) estudiante GRACIELA ELVIRA FAJARDO MAZARIEGOS, carné: 200111687 Intitulado "FALTA DE APLICACIÓN EN DEFINITIVA DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CIUDAD CAPITAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a la) estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. 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.


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



c.c. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante GRACIELA ELVIRA FAJARDO MAZARIEGOS, titulado FALTA DE APLICACIÓN EN DEFINITIVA DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CIUDAD CAPITAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh

Lic. Avidán Ortiz Orehana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS: Por ser mi fuerza en todo momento, la luz que me guía, sin él nada sería posible.

A MIS PADRES: Danilo Fajardo y Amparo Mazariegos, por ser mi apoyo incondicional y nunca haber dejado de creer en mí; los amo con todo mi corazón.

A MIS AMIGOS: Por sus consejos y todo lo vivido durante la carrera.

ESPECIALMENTE

A: Esas personas que han sido como ángeles puestos por Dios en mi camino, que me han tendido la mano y me han apoyado sin pedir nada a cambio y que siempre han estado allí, cuando los necesito.

A: La gloriosa Universidad de San Carlos, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a mis catedráticos, por haberme forjado con el conocimiento y permitirme ser el día de hoy una profesional egresada orgullosamente de tan gloriosa casa de estudios.

A USTEDES: Por honrrarme el día de hoy con su grata presencia.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1 La patria potestad.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Definición.....	11
1.3 Naturaleza jurídica.....	15
1.4 Supuestos personales de la patria potestad.....	18

CAPÍTULO II

2 Pérdida de la patria potestad.....	21
2.1 Antecedentes.....	21
2.2 Definición.....	22
2.3 Causas y efectos de la pérdida de la patria potestad.....	24

CAPÍTULO III

3 Aspectos sustantivos de la patria potestad.....	33
3.1 Derechos y deberes de los padres con respecto a sus hijos.....	33
3.2 Deberes y derechos de los padres con respecto al patrimonio de sus hijos.....	42
3.3 Consecuencia del incumplimiento de deberes y derechos de quienes ejercen la patria potestad.....	51

CAPÍTULO IV

4 Razones por las cuales en los tribunales de familia no opera en definitiva la pérdida de la patria potestad.....	53
4.1 Generalidad.....	53
4.2 Propuesta a efecto de mejorar los procedimientos en cuanto al termino de la patria potestad.....	59



	Pág.
CONCLUSIONES.....	65
RECOMENDACIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69

INTRODUCCIÓN



Esta investigación ha sido impulsada y justificado por la necesidad de establecer las causas en las cuales se desarrolla el proceso de pérdida de la patria potestad en los tribunales de justicia del país; asimismo, establecer si se lleva a cabo la interposición de esta medida en las situaciones que manda la ley que debe aplicarse la misma, ya que existen muchos casos en los que no se aplica por diversas circunstancias, ya sea por onerosidad en el trámite del proceso como por saturación de procesos en los tribunales de justicia; siendo de esta manera los menores los que sufren las consecuencias de seguir al cuidado de padres de familia u otras personas que los maltratan o explotan.

Como objetivo general, se trata de establecer cuáles son las verdaderas causas por las cuales no podría operar en definitiva la pérdida de la patria potestad, partiendo de los supuestos en que se otorgue por incumplimiento de las obligaciones de los padres hacia los hijos, constituyéndose la patria potestad como la forma de garantizar al menor, la protección de todo tipo de maltrato físico y moral; determinándose que los delitos cometidos por quien ejerza la patria potestad del menor en contra de éste, constituyen también pérdida de la patria potestad; encontrándose tipificadas en la legislación que las lesiones cometidas contra el menor, así como todo tipo de violencia, sean un factor esencial por el cual se deba determinar la pérdida de patria potestad.

En cuanto a la hipótesis, se logró establecer que la sobrecarga de juicios y la onerosidad del procedimiento no son las principales causas de la falta de aplicación de la pérdida de patria potestad, en muchos casos la onerosidad puede ser un factor pero no el principal, y en cuanto a la sobrecarga de juicios son realmente pocos los que siguen este proceso; existen sobrecargas de juicios en otros ámbitos pero no precisamente en cuanto a pérdida de patria potestad.



La metodología y técnicas en este trabajo, se basa en los métodos históricos y jurídicos; haciéndose uso de fuentes bibliográficas y legislativas que ayudaron a comprender los orígenes del problema, utilizándose como técnicas, fuentes directas, tales como: encuestas; llevadas a cabo en los tribunales de familia y el análisis de la situación de los tribunales; asimismo, fuentes indirectas, tales como: técnicas bibliográficas de análisis y contenido.

Esta tesis consta de cuatro capítulos: En el primero se detalla el concepto de patria potestad, su definición, los antecedentes, naturaleza jurídica y los supuestos personales de la patria potestad; en el segundo se analiza el término pérdida de la patria potestad, sus antecedentes, definición y causas que dan lugar a la misma; en el tercero se nombran los aspectos sustantivos de la patria potestad, los derechos y deberes de los padres con respecto de los hijos y el patrimonio de los hijos y las consecuencias del incumplimiento de dichos deberes y derechos; el capítulo cuarto se refiere a las razones por las cuales en los tribunales de familia no opera en definitiva la pérdida de la patria potestad.

La importancia del cuidado de los niños en todos los ámbitos de la vida y velar por el cumplimiento de sus derechos es una tarea que los padres deben tomar la responsabilidad de que se cumpla; de no ser así, al no garantizar el bienestar y la vida de los niños es un daño que se causa a la sociedad entera; los padres no deben poner en riesgo la vida y la integridad de los hijos, la figura de pérdida de la patria potestad se aplica para garantizar dichos derechos de los menores en caso que éstos sean vulnerados, cuando los padres dedican a los hijos a la mendicidad, abandono de sus deberes familiares, costumbres depravadas o escándalos, delito cometido en contra de los hijos o del otro cónyuge.



CAPÍTULO I

1 La patria potestad

1.1 Antecedentes

En el antiguo derecho romano se establece el concepto de la emancipación, que en sentido amplio se refiere a la obtención de la mayoría de edad.

Strictu sensu proveniente del derecho romano la emancipación es el término de la patria potestad de forma anticipada durante la minoría de edad.

“La emancipación motivo de diversas causas entre ellas la ocasionada de forma automática, por la mayoría de edad, la otorgada por matrimonio, en la cual el menor mayor de catorce años queda emancipado previa dispensa judicial, al contraer matrimonio y también la ocasionada a instancia de parte, por autorización del padre, por sentencia judicial y emancipación factica que se ocasionaba cuando el menor tenía vida económica independiente y los padres otorgan consentimiento en sentido favorable.

De manera que la emancipación era también en derecho romano el acto de liberación de un esclavo por voluntad del dueño.”¹

Del latín *pater*, relativo al padre y *potestas*, dominio y autoridad, conceptos que han

1 Wikipedia.Panero Gutierrez Ricardo.*Derecho romano*,ISBN.Editorial Tirant lo Blanch



variado a través del tiempo, es en el antiguo derecho romano donde alcanza su máxima expresión como una de las manifestaciones del poder paterno.

"La *pater potestas*, locución latina, patria potestad, se refiere al dominio quirritario que en derecho romano ejercía el padre sobre el hijo y los hijos de este. En el antiguo derecho dicha potestad era tan ilimitada que se extendía otorgándose al titular derecho de vender a sus hijos como si fueran objetos, así como decidir sobre la vida o muerte de estos. Representaba una magistratura doméstica a la que estaban sometidos no solo los descendientes sino todas las personas que de él dependían.

Con el paso del tiempo, las facultades del jefe de familia se fueron debilitando, llegando a suprimirse el derecho de venta, salvo en los casos de extrema necesidad y a substituirse el derecho de vida o muerte por el de moderados castigos."²

En el derecho clásico se daban tres clases de poderes, uno era la autoridad del señor sobre el esclavo, otro era la patria potestad o autoridad paterna, otro era la manus, autoridad del marido y por último el *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una personal libre.

El hombre *sui juris* era llamado pater familias o jefe de familia. Este título implicaba el derecho de tener un patrimonio, y de ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes. La familia romana se encontraba caracterizada por el rasgo dominante del

2 Ossorio, Manuel, prólogo del Dr Guillermo Cabanelas. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág 554.



régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. El padre o abuelo era considerado como el dueño absoluto de las personas colocadas bajo su cuidado y autoridad, pudiendo excluir a sus descendientes por emancipación, o bien por medio de la adopción hacer ingresar a un miembro extranjero.

El poder del pater familias se extendía hasta la propiedad de las cosas, mientras que la mujer no jugaba ningún papel. En cuanto al parentesco de daban varias figuras entre ellas la llamada cognición y la agnación, el cual la cognación era el parentesco. Natural y el civil el llamado agnatio. De manera que los hijos que eran emancipados por el jefe de familia o entregados en adopción dejaban de ser agnados.

Así mismo en los textos antiguos se hace referencia a otro tipo de agrupación civil, la gens, cuyos miembros son los gentiles, en la cual existían ligados derechos especiales de sucesión, tutela y de curatela. De manera que la potestad ejercida por el pater familia no podía ser ejercida más que por un ciudadano román sobre un hijo también ciudadano.

Puede decirse según el derecho de gentes que el poder del padre sobre los hijos no es más que un poder de protección, un derecho de tutela, que termina cuando el hijo ha llegado a la edad de la razón, lo mismo que sucedía en Roma antes de la ley de las doce tablas y que fue entre los plebeyos donde se dio origen a la patria potestad tan extraña por su energía y duración.



De manera que en sus efectos, esta potestad es comparada con la de los amos sobre los esclavos debido a su rigurosidad y absolutismo, que con el transcurrir del tiempo fueron cambiando paulatinamente y suavisándose lentamente.

Durante los primeros siglos la potestad hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, teniendo sobre ellos poder de vida y de muerte, pudiendo manciparlos a un tercero y abandonarlos. Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. Pudiendo castigar las faltas leves, al tratarse de hechos capaces de ser llevados a la pena de muerte, no podía tomar la decisión por si mismo, tenía que hacer la acusación ante el magistrado por ser el único que podía pronunciar la sentencia. Luego fue Constantino quien decide que quien hubiese mandado a matar a su hijo sería castigado como parricida, entre otras facultades el *pater familia* podía emancipar a un hijo en beneficio de otra persona de manera temporal, de esta manera asemejándose de esta forma a un tipo de esclavismo aunque temporal. Este tipo de mancipación era otorgada por el padre en momentos de miseria y de necesidad, por un precio efectivo, ejecutándose de esta forma una verdadera venta, o bien también podía hacerlo en seña de garantía. Luego en la época de Antonio Caracalla, la venta de los hijos se declaró ilícita y únicamente fue permitida al padre en caso de extrema necesidad, para procurarse alimentación.

Por ultimo el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio. Costantino decidió que el hijo



abandonado estuviere bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo, y Justiniano lo declara libre *sui juris* e ingenuo.

En cuanto a los bienes los hijos primitivamente se encontraban en una situación como la de los esclavos, ya que su personalidad quedaba absorbida por la del jefe de familia haciéndose uno y por lo tanto no pudiendo obtener bienes propios, lo cuales pasaban a ser propios al ser heredados a título de herederos sui.

Posteriormente la regla de que los hijos no podían tener bienes propios fue modificada, ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, aunque en la época de Justiniano fue casi derogado. De manera que todo lo adquirido por el hijo de familia queda de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cede el padre, y que constituyen un peculio análogo al del esclavo.

La fuente principal de la *potestad paterna* es el matrimonio o *justae nuptiae*, pudiéndose establecer también por adopción y por la legitimación, bajo los emperadores cristianos.

Es entonces al final de la época clásica en la que la figura de contraer nupcias va debilitándose el derecho del esposo sobre la mujer que era muy parecido que tenía el padre sobre los hijos y los bienes de la mujer, y el padre tenía la facultad para autorizar el matrimonio no solo de sus hijos, sino también el de sus nietos y al morir esta la autoridad era plena del padre. En la antigua Roma también se habló de otro tipo de unión que era la llamada concubinatos que consistía en una unión inferior e ilícita, considerada de relaciones pasajeras, siendo los hijos nacidos de



concubinatos libres de la autoridad paterna, quedando unicamente bajo autoridad paterna los hijos nacidos de las *justae nuptiae*.

