

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO SOBRE QUIEN EJERCE LA PATRIA
POTESTAD EN NIÑOS QUE LOS PADRES RADICAN EN EL EXTRANJERO**

GERMAN ANTONIO GALICIA CASTELLANOS

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO SOBRE QUIEN EJERCE LA PATRIA
POTESTAD EN NIÑOS QUE LOS PADRES RADICAN EN EL EXTRANJERO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GERMAN ANTONIO GALICIA CASTELLANOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 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 II: Licda. Rosario Gil Pérez

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

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

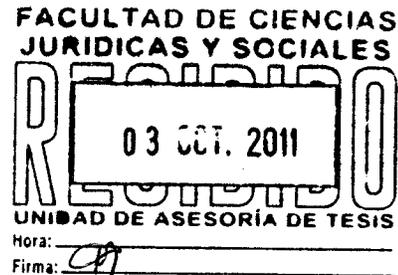


Licda. AMAPARO ROXANA GIRÓN LIMA
ABOGADA Y NOTARIA
7av 20-36 ZONA 1 Primer Nivel OF. 11
2232-3546 / FAX 2253-2858
Colegiado 6235

Guatemala, 03 de octubre del 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Respetuosamente me dirijo a usted, de la manera más atenta, según nombramiento proferido por su digno cargo de fecha 05 de septiembre de 2011, con el objeto de emitir dictamen sobre la tesis del bachiller German Antonio Galicia Castellanos, de su trabajo de tesis intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO SOBRE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD EN NIÑOS QUE LOS PADRES RADICAN EN EL EXTRANJERO". Después de la asesoría encomendada, dictamino:

- 1) El contenido científico y técnico es el adecuado y para su obtención el sustentante empleo la doctrina y legislación correcta redactándola y utilizando un lenguaje apropiado y además desarrollo de manera sucesiva; los distintos pasos del proceso de investigación.
- 2) Los métodos de investigación empleados fueron los siguientes: analítico con el que se señaló quien ejerce la patria potestad de un menor; inductivo señaló sus características; y el deductivo, dio a conocer su regulación legal, las técnicas de investigación utilizadas fueron: fichas bibliográficas y documental, con las cuales se recolecto la información necesaria actual y suficiente.
- 3) La redacción empleada es la correcta y se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis. La hipótesis comprobó la importancia del estudio jurídico doctrinario sobre quien ejerce la patria potestad en los hijos cuando los padres radican en el extranjero.
- 4) El contenido técnico y científico de la tesis, señala con datos actuales la importancia de regular quien ejerce la patria potestad de un menor cuando los padres residen en el extranjero. Los objetivos se determinaron y establecieron los elementos que informan la patria potestad de un menor cuando los padres radican en el extranjero de conformidad con la legislación Guatemalteca.



Licda. AMAPARO ROXANA GIRÓN LIMA
ABOGADA Y NOTARIA
7av 20-36 ZONA 1 Primer Nivel OF. 11
2232-3546 / FAX 2253-2858
Colegiado 6235

- 5) La tesis contribuye de manera científica a la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para profesionales y estudiantes y en la misma, el ponente señala un amplio contenido del tema investigado.
- 6) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla y constituyen supuestos certeros que definen la patria potestad de un menor cuando los padres radican en el extranjero.
- 7) La bibliografía utilizada es de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción, citas bibliográficas y capítulos; encontrándose conforme en llevar a cabo las modificaciones sugeridas.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para ser evaluado posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.

Licda. Amparo Roxana Giron Lima
Abogada y Notaria
Colegiado 6235

LIC AMPARO ROXANA GIRON LIMA
ABOGADO Y NOTARIO

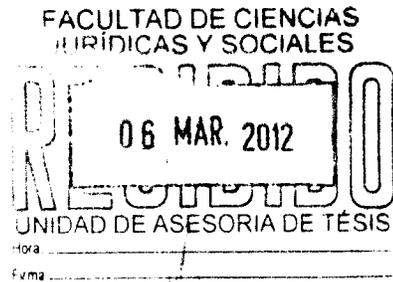


USAC
TRICENTENARIA

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

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

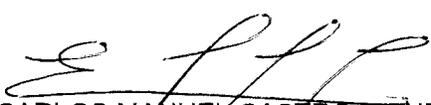
2



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 06 de marzo de 2012.