Otra figura en la antigüedad en la que podemos ver la forma en que operaba la potestad paterna, es la que se daba en *mancipium*, del hijo por parte del padre natural a otro para darlo en adopción, lo cual era un método un poco complejo ya que por la ley de las XII tablas, se exigía un *mancipium* hasta por cuatro veces para poder dar en adopción al menor, además el adoptado podía ser emancipado por el adoptante al morir el padre natural de este quedando desprotegido y desheredado, lo cual con el tiempo fue cambiando y se fue simplificando esta forma de adopción en la cual Justiniano realizo varias reformas en beneficio del adoptado.

Por medio de la legitimación se indican ciertos medios por los cuales los emperadores cristianos, permitían al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato, para lo cual también se deberían de cumplir ciertos requisitos, por ejemplo la voluntad del hijo de ser legitimado.

"En cuanto a la desolución de la autoridad paterna entre las causas que le ponían fin se distinguían los acontecimientos fortuitos y los a actos solemnes, dependiendo de la voluntad del jefe de familia, entre los acontecimientos fortuitos se encuentra la muerte del jefe de familia, su reducción en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía. Si el jefe de familia tenía bajo su autoridad al hijo y al nieto, quedaba libre solo el hijo ya que el nieto dejaba de estar bajo la autoridad del abuelo y ahora correspondía quedar bajo la autoridad unicamente del padre. En cuanto a los actos solemnes se referían a la adopción y a la emancipación. Los llamados *sui juris* eran



aquellos que no dependían de nadie, pudiendo ser capaces los que podían cumplir por si sus actos jurídicos y los incapaces entre estos se encuentran, los menores a los cuales se les asignaba un tutor y un curador a los menores de veinticinco años, también se encuentran aquí las mujeres, en el derecho antiguo, estaban en tutela perpetua y la alteración de las facultades intelectuales a los cuales se les asignaba un curador, también se habla de la prodigalidad en la cual el pródigo quedaba impedido y puesto en curatela. En estas figuras se otorgaba un tutor o curador únicamente a los sui juris es decir a los que no se encontraban bajo la patria potestad, contrario sensu el tutor no tiene ningún derecho sobre la persona del pupilo.

La ley de las XII Tablas permitía al jefe de familia escoger un heredero así como también le otorgaba el derecho de escoger un tutor de su hijo y a falta de tutor testamentario, difiere la tutela a los miembros de la familia civil. El derecho de nombrar a un tutor testamentario era un atributo de la potestad paterna, pues solo el padre de familia podía hacer uso de ella, así mismo la ley de las XII Tablas organizaba la curatela, únicamente para remediar a los incapacitados accidentales, mientras que los considerados como locos y pródigos sólo tenían curadores legítimos, y a falta de estos los nombrados por los magistrados."³

De tal manera que en toda sociedad se supone la presencia de un gobierno, es decir de un poder de representación, dirección y defensa, y desde la primer forma de sociedad dicho poder es asumido por el padre de familia (*Pater Familias*).

3 Petit, Eugene. **Tratado internacional de derecho romano**. Págs 109-144. Editorial Jurídica Salvadoreña. Primera Edición 2002.



La figura de patria potestad no se lleva a cabo de una forma sorpresiva, más bien surge y se desarrolla de manera paulatina, evolucionando y desarrollándose con el progreso de la familia, siendo las relaciones jurídico familiares las que configuran el presupuesto generador de tan reconocida institución; siendo de manera dichas relaciones las que la nutren como una de las instituciones de mayor importancia, sobre todo si se toma en cuenta que es la familia el más natural y antiguo de los núcleos sociales, la base y eslabón del ordenamiento social.

"De manera que la condición de padre de familia implicaba una auténtica potestad o autoridad, constituida como un conjunto de derechos sin deberes ni limitaciones, al estimarse a los hijos como una propiedad absoluta de los padres, pudiendo este privarlos de la libertad y hasta de la propia vida.

Es así como posteriormente la iglesia ve en la patria potestad una protección y a la vez autoridad que la ley confiere al padre sobre sus hijos, siendo de esa manera como se llega al derecho moderno, en el cual situamos una serie de limitaciones al ejercicio de la patria potestad, que se enmarcan dentro de un conjunto de derechos, obligaciones y facultades."⁴

Era pues el padre de familia quien tenía la autoridad, no solo sobre los hijos, sino que también se extendía hacia los nietos y bisnietos, además únicamente podía existir un pater familias, el cual era sustituido por el hijo que viviera bajo su techo hasta el momento de su muerte, de manera que en vida del pater familias, los hijos

4 Mejía Orellana, Boanerge Amilcar. **La suspensión, pérdida y rehabilitación de la patria potestad y su regulación en el Código Civil Guatemalteco**, págs 51-65.

"aun siendo mayores seguían bajo la autoridad del padre, y los bienes los heredaban de este al morir, esta figura solamente podía ejercerla un ciudadano romano hacia otro ciudadano romano, la cual con el tiempo se fue debilitando paulativamente, al dejar de aplicarse los derechos que teóricamente existían.

La familia siempre considerada como la base de la sociedad, desde tiempos remotos, es por eso que al *pater familias* se le considero como el rey de un pequeño reino llamado familia."⁵

Se dice que para los romanos la maternidad era indiscutible, mientras que al padre unicamente se le consideraba como el esposo de la madre. De manera que para que pudiera alegarse la paternidad, el matrimonio debía haberse llevado a cabo dentro del periodo en cuestión ya que de lo contrario este podía impugnar. Otro supuesto era probar el no haber tenido contacto íntimo con la mujer, ya fuera por enfermedad o por ausencia del marido. Era necesario ser ciudadano romano para ejercer la potestad, otra forma a la que se recurría era la legitimación, la cual se aplicaba para los hijos nacidos en concubinato, quedaban fuera de la aplicación de legitimación los hijos adulterinos e incestuosos. Para que la legitimación se pudiera llevar a cabo y se llevara a cabo la equiparación de los hijos naturales a los legítimos, debería de existir el consentimiento del legitimado, y si el mismo no lo pudiere hacer por su corta edad, debería de ser rectificada con posterioridad.

⁵ Castellanos Arguijo, Carlos Matías. **Análisis jurídico de la contradicción entre patria potestad y el interés superior del niño en torno a la libertad de culto de la niñez.** Pág 2.



La ley requería que para que la legitimación fuera válida, se llevara a cabo el matrimonio subsiguiente de los padres, para lo cual no debería de existir impedimento matrimonial al momento de la concepción del hijo, en este caso los padres al contraer matrimonio, el hijo quedaba equiparado totalmente al hijo legítimo, otra forma era; la oblación a la *curia*, la cual consistía en que el padre que deseaba legitimar a el hijo, lo ofrece en la curia de su pueblo natal, para desempeñar el cargo de decurión o el rescripto del emperador. La curia romana significa, el conjunto de órganos de gobiernos de la Santa Sede y de la Iglesia Católica, el cargo de decurión era el de jefe de un pelotón de diez soldados, este tipo de empleo militar, variaba según el tipo de tropa, pero el cargo de decurión al cual se refiere en este capítulo era un cargo que consistía en recaudación de impuestos, dicho trabajo tenía pocos candidatos e ejercerla, ya que debía de responder personalmente en caso de que los contribuyentes no cumplieran con el pago respectivo, en cambio si en vez de hijo era una hija, esta debería de ser casada con el *decurión*.

Esta forma de legitimación creaba un vínculo civil, entre padre e hijo, pero este hijo no era pariente civil de los demás parientes del padre.

La legitimación por rescripto imperial, es decir la concedida por el emperador, era a pedido del padre de forma directa o bien testamentaria, esta tenía como único requisito, que el padre no tuviera hijos legítimos, y aunque el padre no los hubiere legitimado en el testamento pero los hubiera nombrado herederos, los mismos hijos podía solicitar la legitimación, por suponerse que esa era la voluntad del testador.



En cuanto a la figura de la adopción, cabe distinguir que esta se podía dar por alieni iuris, la cual consistía en que una persona que ya estaba bajo la potestad de un pater, pasaba a formar parte de otra, y también la figura de adrogación en la cual la persona sui iuris, la cual era la persona que no se encontraba sujeta a otra potestad y pasaba a estarlo bajo la calidad de filius, el adoptante debería de ser un sui iuris y ciudadano romano, las mujeres no podía adoptar pero si ser adoptadas, tampoco lo podían hacer los menores de 18 años ni los castrados, cuando el adoptante era el abuelo, se requería de la autorización del padre del niño y la conformidad del abuelo.

"El emperador Justiniano, hace la diferencia en cuanto a la adopción plena, esta era la que se llevaba a cabo, cuando el adoptado era descendiente natural del adoptante, y la adopción menos plena cuando el adoptante era un extraño y en la cual el adoptado no salía de la patria potestad de su padre natural, conservando el derecho de recurrir a sucesión intestada del padre adoptante.

En cuanto a la adrogación vemos que el que entraba a la familia no se encontraba bajo la patria potestad de otra persona, este si renunciaba a su familia natural para entrar la familia adoptante de manera total."⁶

1.2 Definición

"Patria Potestad: Es el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción

6 Ibid págs. 4 y 5.



hasta la mayoría de edad o la emancipación que como ya se hablo anteriormente no es más que el termino o extinción de la patria potestad o tutela de forma anticipada durante la minoría de edad, así como para que se administren los bienes en igual periodo, con respecto a los hijos extra matrimoniales, le corresponde a padre o madre que reconozca al hijo o bien aquel que haya sido declarado como tal.

La patria potestad le otorgaba ese dominio ilimitado al padre de familia no solamente sobre el hijo sino también sobre las personas que de el dependían."⁷

"De manera que la patria potestad se define como ese conjunto de facultades que se confieren para el cumplimiento de deberes."⁸

Se ha determinado en diversas oportunidades que la patria potestad es un derecho natural, que descansa en una posición biológica, por ser inexorable ser padre y madre, la patria potestad constituye uno de los atributos objetivos y subjetivos de la maternidad y paternidad que tienen preexistencia en todo tiempo a lo jurídico. La patria potestad, cualquiera que sea su concepto, es anterior a la existencia de la juridicidad, y de allí que cuando el hombre no había elaborado el derecho, tenía la conciencia de que podía gobernar y conducir la vida de sus hijos hasta que éstos se transformaran en hombres o mujeres. En nuestra contemporaneidad sigue en vigencia que debe existir realidad biológica, es decir que es previo al nacimiento del hijo, para que se pueda conceptualizar la patria potestad de manera jurídica.

7 Ossorio, Manuel, **Ob Cit**; Pág: 554.

8 Aguilar Guerras, Vladimir Osmar/ **Derecho de familia**. Colección monografías hispalense, pág.161



"En el proyecto del código civil francés de 1804 se describe a la patria potestad como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, así mismo en la doctrina española, Puig Peña sostiene que la patria potestad es una facultad natural que corresponde exclusivamente a los padres.

La patria potestad existe como una situación de hecho natural y social con una fuerte legitimación propia."⁹

De tal forma que es por medio de esta figura que los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en medida que reclamen las necesidades de estos.

Con la patria potestad nos referimos a ese conjunto no solo de derecho sino también de obligaciones que contraen los padres con respecto de los hijos menores de edad, y el cual es concedido por la ley para la protección y educación que se deben de otorgar a los menores como derecho inherentes a ellos y obligaciones para los padres, así mismo nos habla de la administración de los bienes que tuviere el menor. La figura de padre de familia siempre fue de mayor importancia desde los primeros tiempos, otorgandosele a la figura del padre el poder absoluto sobre el futuro de los hijos, ahora en nuestros tiempos esta autoridad le corresponde a ambos padres, tanto la madre como el padre deben de trabajar de manera conjunta en el bienestar de los hijos.

⁹ Castellanos Arguijo, Carlos Matías, **Ob.Cit**; pág,1.