Atentamente, pase a el LICENCIADO FÉLIX AROLDO GIRÓN MÉNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante GERMAN ANTONIO GALICIA CASTELLANOS, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO SOBRE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD EN NIÑOS QUE LOS PADRES RADICAN EN EL EXTRANJERO".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/iyr.



LIC. FELIX AROLDO GIRON MENDEZ
ABOGADO Y NOTARIO
7av 20-36 ZONA 1 Primer Nivel OF. 11
2232-3546 / FAX 2253-2858
Colegiado 2942

Guatemala, 30 de marzo del 2012

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Le doy a conocer que procedí a la revisión de tesis del bachiller German Antonio Galicia Castellanos, en base al nombramiento de fecha de fecha seis (6) marzo de dos mil doce (2012), intitulada: “ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO SOBRE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD EN NIÑOS QUE LOS PADRES RADICAN EN EL EXTRANJERO”. Después de la revisión prestada, hago de su conocimiento:

- 1) En relación al contenido científico y técnico de la tesis, la misma es de importancia debido a que analiza y estudia la patria potestad en la legislación guatemalteca.
- 2) Al desarrollar la tesis se utilizaron los métodos y las técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer al mencionar como se forman las gens y de ahí como nace la familia y las obligaciones de los padres hacia sus hijos.
- 3) En cuanto a la redacción de la tesis, se llevo a cabo empleando un lenguaje adecuado. Los objetivos señalaron los elementos de la patria potestad.



LIC. FELIX AROLD GIRON MENDEZ
ABOGADO Y NOTARIO
7av 20-36 ZONA 1 Primer Nivel OF. 11
2232-3546 / FAX 2253-2858
Colegiado 2942

- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante es fundamental para Guatemala, debido a que analiza jurídicamente la patria potestad de los padres que radican en el extranjero.
- 5) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.
- 6) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tiene congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargue de guiarlo en las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a señalar quien ejerce la patria potestad de un menor que reside en el territorio nacional y los padres en el extranjero.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para ser evaluado posteriormente por el honorable Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto,

Lic. FELIX AROLD GIRON MENDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



[Handwritten mark]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 09 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante GERMAN ANTONIO GALICIA CASTELLANOS, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO SOBRE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD EN NIÑOS QUE LOS PADRES RADICAN EN EL EXTRANJERO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haber iluminado mi mente y mi ser para alcanzar este triunfo.
- A MIS PADRES:** German Galicia y Zoila Castellanos, por su ejemplo, dedicación y gran apoyo incondicional.
- A MIS HIJAS:** María Fernanda y Sofía Alejandra, con cariño y amor.
- A MI ESPOSA:** María José; por su apoyo incondicional y que hoy comparte mi triunfo.
- A MIS FAMILIA EN GENERAL:** Agradecimiento por su apoyo y cariño.
- A LA FAMILIA GIRÓN:** Por su apoyo y amistad incondicional.
- A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Por ser mi Alma máter.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:** Por los conocimientos brindados.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1. Nociones generales de familia.....	1
1.2. Antecedentes históricos	4
1.2.1. Origen de la familia desde el punto de vista sociológico.....	4
1.2.2. Origen de la familia desde el punto de vista jurídico.....	5
1.2.3. Origen de la familia desde el punto de vista religioso.....	11
1.2.4. Origen de la familia desde el punto de vista político.....	13
1.2.5. La familia desde el punto de vista económico.....	14
1.3. Antecedentes de la familia en Guatemala.....	15
1.4. Evolución histórica de la familia.....	17
1.5. Definición.....	18
1.6. Importancia de la familia.....	20
1.7. Naturaleza jurídica de las disposiciones legales relativas a la familia.....	21
1.8. Regulación legal de la familia.....	21
1.8.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	21
1.8.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	22
1.8.3. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	22

	Pág.
1.8.4. Código Civil.....	25
1.8.5. Ley de Desarrollo Social, Decreto 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala.....	26
1.8.6. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala...	26