"Su origen en el derecho romano (en latín Patria Potestas), poder absoluto e indefinido del padre de manera exclusiva (Pater Familias) sobre los hijos.

Patria = pater = padre

Potestad = potestas = padre

o autoridad ejercida o por ejercer. Constituye una relación paterno filial, la cual consiste en un régimen de protección de los menores, en la cual se encomienda la protección de los hijos a los padres.

La patria potestad no deriva de la institución matrimonial, sino un derecho fundado por la naturaleza y confirmado por la ley, de tal forma que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, de forma independiente si estas nacen dentro o fuera del matrimonio.

La familia, como espacio jurídico limita su funcionamiento externo por medio de tres controles, que son la patria potestad, la legislación Estatal y el poder familiar, para formular la práctica del consentimiento."¹⁰

De tal manera que la patria potestad comprende la guarda, representación y administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

"Las características de la patria potestad son: Es aplicada exclusivamente como un régimen de protección a los menores no emancipados. Es obligatoria, los padres tienen la patria potestad al menos que la legislación los prive de la misma o sean excluidos de su ejercicio.

10 **Ibid.** Págs, 10 y 11.



La patria potestad es un régimen de protección que ofrece la mayor de garantías a los menores no emancipados por contar con el concurso de protectores naturales de éstos. La patria potestad es tutelada por la ley, por lo que el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos que la propia ley lo permita."¹¹

1.3 Naturaleza jurídica

"Cabria afirmar que la patria potestad también es un derecho subjetivo si tenemos en cuenta que se trata de un ámbito de poder concreto que es defendido frente a todos y conferido a los padres. Sin embargo, tal carácter de"¹² derecho subjetivo aparece acompañado por su carácter instrumental y por el hecho de que las facultades que la patria potestad conforma no son de libre sino de obligado ejercicio, y no se dan en interés de quienes los ostentan." Es por ello que se habla de la patria potestad como función y no como derecho subjetivo, que recae sobre la persona de limitada capacidad (menores e incapaces) y que tiene una finalidad esencialmente tuitiva: cuidado, alimentación, educación, formación integral, etc."¹³

De manera que la naturaleza jurídica de la patria potestad es una función eminentemente tuitiva otorgada por la ley a la madre o al padre para el cuidado tanto del menor como de los bienes de este.

11 **Ibid.** Pág:12

12 López del Carril, Julio J./**Patria potestad, tutela y curatela.** Ediciones Depalma, Buenos Aires 1993. Pág, 6, 7 y 9.

13 **Ibidem.**



La patria potestad queda enmarcada en un conjunto de preceptos legales de naturaleza pública debido a la importancia que deviene en la protección de los menores de edad que no pueden valerse por si mismos.

"La naturaleza jurídica importa la aceptación a) las relaciones internas del padre con su hijo menor de edad; b) en cuanto a las relaciones externas entre las mismas personas es claramente un derecho subjetivo de los padres, y no del hijo.

Por consecuencia de todo esto resulta que la patria potestad es ese conjunto de poderes y deberes, en la cual la noción del deber es a cargo de los padres, en cuanto a protección y cuidado de los hijos; de allí que la patria potestad tenga un carácter oficioso.

La evolución del poder absoluto del padre hacia la idea del deber-función es una evolución tanto social como jurídica.

En resumen: la naturaleza jurídica de la patria potestad es un derecho-función a cargo de los padres, cuyo derecho-función integra el derecho subjetivo."¹⁴

"En la historia, la patria potestad a figurado como una institución del derecho de familia, siendo primero aplicado como un poder absoluto, modernamente como una manera de protección, asistencia y representación de los hijos, haci como la administración de los bienes de estos junto con la esposa. Las dos notas básicas informativas de tal institución se basan primero en ser un derecho subjetivo, el cual

¹⁴ Mejía Boanerge, Amilcar, **Ob Cit**; pág, 9



es personal e intransferible de los padres; y segundo que se refiere a la honra y respeto de los hijos hacia los padres, de manera que la naturaleza jurídica deviene de un derecho familiar, el cual es indiscutiblemente vinculado a los intereses y necesidades de los hijos menores de edad y de aquellos quienes deban permanecer por su condición bajo esta figura.

Es precisamente, en los tiempos modernos donde se determina la patria potestad como una función tuitiva como lo expresa, Diego Spín Cánovas, en busca del bienestar de los hijos."¹⁵

De manera que la naturaleza de la patria potestad se encuentra dirigida por un conjunto de derechos y obligaciones, recíprocos entre padres e hijos, y que dan origen a una serie de consecuencias de derecho. Siendo una relación eminentemente familiar, comprendida dentro del derecho civil, siendo una rama del derecho privado, y en dicha rama se estudiara la conducta humana en diferentes áreas, tales como formativos y patrimoniales, siendo dichas normas imperativas necesarias, para regular la conducta humana, siendo de esta forma el ordenamiento jurídico, de carácter instrumental, necesario para el cumplimiento de los fines en cuanto al mantenimiento de un balance eficaz que rige la conducta de los hombres, en este caso, en el sentido familiar, la patria potestad, "como parte del derecho de familia, tiene su naturaleza dentro del derecho privado que es que la regula por medio del derecho civil, y también entra en armonía con el derecho social."¹⁶

15 **Ibid:** Pag: 10.

16 Recinos González, Miriam Janeth/**Consideraciones generales sobre la patria potestad y tutela en la doctrina y legislación guatemalteca.** Agosto 1987. pág, 11.



1.4 Supuestos personales de la patria potestad

El Artículo 252 del Código Civil dispone que la patria potestad la ejercen sobre los hijos menores, de manera conjunta el padre y la madre. De manera que se concibe la patria potestad como función dual, atribuida al padre y a la madre en igualdad de condiciones.

Por lo mismo, el ejercicio de la patria potestad también es conjunto, lo cual significa que debe de concurrir consentimiento de ambos padres para llevar a cabo actos de representación del hijo menor en cuanto a su persona y administración y disposición de sus bienes.

No obstante ser la regla general del ejercicio de la patria potestad en conjunto, en nuestra legislación se observan algunas excepciones, esto es una serie de supuestos en los cuales basta el consentimiento de uno solo de los progenitores para tomar decisiones en la esfera jurídica del menor o del mayor en estado de interdicción.

A) Cuando la filiación se encuentre legalmente determinada respecto de sólo uno de los progenitores; cuando uno de los padres haya sido separado de la patria potestad por disipar los bienes de los hijos, o por su mala administración; por la muerte de uno solo de los padres y cuando el hijo es adoptado por una sola persona.

B) El ejercicio individual compete a uno solo de los progenitores, ostentando ambos padres la patria potestad el ordenamiento prevé determinados supuestos en que el



ejercicio corresponde exclusivamente a uno de ellos de manera que el consentimiento u oposición del otro, caso de que se de, resultan irrelevantes. Este tipo de ejercicio de patria potestad puede ser genérico o bien aplicado a casos específicos. "De manera que el ejercicio individual de la patria potestad puede darse por diversas causas, entre ellas por la suspensión o pérdida de la patria potestad por uno de los progenitores, por resolución judicial; por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, cuando haya sido declarado judicialmente y por separación o divorcio de los padres."¹⁷

"El origen natural y legal de la patria potestad se da por el nacimiento en legítimo matrimonio; por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de uno o más hijos; por reconocimiento de filiación natural; por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción y también como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas por la posesión de Estado."¹⁸

El sujeto activo trata en primer lugar de la patria potestad conjunta, es decir la que por naturaleza corresponde a padre y madre conjuntamente, aunque sean menores de edad, en cuyos casos los hijos quedan sujetos a tutela.

"El sujeto pasivo trata de la patria potestad que recae sobre los hijos menores de edad no emancipados ni habilitados."¹⁹

17 Aguilar Vladimir, Osmar, **Ob.Cit**; págs. 163 y 164.

18 Cabanellas Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Editorial Eliasta, 30a edición, Buenos Aires Argentina, pág. 554.

19 J López del Carril, Julio, **Ob.Cit**; págs.57 y 58.





CAPÍTULO II

2 Pérdida de la patria potestad

2.1 Antecedentes

“En la antigua Roma tenía un carácter político, en el cual se otorgaba un derecho absoluto sobre la persona del hijo, el cual era análogo a la propiedad de las cosas o bien el derecho sobre los esclavos. El padre tenía sobre el hijo el jus vitae et necis, es decir, el derecho de vida o de muerte. Lo cual no era considerado como homicidio, sino como una ofensa inferida al padre en su propiedad. Dicho esto el padre tenía el derecho de vender, alquilar y juzgar a sus hijos y condenarlos con su propio juicio (judicia privata) sin que esto diera lugar a pérdida de la patria potestad, lo que posteriormente como ya se apuntó anteriormente con el paso del tiempo fue cambiando.”²⁰

Los antecedentes de patria potestad datan de la emancipación, venta, alquiler que hacia el pater familia con respecto a sus descendientes, siendo que la dureza excesiva en el trato de estos, en la antigüedad no era penada más bien se consideraba como un derecho de quien ejercía la patria potestad, lo cual al ir cambiando con el transcurso del tiempo fueron limitándose dichas formas de educar y corregir a los hijos hasta prohibirlas. La causal natural de la pérdida de patria potestad era la muerte del pater o del filius. También la capitis diminutio máxima (pérdida de la libertad) de cualquiera de ellos extinguía el vínculo. También estaba la

²⁰ López del Carril, Julio J, **Ob.Cit**; pág. 11



capitis diminutio media (pérdida de la ciudadanía) y la *capitis diminutio mínima* (pérdida de la calidad de *sui iuris*) ya sea por adopción o por adrogación.

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

“La emancipación fue otra causa de salir de la patria potestad, la cual se hacía con la complicidad de un tercero, la triple venta exigida por la ley para poder así perder la patria potestad. Al cabo de estas el padre lo readquiría y luego la manumitía, adquiriendo la calidad de *sui iuris*. Esto en caso del varón, las mujeres para emanciparse, requerían de una sola venta. El emperador Anastasio simplificó este engorroso procedimiento, creando la emancipación anastasiana, pudiendo otorgarse por rescripto imperial. La emancipación justiniana, finalmente aceptó la emancipación por simple declaración, de ambos interesados, ante un magistrado competente.”²¹

2.2 Definición

“La palabra pérdida se origina del latín tardío *perdita*, que significa pérdida o carencia, y lo podemos entender como la privación de lo que se poseía. En lo que respecta a la pérdida de la patria potestad se debe de entender como definitiva, en comparación a la suspensión, y, por consiguiente a las causas que la provocan son

²¹ Historia en la guía 2000. Google Search. Febrero 2012.



de mayor magnitud que las que originan la suspensión."²² Cabe hablar de pérdida de la patria potestad cuando ésta cesa fatalmente.

"La pérdida de la patria potestad, supone extinción no necesariamente institucional sino sólo para el sujeto que la ejerce, pudiendo en todo caso subsistir para el hijo, el cual quedará sujeto a la potestad del otro titular o bien de la tutela."²³

De acuerdo a el Artículo 275 el que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de la obligaciones hacia sus hijos.

"De manera que la pérdida de la patria potestad constituye a más que un derecho un deber, en el cual el mal ejercicio de esta y hasta el no ejercicio de ella da lugar a las causales más graves a que la ley proceda a privar el ejercicio de la misma. La pérdida de la patria potestad consiste entonces, en el incumplimiento de los deberes correspondientes a los padres en favor de los hijos."²⁴

Asimismo en el derecho comparado, por ejemplo en el derecho ecuatoriano de pérdida de patria potestad se da como el hecho en que el padre y la madre lleven una vida disoluta, es decir una mala vida, ya sea por vicios o libertinaje, violentándose de esta forma los deberes y obligaciones que comopadres tienen hacia la persona de los hijos. De manera que con la perdida de la patria potestad se pierden ese tipo de facultades otorgadas legalmente en beneficio y cuidado de los

22 Castellanos, Carlos Matías, **Ob.Cit**; pág. 16.

23 Aguilar Osmar, Vladimir, **Ob.Cit**; págs. 171 y 172.

24 Cabanellas, Guillermo, **Ob.Cit**; pág. 231.



hijos, por incumplimiento a los deberes establecidos legalmente, en los cuales se pone en riesgo el bienestar del menor de crecer con los valores esenciales tanto físicos como morales, siendo la familia el núcleo fundamental del hogar es necesario tomar en cuenta cierto tipo de situaciones en los cuales se ven vulnerados los derechos de los menores, de manera que por causa grave que impida la convivencia del menor bajo el amparo de sus padres es necesario tomar este tipo de medidas. La pérdida de la patria potestad, declarada judicialmente, por incumplimiento de los deberes establecidos legalmente, busca el bienestar del crecimiento y desarrollo físico y emocional del menor.

2.3 Causas y efectos de la pérdida de la patria potestad

"En nuestra legislación, son causal para la pérdida de la patria potestad como lo determina el Artículo 274 del Código Civil:

- 1) Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares.
- 2) Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y empleos corruptores.
- 3) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos.
- 4) Por exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado.
- 5) Por haber sido condenado dos o más veces por delito de orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.



También se pierde se pierde la patria potestad por declaratoria judicial de adoptabilidad, establecida en el decreto 77-2007 Ley de Adopciones."²⁵

"A diferencia de la pérdida de la patria potestad están los motivos de su conclusión o extinción los cuales no se deben confundir, siendo que estos pueden ser causados por la muerte del padre o de la madre, por llegar el hijo a la mayoría de edad, por emancipación, si bien en esta se mantienen algunos vestigios del poder paterno acerca de la disposición filial sobre bienes inmuebles en cuanto a ciertos gravámenes y con relación a los préstamos de dinero; y así mismo en lo concerniente a la licencia para contraer matrimonio, también puede darse por muerte de los hijos."²⁶

"En el derecho comparado encontramos, que la patria potestad se pierde por similares causas, por ejemplo en el derecho español, la patria potestad puede ser privada total o parcialmente en sentencia fundada, por el incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla o por sentencia dictada en causa en causa criminal o matrimonial, en el derecho italiano si existe un inminente peligro de un grave perjuicio para el hijo, el padre puede adoptar la providencia urgente que estime conveniente, el juez debe oír al progenitor y al hijo si este fuere mayor de 14 años de edad y de esta forma determinar lo más conveniente para el hijo y para la unidad familiar, en el derecho boliviano, los padres conjunta o separadamente pierden la patria potestad cuando sean autores o cómplices de delito grave contra el hijo, por costumbres depravadas, por malos tratamientos o el abandono de sus deberes que comprometan o pudieran comprometer la salud, seguridad y moralidad de el menor.

25 Vladimir, Osmar, **Ob.Cit**; págs: 171 y 172.

26 Cabanellas, Guillermo, **Ob.Cit**; pág: 169.



En derecho peruano la patria potestad se pierde por condena o pena que la produzca o por abandono del hijo durante seis meses continuos o cuando. En derecho uruguayo, los padres perderán de pleno derecho, y sin necesidad de declaración expresa, la patria potestad sobre sus hijos, cuando fueren condenados por los delitos previstos en la legislación uruguaya, por condenas penitenciarias como autores o cómplices de un delito contra la persona de uno o varios de sus hijos, si fueren condenados dos veces con pena de prisión como autores o cómplices de un delito cometido contra la persona de uno o varios de sus hijos. En derecho japonés si el padre o la madre abusan de la patria potestad o son acusados de grave conducta, el Tribunal de Familia puede, a pedido de cualquier pariente del hijo, o procurador público, declarar la pérdida de la patria potestad. En el derecho ecuatoriano se establece la pérdida de la patria potestad cuando el padre o la madre llevasen una vida disoluta, es decir desordenada o de malos hábitos, que coloquen en peligro el desarrollo integral del menor.¹²⁷

Consecuencias: Las consecuencias que trae consigo la pérdida de la patria potestad, es que el padre o la madre o bien ambos según el caso trae consigo que dejen de convivir con el menor, de custodiar, vigilar y formar a sus hijos. La pérdida de la patria potestad significa para el menor que su padre, madre o ambos no puedan convivir y compartir con el, por alguna de las causas establecidas y sancionadas según la legislación.

La privación de la potestad paterna es en todos los casos una sanción civil y en ocasiones una condena penal, que no se limita a una disminución de facultades

²⁷ López del Carril, Julio J, **Ob.Cit**; Págs: 118, 119, 128, 129, 146, 156, 160.



personales, sino que puede llevar consigo secuelas patrimoniales, en el supuesto de que el progenitor despojado de la patria potestad gozara del usufructo legal de bienes filiales de los menores de edad.

Esta pérdida para no perjudicar a los hijos, determina una sucesión automática en favor de la madre en primer termino; y de no vivir ella o de ser culpable también, se acude a quienes correspondiere la tutela para el supuesto del fallecimiento de los progenitores.

Es frecuente en la materia que el mismo juez que dispone la pérdida de la patria potestad designe a persona con voluntad y posibilidades para desempeñar la tutela o que disponga la entrega de los menores a establecimientos públicos de beneficencia y protección a la infancia o juventud abandonadas.

"A veces se establece un linderio o temporalidad que no significa la pérdida como arrebatado definitivo, y que se conoce aun siendo solo suspensión, no privación, como pérdida en definitiva de el ejercicio de la patria potestad."²⁸

La pérdida de la patria potestad como lo establece el código civil, no exonera de las obligaciones al padre para con los hijos, las consecuencias que trae consigo la pérdida de la patria potestad tienen una finalidad de protección hacia el menor, en la que se busca garantizar el bienestar de este, cuando esto ya no es posible en su entorno familiar.

28 Cabanellas, Guillermo, **Ob.Cit**; pág. 231



Las consecuencias que trae consigo la pérdida de la patria potestad van más aya de el fin de la autoridad y derechos del padre o padres que la pierden, por ejemplo en el caso de las madres solteras que son un buen porcentaje, suele pasar que en muchos casos algunas consiguen que el padre de los hijos, los reconozcan reconozcan, mientras otra no, pero en ambos casos muchas veces se dice que únicamente son padres de apellido debido a que nunca llegan a fungir como tales, ni en el aspecto económico, ni en el moral, de manera que en la mayoría de casos estos padres que nunca han cumplido con sus obligaciones, ni han brindado el afecto a sus hijos, lleguen a perder la patria potestad, al querer la madre soltera volver a casarse y al lograrlo que su nuevo cónyuge cumpla con los deberes de padre que el padre biológico del niño nunca pudo llenar y de esta forma al estar el niño acostumbrado y hasta encariñado con el esposo de la madre llegue hasta llamarle papá surgiendo la necesidad de que sea adoptado por este como hijo legítimo.

De manera que el efecto de tener una conducta dañina como lo son las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, la dureza excesiva en el trato de los hijos así como el abandono de los deberes familiares, pueden afectar la recta formación de los hijos, así, también, la dureza en el trato para con ellos. El abandono de los deberes familiares significa prácticamente una dejación de la autoridad paterna, que trae como consecuencia un indudable daño a los hijos.

En cuanto a dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores, se tiene por objeto la preservación de la recta



formación moral de los hijos, en cuanto a la dedicación a la mendicidad y ejemplos corruptores estos pueden observarse con facilidad en casos concretos. No ocurre lo mismos con las ordenes, consejos o insinuaciones.

En cuanto al padre que cometa un delito contra el otro, el padre que delinca sera el que sufra la perdida de la patria potestad, cualesquiera que sea el delito. Necesariamente debe de preceder sentencia condenatoria, sin perjuicio de las medidas cautelares que en su debido tiempo pueden pedirse y dictarse en pro del ofendido.

Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieron a sus hijos, para quien los haya abandonado. La exposición debe entenderse la acción u omisión que coloque al hijo en situación de riesgo para su persona; y por abandono, el incumplimiento de los deberes que el padre o la madre tienen, conforme a la ley, respecto con los hijos.

En el caso de condena dos o más veces por delito de orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito, prácticamente la ley subtrae a los hijos de la autoridad de quien no tiene las calidades morales necesaria para ejercer debidamente la patria potestad. En referencia a el término de la pena no puede considerarse apropiada, como si lo seria la naturaleza y las circunstancias de los delitos.

El Código Civil hace referencia al restablecimiento de la patria potestad en el



Artículo 277, en el cual en vista de las circunstancias dadas en cada caso, a petición de parte, se podrá restablecer al padre o madre por suspensión o pérdida en los casos establecidos en los cuales no se deberán de tener por definitivas, siendo estos:

1o; Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubiesen desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;

2o; Cuando en el caso de delito cometido contra el otro conyuge, a que se refiere el inciso 3o, del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubiesen existido circunstancias atenuales, se hace referencia de que el legislado considera como excepción, que cierta clases de delitos dan lugar a la irrecuperabilidad de la patria potestad.

3o; cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de 14 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; del artículo comentado.

Se determina que en todos los casos deberá de 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.

El Código Civil no hace referencia en cuanto a la procedencia del restablecimiento



en cuanto a la pérdida o suspensión de la patria potestad, lo cual nos lleva a determinar que con excepción a lo determinado en los incisos 1o y 2o del Artículo 277 en los demás casos se refiere a una suspensión de la patria potestad. En efecto que si la patria potestad se perdiera se trataría de una situación irreversible, en la que no se admitiría el restablecimiento, teniéndose que el código hace la diferencia de manera expresa entre las causas de pérdida de las de suspensión en la patria potestad.

El Código Civil determina específicamente quienes podrán promover la pérdida de la patria potestad o la suspensión teniéndose a lo establecido por el Artículo 276; sólo podrán promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y la Procuraduría General de la Nación. El progenitor inocente y la Procuraduría General de la Nación serán parte en el juicio en todos los casos.

"Los aspectos contemplados en la ley quedan a la apreciación del juzgador, según las circunstancias de cada caso. La ley hace referencia de manera genérica a la palabra padres, por lo cual cabe aclarar que uno sólo de ellos puede quedar comprendido en cualesquiera de los casos comentados."²⁹

"Tomando en cuenta los elementos en la patria potestad, la potencialidad, como derecho que conserva el padre y la madre, que no han perdido la patria potestad, en la que uno solo de ellos desempeña, dicho ejercicio se hace presente sin

29 Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**. Editorial estudiantil Fenix, Universidad de San Carlos, Guatemala 1998, págs. 238, 239, 240.



declaración alguna, por muerte de uno de los padres o por incumplimiento a las estipulaciones legales que dan lugar a las causales de pérdida o suspensión que priven de la misma al padre que las incumple, mientras el ejercicio es la parte dinámica, el derecho de decisión, que a los padres corresponde con respecto de los hijos."³⁰

30 López del Carril, Julio J. **Patria potestad y control del Estado, en estudios de derecho de familia**, pág. 49.



CAPÍTULO III

3 Aspectos sustantivos de la patria potestad

3.1 Derechos y deberes de los padres con respecto a sus hijos

Entre las funciones principales de la patria potestad se encuentran las de tipo personal y patrimonial, la patria potestad tiene como función principal, mediante la obligatoria tutela del Estado garantizar a los menores de edad y mayores interdictos sometidos a esta, una existencia digna que garantice su desarrollo integral, procurando su bienestar sobre el soporte legal adecuado velando por el cumplimiento y respeto a sus derechos. "Reconociendo el interés superior del niño como principio fundamental. Autores especializados coinciden en incluir una serie de funciones, prerrogativas y relaciones que informan el ejercicio de la autoridad de los padres. A la funciones expositivas, se les ha dividido en funciones personales y funciones patrimoniales, enmarcando derechos y deberes, siempre respecto a la persona del hijo menor de edad o declarado en estado de interdicción."³¹

Es así como podemos observar que los derechos y deberes forman parte de las funciones de la patria potestad, en la cual la prioridad sera siempre el bienestar de los menores. Estos son algunos de los derechos y deberes de los padres con respecto a los hijos;

Velar por los hijos:

31 Castellanos, Carlos Matías. **Ob.Cit**, pág. 17



Los padres en sentido amplio, tienen el deber de velar por sus hijos, sin embargo, se debe de tomar en cuenta que también ha de velar por sus hijos el progenitor apartado de ellos, e incluso el que no tenga patria potestad sobre los hijos, puesto que en estos supuestos el progenitor no puede ejercer las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, su deber queda conectado a las actuaciones, vigilancia y control del otro progenitor, y también de otros allegado o familiares.

Tener a los hijos en su compañía:

Contemplado como deber el tener a los hijos en compañía implica la comunidad de vivienda, razón por la que establece el domicilio de los hijos constituidos en patria potestad sera la de sus padres. No obstante, los padres por el bien de los hijos y con carácter de transitorio pueden determinar su separación física ya sea por estudios, vacaciones, enfermedad o alguna otra situación, se determinan diversos caso en los cuales legalmente el niño no podrá convivir con sus padres, ya sea en caso de separación de los padres, por lo cual los hijos convivirán con uno solo de los progenitores u otra persona determinada, cuando los padres encomienden la guarda del menos a alguna entidad pública especializada, justificando en no poder hacerlo por enfermedad o por cualquier otra causa grave que le prive de hacerlo por si mismo, y también en el caso de privación a los padres de la potestad de guarda y custodia del menor, debiendo siempre resguardarse el bienestar del menor.

Siendo que la patria potestad se ejerce directamente sobre la esfera personal del sujeto pasivo, que es el menor sujeto a esta, tratándose la custodia como una función de la patria potestad en la cual la guarda se a caracterizado como un poder



que tienen los padres de tener a los hijos consigo, que se traduce en la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar. "En este sentido la guarda juega un papel activo en el ejercicio de la patria potestad, sosteniéndose que ese aspecto material, por excelencia para que dicho ejercicio pueda desarrollarse armónicamente, y así, la ley otorga a esta facultad la función del cumplimiento del deber educación, es el gran deber que preside relaciones entre padres e hijos (guarda de menores)."³²

El carácter material de la guarda la convierte en un derecho-deber dinámico y que puede ser delegable a terceros si coadyuva al cumplimiento del fin superior el derecho comparado ofrece diversos ejemplos de este carácter, cuyos extremos se encuentran representados en la autorización de salir del país, la cual exige la autorización de las voluntades de quienes ejercen la patria potestad del menor, y el libre consentimiento manifestado, que requiere la generalidad de las legislaciones, la intervención de la autoridad judicial y administrativa que garantice su observancia.

La delegabilidad de la guarda esta rodeada de garantías para su efectividad, por ejemplo: Si ocurre que el menor abandone voluntariamente el lugar donde debe estar su residencia, las leyes prevén el recurso judicial para lograr el reintegro del hijo escapado si éste carece de justificaciones para tal alejamiento. "Las mismas garantías establece la ley, cuando los padres pierden la patria potestad y sin consentimiento de aquel quien la posee, extrae de su poder al menor, en estos casos la ley castiga la sustracción del hijo, incluso cuando esta circunstancia a sido provocada por el padre que patenta la tenencia de el hijo."³³

32 Castellanos, Carlos Matías, **Ob.Cit**; pág: 18

33 **Ibid**,pág. 19



Alimentos:

La obligación de alimentos a la que están sujetos los padres con respecto a los hijos menores de edad e incapacitados se encuentra legalmente establecida en nuestra legislación el Artículo 278 establece la obligación de alimentos como todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad, así mismo el Artículo 279 determina que debe de ser otorgado en base a las circunstancias personales y pecuniarias de quien los debe y quien los recibe.

Educarlos y procurarles una formación integral:

Corresponde a los padres el deber y facultad de educar a sus hijos y procurarles una formación integral, entendiéndose en primer término como en sentido de actuación directa de los padres y el segundo en referencia al derecho que les asiste para que los hijos reciban educación en los centros docentes que los padres elijan, incluyendo la educación religiosa y moral que les es propia a los padres enseñarla y a los hijos.

La educación del menor ha de tener por objeto el pleno desarrollo de su personalidad, de manera que prevalecerá el interés del hijo sobre el de sus padres, especialmente cuando mayor sea su madurez. La educación es una función de mucha importancia, pues este término comprende extensivamente el desarrollo de la personalidad, aptitudes y capacidades del menor, el deber de educarlo y respeto a los derechos humanos, identidad cultural, los valores de su comunidad, el respeto al ambiente, y prepararlo para asumir una vida responsable en sociedad, los padres



están obligados a procurar la instrucción elemental de sus hijos, cabe preguntarse si este deber-derecho de los padres cesa una vez concluida la educación primaria. Se señala en este sentido, que el mismo persiste como una exigencia hacia el hijo de proseguir con los estudios y de elegir una carrera o profesión, sin que estas decisiones sean revisables judicialmente mientras se mantengan sobre límites razonables. Algunas legislaciones regionales imponen la obligación de los padres de sostener los estudios superiores de los hijos, aún después que éstos hayan alcanzado la mayoría de edad.

“Cierta controversia surge alrededor de la educación religiosa de los hijos, la imposición del culto de los padres a los hijos. Debe de admitirse la influencia de los padres en la formación espiritual de los hijos en los primeros años de su socialización, el límite a esta potestad nace con la propia determinación del hijo al alcanzar un nivel de madurez que según nuestra opinión y la legislación vigente debería regularse como un tipo de capacidad relativa, lo que viene a ser una laguna legal que debe subsanarse.”³⁴

La facultad de los padres de corregir a los hijos: En el Artículo 253 del Código Civil se establece la facultad de los padres de corregir a los hijos, obviamente de manera razonada y moderadamente, sin sobrepasar los límites y evitando el maltrato y abuso hacia el menor, de manera que estos límites determinan la finalidad educativa de esta facultad excluyendo todo tipo de medida humillante por respeto a la personalidad del menor, así como cualquier otra medida que ponga en riesgo su personalidad, salud e integridad física y moral. “De manera que el exceso de

³⁴ Castellanos, Carlos Matías, *Ob.Cit*; págs. 21 y 22.



corrección le otorgan al juez el tomar las medidas que sean necesarias y oportunas hasta otorgar la suspensión o pérdida de la patria potestad así como la comisión de falta que se encuentra contemplada en el Artículo 483 numeral 6o del Código Penal.”³⁵

“La Convención sobre Derechos del Niño se expresa en su Artículo número uno: “Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión”. El Artículo dos en su parte conducente manifiesta: Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los castigos corporales. Debe quedar claro que aunque se reconoce el derecho a corregir, esto no implica que el ejercicio de tal derecho se inflijan a menores actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psicológica o impliquen actos de violencia familiar. El ejercicio moderado de la corrección de los niños a recibido consagración legislativa en diversas leyes de la región.”³⁶

De manera que los padres dirigen la educación de los hijos y los representan en todos los actos civiles, de manera que los padres tienen como una de las obligaciones fundamentales, la de cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando como ya lo apuntamos anteriormente medios prudentes de disciplina, siendo responsables conforme a la ley si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir sus deberes inherentes.

35 Aguilar, Vladimir, **Ob.Cit**; págs. 165, 166, 167, 168.

36 Castellanos, Carlos Matias, **Ob.Cit**; págs. 20 y 21.



“Como derecho comprendido en la patria potestad representan legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil, además también los hijos tienen derechos y deberes respecto a sus padres como el que deben vivir con sus padres los hijos menores de edad, o o con padre o madre que los tenga a su cargo, y de esta forma tienen la prohibición de dejar sin autorización la casa de sus padres, los hijos mayores de catorce años tienen capacidad de contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, para apoyar a sus padres en el sostenimiento de los mismos, los hijos al alcanzar la mayoría de edad están en la obligación de honrar y respetar a sus padres, de manera que los derechos y deberes que emanan de la patria potestad son recíprocos, van tanto del los padres hacia los hijos pero estos a la vez también están comprometidos a acatar y obedecer a sus padres y cumplir con ciertos deberes que como hijos deben cumplir.”³⁷

Los derecho y deberes de los padres con respecto a la persona de los hijos en el derecho comparado, por ejemplo en España el velar por los hijos, tenerles en compañía de los padres, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integra, el derecho español determina que los padres podrán en el ejercicio de su potestad, corregir razonablemente y moderadamente a los hijos, así mismo los hijos deberán obedecer a sus padres mientras estos permanezcan bajo su potestad y respetarlos siempre, contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

En el derecho francés, los padres tienen su autoridad hasta la mayoría de edad, la autoridad que corresponde al padre y la madre es para proteger al hijo menor en su

³⁷ Brañas, Alfonso, **Ob.Cit**; págs. 232-234.



seguridad, salud y moralidad, y a su vez el hijo no puede sin autorización abandonar la vivienda y el no puede ser retirado nada más en los casos que determine la ley por necesidad.

En el derecho italiano los padres tienen el derecho de reclamar el reingreso del menor recurriendo al juez de tutelas cuando este sin permiso abandonare la vivienda, lo mismo sucede en el derecho boliviano en el cual los padres pueden obtener el reingreso del menor haciendo uso de la fuerza pública. "En derecho uruguayo, los padres tienen la facultad para dirigir la educación de los hijos y representarlos en todos los actos civiles, también tienen la facultad de corregir moderadamente a sus hijos, y cuando esto no fuere suficiente pueden ocurrir ante un juez para que les imponga la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional, de tal manera que los hijos deben respeto y honra a los padres, los padres pueden exigir a los hijos que se hallen en su poder, que les presten los servicios propios de sus edad, sin que los hijos tengan derecho a reclamar recompensa alguna."³⁸

Como podemos observar, en diversos países se busca la misma finalidad de protección integral de los menores por lo que en cuanto a los deberes y derechos que los padres tengan con respecto de los hijos son similares variando unicamente en algunos aspectos.

En nuestra legislación, el Código Civil señala, la obligación par ambos padres de

38 Lopez del Carril, Julio J, **Ob.Cit**; págs. 111, 113, 114, 120, 123, 140, 141.

cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educándolos y corrigiéndolos haciendo uso de prudentes medidas de disciplina, siendo penado el incumplimiento, si abandonan de manera penal y material el ejercicio de sus deberes inherentes a la patria potestad, los hijos deberán de vivir en la casa de sus padres y obedecerles, teniendo los padres la facultad de hacer que estos cumplan con sus deberes de hijos y al no ser así poder hacer uso de la fuerza pública para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus padres, nuestra legislación establece en el Artículo 261 cuando el padre y la madre no sean casados ni unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre salvo que ésta convenga que pasen a poder del padre o bien a un establecimiento de educación, de manera que el derecho se le otorga primero a la madre debiendo siempre resguardarse el bienestar del menor.

La facultad de direccionamiento del hijo se compone de elementos educativos y de vigilancia constante en preparar al hijo y guiarlo durante el progresivo contacto con el medio social: elección de las amistades, de los círculos sociales, del cuidado de la salud etc.

Al asignar la ley responsabilidades a los padres la misma reconoce la autoridad de estos para ejercer el control sobre las elecciones diarias de los hijos (creencias religiosas, vestimenta, elección de colegios, actividades extracurriculares, participación en organizaciones estudiantiles, etc). Cuando el ejercicio de esta facultad no ha sido generador de conflictos, los jueces progresivamente han deslindado su correcta aplicación, de los abusos que este puede acarrear. A la guarda y direccionamiento del hijo se le ha acompañado con el poder de corrección,



en una suerte de refuerzo de la autoridad.

3.2 Deberes y derechos de los padres con respecto al patrimonio de sus hijos

Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que se encuentran bajo su potestad, a excepción de algunos casos en los cuales no es así ya sea porque hereden con motivo de indignidad o desheredación de sus padres, o por bienes adquiridos por herencia, legado o donación o dejados por testamento, bajo la condición que estos no sean administrados por los padres.

La administración de los bienes de los hijos corresponde en forma conjunta tanto al padre como a la madre, sin embargo los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos (el padre o la madre) administrador de los bienes de los hijos, hallándose dicho acuerdo sujeto a una excepción, consistente en el consentimiento expreso del padre o madre no administrador para todos los actos que requieran autorización judicial, en cuanto a los actos simplemente conservatorios estos podrán ser otorgados tanto por el padre como por la madre, ambos titulares y en ejercicio de la patria potestad.

“Esta administración tiene los caracteres de universalidad y legalidad que se han diseñado al tratarse del derecho deber de representación de los padres con respecto a los hijos bajo su potestad, así mismo existen ciertas prohibiciones en cuanto a la administración de los bienes, se habla de la no administración de los bienes con respecto a los cuales, los padres han sido declarados indignos o



desheredados, y en las herencias legados y donaciones en los cuales se condicione la no administración por los padres, tampoco se hallan a administración en cuanto los bienes que los hijos menores, impúberes o adultos adquieran con el producto de su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque estos vivan en casa de los padres”³⁹. La legislación establece en el Artículo 271 del Código Civil que cuando los hijos que se encuentre bajo la patria potestad reciban una herencia, legado o donación en la cual, se condicione la no administración de los padres sera respetada la voluntad del donante o testador, quien deberá de nombrar a la persona o institución encargada de dicha administración y de no ser así el juez nombrara a persona de reconocida solvencia y honorabilidad si no hubiere institución bancaria autorizada para tales cargos.

De tal manera que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad tengan o no el usufructo de los bienes. Sin perjuicio de las excepciones legales los padres podrán acordar que la administración sea ejercida por uno o por otro, pudiendo acudir ante un juez en caso de desacuerdo, el padre y la madre en relación a los bienes del hijo, con respecto de los cuales tenga el usufructo y administración, serán responsables de la propiedad y frutos de estos para con los hijos, de acuerdo a nuestra legislación como derecho comprendido en la patria potestad los padres representaran legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administraran sus bienes y aprovecharan sus servicios atendiendo a su edad y condición, la administración se llevara a cabo de manera conjunta por el padre y la madre unidos en matrimonio o por unión de hecho, salvo en los casos de separación o divorcio, que sera ejercida por quien

39 López del Carril, Julio J, **Ob.Cit**; págs. 61 y 62.



tenga a su cargo la tutela del menor o incapacitado y en los casos de divergencia entre ambos padres el juez determinara en base al comportamiento de los progenitores a cual de los dos corresponderá la representación del menor y el tiempo que esta se llevara a cabo, nuestra legislación determina que no es necesario establecer la administración individual , por declaración judicial en los casos en que se declare interdicción judicial a uno de los cónyuges, por abandono voluntario del hogar o declaratoria de ausencia y por condena de prisión por el tiempo que dure esta.

Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercida por la persona que tuviere la patria potestad o tutela sobre el padre (Art. 257).

Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de estos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, unicamente por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad previa autorización del juez competente y la intervención de la Procuraduría General de la Nación, Artículo 264 del Código Civil, siempre velándose por la protección a los bienes del menor el Artículo 23 del Código de Comercio, establece que los representantes legales de los menores, incapaces o ausentes, pueden adquirir para sus representados, acciones de sociedades anónimas o en comandita por acciones, estableciéndose como requisito que estas deberán de estar debidamente pagadas y se cumplan los demás requisitos de ley en este caso autorización del juez competente.



Los padres no podrán celebrar contrato de arrendamiento por más de tres años ni recibir renta anticipada por más de un año sin autorización judicial, tampoco podrá vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor al que se cotece en la plaza el día de la venta, así tampoco podrá prestar garantía, en representación de los hijos, a favor de terceras personas, (Art.265).

Establece nuestra legislación, quien ejerce la patria potestad salvo el caso de sucesión intestada, no podrá adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor, y los actos realizados contra esta prohibición podrán ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos, (Art.267).

Queda establecido legalmente, que los padres deben entregar los bienes que le pertenecen a los hijos y rendir cuentas de la administración de los mismos cuando estos lleguen a la mayoría de edad, (Art. 272). Como lo establece la legislación para que los padres puedan disponer de los bienes de los hijos, debe de comprobarse mediante un juicio de necesidad y utilidad, la necesidad existente para enajenar o gravar los bienes, y al ser autorizado el juez deberá de verificar y tomar las medidas necesarias para que el monto de la venta o crédito sean empleados para el fin que se haya determinado y que motivo el juicio.

Establece el Código Civil en el Artículo 269 la separación de la patria potestad, en el caso de que el que la posea disipe, disminuya o deprecie los bienes de los hijos debido a su mala administración, pudiendo ser requerida por los parientes del



menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o por la Procuraduría General de la Nación.

Los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de sus hijos cuando contraigan ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra, según el Art:270. Se torna necesaria la garantía en estos casos debido en el primero de estos que contraiga ulteriores nupcias es primordial asegurar los bienes del hijo que estén bajo la administración del padre que se casara ya que podría existir riesgo de que la persona con la que contraiga matrimonio lo haga por interés a los bienes de este, y en el segundo de los casos por quiebra ya que también existe riesgo a que se disipen los bienes del menor, o que por la mala administración se disminuyan o deprecien. "Se antepone la seguridad, bienestar personal y los intereses de los hijos a la autoridad de los padres, quedando estos en situación de buenos orientadores y buenos administradores del futuro y de los bienes de los hijos, con anterioridad a la legislación actual en el código de 1877 y en el de 1933 se desconocía la figura de separación de la patria potestad por mala administración de los bienes de los hijos quedando únicamente sujeto el padre que disipaba de dichos bienes a responsabilidad y civil y criminalmente por actos delictuosos contra la propiedad y la pérdida de la administración de los bienes, dicha disposición en la actualidad es comentada por algunos estudiosos en el sentido que se califica como poco acertada la idea de separar a un padre de la patria potestad de los hijos por la mala administración de los bienes, en el sentido de que esta situación no determina que se califique a un padre como malo, olvidándose que puede ser una persona buen



padre de familia, pero mal administrador de los bienes por carecer de los conocimientos necesarios sin que esto signifique que sea un mal padre."⁴⁰

De manera que la patria potestad comprende el derecho de representación legalmente del menor por el padre o quien ejerza sobre el la potestad, en todos los actos de la vida civil, administrar y aprovechar sus servicios atendiendo a la edad y condición de este, es la ausencia de capacidad de obrar del menor la que determina la representación, comprendiendo todos los ámbitos de actuación en que el menor tenga interés, abarcando tanto la esfera personal como la patrimonial, tanto en el ámbito judicial como extra judicial, salvo los caso exepuados de los cuales ya se hablo anteriormente. "Los hijos menores e incapacitados pueden ser titulares de derechos sobre bienes adquiridos a título gratuito u oneroso, dada esa limitada capacidad del hijo menor o incapaz, la administración de sus bienes corresponde a los padres, teniendo los padres todas la facultades necesarias para gestionar los bienes."⁴¹

"En el derecho italiano los progenitores no pueden vender, hipotecar o dar en empeño los bienes pertenecientes al hijo a cualquier título, aun a causa de muerte, aceptar o renunciar a la herencia o legado, aceptar donaciones u otros actos que excedan la administración ordinaria."⁴²

En el derecho ecuatoriano, la responsabilidad del padre se extiende a la propiedad y a los frutos en los bienes del hijo en los que tiene la administración, pero no el

40 Brañas, Alfonso, **Ob.Cit**; págs. 236 y 237.

41 Aguilar, Vladimir, **Ob.Cit**; pág. 168

42 **Ibidem**.



usufructo, limitándose a la propiedad en los bienes de que es administrador y usufructuario, se quitara al padre de la administración de los bienes del hijo, cuando fuere culpable de dolo o de grave negligencia habitual y cuando se halle suspendida la patria potestad, y al no tener ninguno de los padres la administración de los bienes se dará al hijo un curador para la administración. "Pero se dice que quitada la administración al padre pasara a la madre y de no ser posible pasará a un guardador."⁴³

Como podemos observar tanto en nuestra legislación como en el derecho comparado, se busca garantizar la buena administración de los bienes a los cuales puedan tener derecho los hijos, buscándose siempre asegurar el bienestar del hijo y el futuro de este en todo el sentido de la palabra, tanto en el ámbito moral como también en el material en cuanto a la buena administración de los bienes.

En la legislación se establece que si el padre fuere menor de dieciocho años este sera asistido en la administración de sus bienes y los del patrimonio conyugal, por la persona que ejerza sobre el la patria potestad o tutela, pero si la mujer fuera mayor de edad, sera esta quien administre los bienes hasta que el marido alcance la mayoría de edad, así mismo nuestra legislación otorga el derecho a los parientes del menor de solicitar la separación de la patria potestad al existir una mala administración de los bienes de este, y exista el riesgo de que estos se puedan perder o depreciar considerablemente, de manera que nuestra legislación establece una serie de garantías y requisitos que deben cumplirse por los padres en cuanto a garantizar la buena administración de los bienes del menor.

43 López del Carril, Julio, **Ob.Cit.**; pág. 120, 158 y 159.



La función personal de la patria potestad, alude a los deberes alimentarios en sentido amplio, pues abarca los gastos derivados de alimentación, la vestimenta, la recreación, la vivienda, los traslados dentro y fuera de la localidad donde vive el hijo menor, los tratamientos médicos, la educación, etc. A los padres y otras personas encargadas de los niños les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. "Se trata de una obligación unilateral de parte de los padres, pues no reconoce extensión recíproca al hijo menor de edad no emancipado, aunque estimamos que si los hijos ejercen profesión o realizan tareas en relación de dependencia remuneradas, trabajando en actividad honesta, pueden ser obligados a asistir económicamente."⁴⁴

La doctrina especializada coincide en señalar que esta función participa de la naturaleza jurídica del mandato, con las excepciones que las diversas legislaciones establecen con respecto de este contrato, como ser su fuente legal pues les corresponde asumir la administración de pleno derecho, o la obligación de rendir cuentas. Los actos que en ejercicio de este deber, pueden otorgar los padres pueden ser clasificados en conservatorios, administrativos y de disposición, siendo los actos conservatorios aquellos dirigidos a la preservación de los bienes del menor, consistiendo esta función en operaciones tendientes al mantenimiento en buen estado de los bienes del menor, mientras que los actos de administración son aquellos que tienen por finalidad hacer rendir al patrimonio del hijo los frutos y utilidades que corresponde de acuerdo a su cuantía y valor, e inclusive, incrementarlo. Estos casos pueden consistir en inversiones sin riesgo, depósitos en

⁴⁴ Castellanos, Carlos Matías, *Ob.Cit*; pág. 19



cuentas bancarias, locación de las costas del hijo, enajenaciones propias del giro comercial, los actos de administración debe de ser otorgados conjuntamente. Es criterio general de las leyes en la materia, excluir a los padres de la administración respecto de ciertos bienes adquiridos por el hijo. “Fuera del caso de pérdida de administración de los bienes por mal desempeño de la misma, por ejemplo en los casos de los bienes transferidos a los menores a título gratuito, cuando por clausula del disponente los padres son expresamente separados de la administración de estos bienes, cuando se establece como condición para recibirlos que estos no sean administrados por los padres, otro caso los bienes que recibe el menor por sucesión, a causa de la indignidad o desheredación de uno o ambos padres.”⁴⁵

En nuestro país el ejercicio de la patria potestad no obsta para que se pueda disponer sin autorización judicial de los bienes del menor o incapacitado por parte de quien la ejerza. Esto denominado según la doctrina actos de disposición, los que disminuyen el patrimonio de una persona, o tienden a comprometer su contenido, por ejemplo una compraventa en el primer caso, y los derechos reales de garantía para el segundo caso. La trascendencia de los mismo ha provocado que la ley rodee su celebración de las mayores garantías: intervención conjunta de los padres, autorización judicial y en varias legislaciones, probar la necesidad o ventaja en la realización del acto en disposición.

45 Castellanos, Carlos Matías, **Ob.Cit**; págs. 21-28.



3.3 Consecuencia del incumplimiento de deberes y derechos de quienes ejercen la patria potestad

Las consecuencias en cuanto al incumplimiento de los deberes y derechos de quienes tienen a su cargo la patria potestad de los menores consisten en una serie de medidas, que se deben de interponer al caso concreto, según la gravedad del asunto y atendiendo a lo que la ley dispone, estas medidas pueden ir desde una separación hasta la pérdida de la patria potestad según sea el caso, en cuanto a la mala administración de los bienes de un menor nuestra legislación establece que serán separados de la patria potestad los progenitores que hagan una mala administración de los bienes o los discipen, con anterioridad unicamente se les separaba a los progenitores de la administración de los bienes pero ahora, la ley interpone como medida la separación de la patria potestad declarada por el juez, otorgándose la facultad de requerirla a los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad así como también a la Procuraduría General de la Nación. Otra consecuencia es la suspensión de la patria potestad, la cual sera otorgada al cumplirse los supuestos que la ley señala siendo estos casos la ausencia declarada judicialmente, interdicción también declarada judicialmente, por ebriedad habitual y por habito de juego así como el uso indebido y constante de drogas y estupefacientes, siendo la pérdida la medida más grave que se establece, por los supuestos que ya se han



descrito con anterioridad, en todos los casos el juez nombrara al tutor y persona que sera la encargada de cuidar del menor y sus bienes en sustitución de sus padres cuando ambos sean privados de la patria potestad, o bien la ley otorga este derecho inmediato a la madre y a los parientes más cercanos del menor.

En cuanto al incumplimiento de la obligación a prestar alimentos, nuestra legislación otorga un apartado específico para este tema, en el cual se establece que los alimentos son un derecho que le asiste en este caso al menor, el cual es irrenunciable, intransferible e inembargable, y que dicha obligación debe de ser garantizada por por la persona obligada a prestarlos, cuando hubiese existido necesidad de ir a juicio para obtenerlos, de tal forma que esta es una de las consecuencias que trae consigo el incumplimiento de este derecho, el pago por mensualidades anticipadas de la persona obligada ya que de lo contrario el asunto se debe ventilar en un juicio oral de alimentos.



CAPÍTULO IV

4 Razones por las cuales en los tribunales de familia no opera en definitiva la Pérdida de la patria potestad

4.1 Generalidad

En base a un estudio realizado en los tribunales de familia de la ciudad de Guatemala, una de las causas primordiales por las cuales no se llegan a dar estos casos es por el temor principalmente de la madre a perder los hijos por completo, al no ser una decisión fácil, en la cual interviene La Procuraduría General de la Nación, por la gran responsabilidad en la cual se incurre al llevarse a cabo un proceso de pérdida de patria potestad, muchas veces las partes prefieren no optar a esta opción aunque en muchos casos fuere sea necesario.

La existencia de casos por pérdida de patria potestad son realmente muy escasos, si mucho por juzgado de familia en la ciudad capital se conocerán de 2 a 3 caso únicamente en más de 8 años, la mayoría de estos casos si han sido finalizados con sentencia y no han quedado casos pendientes.

En realidad cuando analizamos los preceptos establecidos para otorgar la pérdida de la patria potestad, esta puede ser restablecida de nuevo al darse los supuestos y requisitos establecidos por la legislación de manera que es cuestionable, la existencia de una verdadera pérdida de la patria potestad ya que esta puede ser



recobrada a través de los mecanismos legales establecidos. Quedando en estos casos similitud en cuanto a determinar una suspensión o pérdida de la patria potestad, siendo estas diferenciadas únicamente en cuanto a la gravedad de las causales que llegan a determinarlas ya que en ambas la ley otorga la posibilidad de recobrarlas, siendo ambas temporales con posibilidad de ser recobradas.

La pérdida de la patria potestad es un tema el cual por la complejidad y responsabilidad que debiene de tomar dicha decisión, se hace un tanto difícil para muchas familias tomar una decisión definitiva, pero como lo hemos visto, este tipo de decisión viene a ser en todo caso temporal semejándose en todo caso a la suspensión, nuestra legislación exige que para poder recobrarla debe de ser requerida, en los casos establecidos, en los cuales se determina que en todos estos aspectos puede ser recobrada cumpliendose ciertas disposiciones, de manera que la figura de pérdida de la patria potestad en definitiva, quedaría establecida únicamente en el sentido en que por ejemplo se tratare de un delito cometido por uno o ambos cónyuges en contra del otro o de la persona del menor, cuando fuere residencia y no existieren circunstancias atenuantes, y también cuando no se trate de un delito cometido en contra de la persona o de los bienes de los hijos, en estos caso opera la pérdida de la patria potestad de una forma definitiva, ya que en estos casos la ley no otorga una forma para poder recobrarla, podemos darnos cuenta que en cuanto a delitos cometidos unicamente cuando estos sean cometidos por uno de los cónyuges en contra de la persona del otro puede otorgarse la recuperación de la patria potestad, debiendo existir las circunstancias atenuantes y que no exista reincidencia, pero en cuanto a los delitos cometidos en contra de la



persona y bienes de los hijos no se establece ninguna excepción para que esta pueda ser recobrada según lo establecido en nuestra legislación, atendiendo al Artículo 277 del Código Civil.

De manera que de las causales más comunes para determinar la pérdida de la patria potestad es visto en la dureza excesiva en cuanto al trato de los padres para con los hijos, las lesiones que se comente en contra de los menores tipificadas en nuestro código penal, son causales de pérdida de patria potestad que en muchos caso queda sin hacerse justicia por miedo y en muchos caso por ignorancia de las personas al no buscar justicia a tiempo, siendo los menores victimas que muchas veces llegan hasta perder la vida antes que se les brinde la ayuda y protección inmediata que estos necesitarían, es alarmante como en la actualidad, siguen conociéndose casos de violencia en contra de los menores, conociéndose estos cuando ya es demasiado tarde, violencia en todos los sentidos de la palabra.

Esta problemática, es conocida tanto en las familias en el área urbana como rural, en familias de estratos sociales altos, como en familias humildes de nuestro país, son varias las familias en las cuales se observa algún tipo de violencia intrafamiliar, la cual va dejando secuelas en el comportamiento de los niños, por temor muchas de estas situaciones se han quedado en el olvido y en el silencio.

Entre otras de las causales aparte del temor y responsabilidad en las que se incurren, en cuanto a la pérdida de la patria potestad, también es motivo de la falta de aplicación y conocimiento en los juzgados de familia en muchas de las



circunstancias, por no contar las familia con los medios necesarios para poder seguir el proceso hasta el final ya que de una u otra forma esto les ocasiona un gasto que en muchos de los casos no es posible para las personas más necesitadas por lo cual no se toman las medidas adecuadas para el asunto. En la realidad son muy pocos los casos que se tramitan en los juzgados de familia, podría decirse que en cinco años se tramitaran unos tres casos por oficial, en cuanto a la hipótesis establecida para este tema, se determino que la principal causal de falta de aplicación en definitiva de la pérdida de la patria potestad se da por temor de los padre a perder la custodia de los hijos en primer término y en segundo debido a lo oneroso del mismo ya que muchas familias cuentan con los medios necesarios para seguir con el proceso.

En cuanto a lo establecido conforme a la hipótesis en cuanto a que la pérdida de la patria potestad no opere en definitiva por la sobrecarga de los tribunales de familia en el conocimiento de los casos, se ha llegado a determinar que esta no es precisamente una causal más ya que aún cuando exista retardo en el conocimiento de algunos expedientes estos si se les da el seguimiento correspondiente llegan a su fin, de manera que se han determinado como principales causales en cuanto a la perdida de la patria potestad en definitiva, como ya se apunto anteriormente, el temor de perder en definitiva la custodia de los hijos y la onerosidad del proceso, además es importante determinar que en muchos de los casos no se les presta la atención merecida a estos casos por lo cual se dejan en el olvido y no se sigue con el proceso, en muchos de los casos también se teme el interponer un proceso de estos por la responsabilidad en la cual las personas debe estar involucradas al



desarrollarse el proceso.

Por lo general, en la pérdida de patria potestad observamos muchos caso en los cuales, se prefiere tomar otro tipo de medida como una suspensión o una forma menos drástica, pensando siempre en mantener la integridad familiar aunque en muchos casos sea mejor la pérdida total de este derecho, para resguardar al menor. La mayoría de los casos, en las familias guatemaltecas que optan por seguir un proceso de pérdida de patria potestad, se llegan a concluir hasta el final, hasta obtener una sentencia, si concurren todos los requisitos, en base a estudios realizados por trabajadores sociales, se logra determinar si se aplicara una suspensión, una separación o bien la pérdida de la patria potestad, igualmente como ya lo mencionaba anteriormente, se puede recobrar la misma, es por tal situación que se hace referencia a la interrogante, en cuanto a si es correcto llamarle como pérdida, ya que en ninguno de los casos se podría determinar la misma de una manera definitiva, en cuanto exista siempre una manera de recobrar la misma, es por eso que se formula la pregunta en cuanto a si existe la pérdida en definitiva de la patria potestad o no, son muchas las interrogantes que surgen en cuanto a este tema, empezando porque son relativamente escasos los casos de pérdida de patria potestad que se conocen en los juzgados de familia en el país, si bien es cierto, la pérdida de la patria potestad es un tema y una decisión muy difícil de tomar, no solo para la familia que lo soporta, sino también a la decisión que debe ser tomada por los juzgadores conocedores de la normativa, ya que son muchos los aspectos a tomar en cuenta, así mismo es necesario tomar dicha decisión en los casos en que ya se torna muy difícil la convivencia, casos en los que es hasta de



alto riesgo para la vida física y moral del menor, y muchas veces aún así no se toma la decisión adecuada, siendo el menor el que sufre las consecuencias del maltrato y explotación, existen muchos casos en los cuales es demasiado obvia la existencia de maltrato y de explotación hacia los menores de edad y que aún así no se logra hacer nada al respecto.

En los tribunales de familia de la ciudad capital de Guatemala, son realmente escasos los casos de pérdida de patria potestad que se tramitan, en 8 años se tramita aproximadamente tres casos de pérdida de patria potestad por oficial, y aproximadamente unos 9 casos por juzgado, en la mayoría de los casos no se tramitan por la onerosidad de los procesos y en otros casos por miedo a perder el vínculo definitivo con los hijos y la responsabilidad en que se incurre.

“Según lo establecido doctrinariamente, la pérdida de la patria potestad debería consistir en esa privación definitiva e irreversible en el ejercicio de la patria potestad, es por eso que según renombrados autores estiman que en los casos de pérdida de patria potestad, sucede lo mismo que en la suspensión de la patria potestad, de manera que el llamado restablecimiento de la patria potestad, no cabe cuando se habla de pérdida de patria potestad, de manera que los supuestos que plantean la pérdida de patria potestad, al ser definitivos, no plantean una posibilidad posterior de restablecimiento”⁴⁶, lo cual no sucede en la actualidad, y es otra causa por la cual es difícil la existencia de una sentencia definitiva en cuanto a pérdida de patria potestad se refiere.

46 Mejía Orellana, Boanerge Amilcar, **Ob.Cit**; pág. 36



4.2 Propuesta a efecto de mejorar los procedimientos en cuanto al termino de la patria potestad

En todo proceso referido a patria potestad lo primordial es buscar el bienestar del menor afectado, es importante que se estudien a profundidad las causas y más importante es aún encontrar la solución al problema, en cuanto a las causales por las cuales la pérdida de la patria potestad no se otorga en definitiva, esta que muchas veces las persona no cuentan con los medios para seguir un proceso, económicamente hablando, es por eso que es de importancia el promover la ayuda jurídica a las personas de escasos recursos de una forma eficaz, ya que si bien es cierto las personas pueden avocarse al bufete popular y solicitar esta ayuda, muchas veces la falta de experiencia no permite que el proceso avance o se conozca de la mejor forma, quedándose rezagado el mismo.

Debe de instruirse de una mejor forma tanto a las personas que son victimas de dicho problema como las personas que se encuentre a cargo del caso para encontrar la mejor solución posible, ya que han existido varios casos en los cuales es evidente el gran maltrato que sufren los niños y aún así no se toma la decisión adecuada para resguardar la seguridad de los menores. Muchos casos en los cuales los indicios de violencia son evidentes, pero hace falta que las personas se quiten ese miedo que tienen y poder denunciarlo y solicitar la ayuda adecuada, actualmente vemos casos, como por ejemplo en el caso Siekavizza en el cual vemos la actitud de un padre que coloca en peligro el bienestar de sus dos hijos, y así existen muchos casos, los cuales muchas veces cuando llegan a conocimiento



de las autoridades es demasiado tarde.

Dar un seguimiento más efectivo, a los casos en los cuales se presenta violencia, abandono, explotación, ejemplos y conductas corruptoras, hacia el menor.

Modificar la legislación en cuanto al restablecimiento de la patria potestad por parte de quien la haya perdido, determinándose que al momento de darse un restablecimiento de la misma, no sería propio llamarle como pérdida de patria potestad, ya que en ninguno de los casos se estaría otorgando de una manera definitiva, ameritándose en varios casos y circunstancias, establecer la misma de una forma definitiva, existen muchos casos en los cuales los progenitores o la persona a cuyo cargo se encuentre la potestad del menor, al recobrar la misma continua la causa que le dio origen a la pérdida, existen muchos casos en los cuales las circunstancias que le dan origen no cambian, lo cual unicamente vendría a empeorar la situación del menor, física y emocionalmente, es necesario prestar la atención necesaria en cuanto cada uno de los casos tramitados y establecer en definitiva si nos encontramos frente a una pérdida en definitiva de la patria potestad o frente alguna de las otras variantes, tales como una suspensión o separación de la misma. El determinar si estamos frente a una pérdida de patria potestad o de una suspensión ha sido en varios casos un motivo de Analysis, en cuanto a mi respecta, me ubico dentro de la perspectiva, de que no existe una pérdida de patria potestad en definitiva, por existir siempre una forma de recobrar la misma, cumpliendo ciertos requisitos claro esta pero si quisiéramos hablar de una pérdida de la patria potestad en definitiva, se deberian de establecer ciertos parámetros más estrictos, atravez de los cuales podamos hablar de una verdadera pérdida de patria potestad.



Se debe de informar de una mejor forma a las familias sobre los derechos de los menores y de la responsabilidades en que incurren los padres encargados de los menores al incumplir con sus deberes, la dureza excesiva en el trato del menor es una de la causal establecida en nuestra legislación por medio de la cual cabe decretar la pérdida de la patria potestad, son muchos los casos en los cuales a través de el maltrato y dureza excesiva se anula la personalidad del menor y se le ve afectado en su desempeño cotidiano, es importante crear programas psicológicos, que ayuden a mejorar la condición de los menores para su desenvolvimiento en la vida y en la sociedad cuando hayan sido rescatados de cualquiera de estos tipos de violencia física y moral, es importante dar un seguimiento al desenvolvimiento de estos menores al momento de que son separados del padre o responsable, que haya incurrido en pérdida de su potestad, y si fuere el caso en el cual se cumplan los requisitos establecidos legalmente en los cuales se puede recobrar la patria potestad, es aún de mayor importancia dar el seguimiento correspondiente al caso, ya que en muchos de los casos el motivo que le dio origen a la pérdida puede continuar y ser peor para el menor. Es importante y se debería de tomar en cuenta, la gravedad del asunto en los diferentes casos debido a que no todos sean de la misma intensidad, algunos es casi que imposible de reconsiderar el recobrar la pérdida de patria potestad, ya que la magnitud del daño causado al menor es muy grande, dejándole secuelas en las cuales aún que regresara con el o los padres agresores la estabilidad emocional del menor ya nunca volverá a ser la misma, es inconcebible que existan en nuestros tiempos casos de violencia, maltrato y explotación de los menores, pero lamentablemente se dan y son muchos más de los que nos podemos imaginar, es un tanto difícil muchas



veces creer que en familias incluso de estatus reconocido pueda suceder esto, pero es más frecuente toparse con este tipo de casos en las familias humildes en las cuales se observan todo tipo de violencias, maltratos y explotaciones de los menores, al no cumplirse con los derechos que les asisten a los mismos, empezando por el derecho sinalarmatico de la educación de todo menor que en muchos de los casos es vulnerable, explotándose al menor a realizar trabajos que muchas veces van fuera de sus fuerzas infantiles, se observan a menudo casos como estos pero no se hace mayor cosa, muchas veces son los mismos niños quienes quedan a cargo del cuidado de sus hermanitos más pequeños, es por eso que considero es importante velar por el cumplimiento de la educación básica principalmente par los menores de áreas marginales, se deben de crear programas de mayor eficiencia en los cuales se pueda llevar un mayor control del cumplimiento de este derecho, siendo la educación un deber de los padres hacia los hijos y un derecho de los hijos, el establecer mejores controles ayudara en el seguimiento de los casos que se planteen y sean de conocimiento de los juzgadores, para que de esta forma no se tenga una visión tan superficial de la problemática si no tratar de ir un poco más a fondo de la misma. En todos los casos es importante aclarar ante que situación estamos como lo determine con anterioridad, seria bueno reformar ciertas estipulaciones en nuestra legislación referentes a la pérdida en definitiva de la patria potestad, ya sea que se establezcan reglas de carácter definitivo que le pongan fin sin oportunidad de recobrarla en los casos que lo ameriten para poder hablar de una verdadera pérdida de patria potestad, o si por el resguardo de la unidad familiar se deba cambiar dicha figura debiendosele llamar en todo caso como suspensión y no como pérdida definitiva de la patria potestad.



Otro aspecto relevante, en cuanto a propuesta de la tramitación de los asuntos de pérdida de la patria potestad en definitiva, versan en cuanto la onerosidad del mismo, es importante otorgar un apoyo mayor a aquellas familias que no puedan ostentar los gastos en cuanto a este tipo de tramites, así mismo la orientación e información que se le debe de otorgar a las personas es sumamente importante, los juzgadores deberán de tomar en cuenta que lo más importante es lograr la estabilidad personal del menor, desde esa base deberá de partirse para tomar una buena decisión, al obtener un buen programa de investigación social, que determine la gravedad del asunto y estipular de esta forma la imposibilidad según el caso de un posible restablecimiento de la patria potestad pérdida, en los casos en que definitivamente no viene al caso recobrarla por el bienestar del menor, en base a todas las secuelas dejadas por el incumplimiento de los deberes por parte de las personas a cargo de la potestad del menor afectado y en todo caso al darse una segunda oportunidad de recobrarla, aparte de que se debe de dar cumplimiento a los requisitos establecidos legalmente, se deberá de garantizar de alguna forma que los hechos que formularon la causa no se repetirán de nuevo, como decía anteriormente se debe de dar un seguimiento en todos aquellos caso en los cuales se otorgue una oportunidad más a quien perdiere la patria potestad, si fuera el caso, aunque a mi parecer como lo e expresado con anterioridad existen varias situaciones en las cuales es más que inconcebible el hecho de que se rescate a un menor de un maltrato o abuso para que posteriormente, se le devuelva al mismo infierno. A pesar de que la legislación en general se compromete en cierta forma a cuidar a los menores de todo tipo de agresión sea física o moral, en la realidad es muy difícil llevar a cabo el cumplimiento de las mismas, existe tantos casos en los

cuales, los menores llegan a morir por causa de este tipo de agresiones antes de que sean rescatados.

Solo en el 2010, según ONG, la red hospitalaria atendió cerca de 17,000 casos de maltrato infantil, dentro de los cuales 11,000 fueron por abuso sexual, además se logro establecer alguna de las formas más comunes de maltrato infantil, entre ellas, menores que han sido quemados con colillas de cigarrillos, niños que han sufrido todo tipo de fracturas y niños quemados con agua caliente, como podemos ver en estos casos es casi que imposible que se sostenga una posibilidad para que el padre o quien tenga la potestad del menor violentado, que haya incurrido en el delito, vuelva a recobrar en algún momento la patria potestad.

El desconocimiento de los criterios para la detección y diagnóstico y la falta de legislación adecuada, hace más difícil la solución a esta problemática, haciendo que el problema pase desapercibido e ignorado, dándose un sub registro de casos de violencia pudiéndose prevenir con la adecuada aplicación de la ley en este caso una buena aplicación de pérdida en definitiva de la potestad.



CONCLUSIONES

1. La escasa aplicación en definitiva de la pérdida de la patria potestad, es ocasionada en la mayoría de los casos por no existir la información en cuanto al derecho que les asiste a las personas, para denunciar cualquier caso de violencia u otro que sea causal de pérdida de patria potestad.
2. Por miedo de perder la tutela del menor y la onerosidad del proceso, según las respuestas formuladas en los Juzgados de Familia; muchas veces las personas piensan que van a demorar mucho en esos procesos y eso les ocasionaría gastos y tiempo; así como el peligro a que el menor quede desamparado o a cargo de alguna institución.
3. Hay falta de tramitación y agilización en los trámites por los establecimientos facultados al recibir una denuncia, debido a las quejas de varias personas que declaran haber denunciado un caso y no se le prestó la atención correspondiente o las autoridades no les brindó el interés necesario a cada caso denunciado.
4. Es evidente la falta de esclarecimiento legislativo, en cuanto a determinar una pérdida en definitiva de patria potestad a una suspensión, ya que en ambos casos se establece que se puede volver a recobrar; dejando de ser de esta forma una pérdida definitiva.





RECOMENDACIONES

1. Por medio de la radio y televisión se debe orientar a las personas, haciendo de su conocimiento los lugares a los cuales puedan avocarse en caso de tener conocimiento de alguna situación en la cual se violenten los derechos de menores. Los juzgados e instituciones como el Ministerio de Educación, Procuraduría General de la Nación y Procuraduría de los Derechos Humanos, deben crear material de información como trifoliales en los cuales se determinen los números y lugares a los cuales asistir; así como una breve descripción de las consecuencias del incumplimiento de los derechos de los menores.
2. El Organismo Ejecutivo debe velar por el funcionamiento de más instituciones que, de forma gratuita, puedan brindar la ayuda necesaria; las instituciones deben orientar e informar a la persona que lo que se busca es el bienestar del menor, lo cual se logra desde la capacitación de los empleados de las instituciones.
3. Se debe mejorar el sistema de recepción de denuncias en las diferentes instituciones del país, tales como la PGN, PDH, Juzgados del país y Ministerio Público, mediante la capacitación y contratación del personal adecuado, para lo cual es necesario que cada institución tome la iniciativa, con el fin de que se dé trámite y agilización a las denuncias recibidas y no queden en el olvido.



4. Que se plantee una iniciativa de ley al Congreso de la República, en la cual se establezca una pérdida en definitiva de la patria potestad; ya que, en muchos casos, es inútil volver a recuperarla; puesto que en la normativa preceptúa que puede volver a recuperarse a solicitud de parte en los casos establecidos en el Artículo 276 del Código Civil; dejando de ser una pérdida definitiva.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osmar. **Derecho de familia**. (Colección monografías hispalense), Guatemala: Ed. Serviprensa, 2005. 203 págs.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Universidad de San Carlos, Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Derecho usual**, diccionario enciclopédico. 30a.ed; Buenos Aires Argentina: Ed: Eliasta, (s.f)
- CASTELLANOS ARGUIJO, Carlos Matías. **Análisis jurídico de la contradicción entre patria potestad y el interés superior del niño en torno a la libertad de culto de la niñez**. Guatemala: Ed (s.e), 2011.
- EUGENE, Petit. **Tratado internacional de derecho romano**.(s.l.i) Ed. Jurídica salvadoreña, 2002. Historia en la guía 2000, Web side.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. **Patria potestad, tutela y curatela**. Buenos Aires Ed. Depalma, 1993.
- MEJÍA ORELLANA, Bonerge Amílcar. **La suspensión, pérdida y rehabilitación de la patria potestad y su regulación en el Código civil guatemalteco**. Guatemala: (s.e), 1985. 46 págs.
- OSSORIO, Manuel, prologo del Dr Guillermo Cabanellas. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta (s.f).
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. **Derecho romano**, wikipedia. Ed. Tirant lo Blanch.
- RECINOS GONZÁLEZ, Miriam Janeth. **Consideraciones generales sobre la patria potestad y tutela en la doctrina y legislación guatemalteca**. Guatemala: Ed. (s.e), 1987. 71 págs.



Legislación:

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

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

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 107, 1964.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República, Decreto número 97-96, 1996.

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

Ley de Adopciones. Congreso de la República, Decreto número 77-2007, 2007.