CAPÍTULO II

2. El derecho de familia en la legislación guatemalteca.....	29
2.1. El derecho de familia.....	29
2.2. Antecedentes del derecho de familia.....	34
2.3. Características del derecho de familia.....	37
2.4. Definición del derecho de familia.....	40
2.5. División del derecho de familia.....	42
2.6. Fuentes del derecho de familia.....	44
2.7. Autonomía del derecho de familia.....	44
2.8. Naturaleza jurídica del derecho de familia.....	45
2.9. Adquisición del estado de familia.....	46
2.10. Clasificación de los actos jurídicos familiares.....	52
2.10.1. Título de estado.....	53
2.10.2. Título de estado y prueba de estado.....	54
2.11. Parentesco.....	59
2.11.1. Clasificación del parentesco.....	63

CAPÍTULO III

	Pág.
3. La patria potestad.....	65
3.1. Origen histórico.....	71
3.2. Definición.....	74
3.3. Características.....	77
3.4. Fuentes de la patria potestad.....	78
3.4.1. Los hijos nacidos en justas nupcias.....	78
3.4.2. Los legitimados.....	80
3.4.3. Los adoptados.....	81
3.5. La patria potestad dentro del derecho civil guatemalteco.....	84
3.6. Paternidad y filiación.....	87
3.7. Clases de filiación según la doctrina y la ley.....	89
3.8. Separación de la patria potestad.....	90
3.9. Suspensión de la patria potestad.....	91
3.10. Pérdida de la patria potestad.....	93
3.11. Restablecimiento de la patria potestad.....	95

CAPÍTULO IV

4. Instituciones supletorias a la patria potestad.....	99
4.1. La tutela.....	99
4.1.1. Disposiciones generales.....	102
4.1.2. Clasificación de la tutela.....	108

	Pág.
4.2. La protutela.....	113
4.2.1. Causas de remoción de tutores y protutores.....	114
4.2.2. Excusas para ejercer la tutela y protutela.....	115
4.3. Administración de los bienes del pupilo.....	116
4.4. Conclusión y rendición de cuentas de la tutela.....	124
4.5. La curatela.....	128
4.6. La guarda y custodia.....	130
CONCLUSIONES.....	133
RECOMENDACIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	137

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es establecer dentro de la legislación guatemalteca, quién es el responsable de la patria potestad en niños que los padres se encuentran en el extranjero. Específicamente en el Código Civil guatemalteco así como los vacíos legales que este puede presentar.

Los objetivos de la presente investigación, se enfocan a establecer las causas que determinen la patria potestad en la legislación guatemalteca; determinar los recursos y sistemas para la verificación; analizar los procedimientos aplicables a nuestra legislación sobre la patria potestad; delimitar la aplicación de la patria potestad y analizar la función jurídica del juzgado de familia al determinar la patria potestad.

Como problema de la investigación se planteó que la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

La hipótesis se formuló basándose en que en el Código Civil guatemalteco, no existe la especificación de quien ejerce la patria potestad en los niños, cuando los padres radican en el extranjero.

El presente trabajo contiene cuatro capítulos: El primero es relativo a la familia, sus orígenes, evolución y regulación; el segundo, trata acerca del derecho de familia en la legislación guatemalteca; en el tercer capítulo, se desarrolla en torno a la patria potestad, su origen y definición; por último, en el cuarto capítulo se realiza un breve estudio sobre las instituciones supletorias a la patria potestad.

Los métodos utilizados fueron: El método analítico, para analizar los fenómenos que conforman el problema, se determina, predice e identifica las relaciones que existen entre las dos variables del estudio en referencia. Se utilizó una técnica sistemática empírica, en la cual no se tuvo el control directo sobre las variables independientes, porque sus manifestaciones ya han ocurrido o porque son inherentemente no manipulables.

Dentro de la presente investigación se emiten conclusiones y recomendaciones que considero importantes sobre el presente trabajo.

Asimismo utilice bibliografía de autores nacionales y extranjeros para la elaboración de la presente investigación.

Espero que la presente investigación sea de ayuda para los futuros profesionales del derecho, así como jueces, abogados, notarios y demás personal de justicia.

CAPÍTULO I

1. La familia

1.1 Nociones generales de familia

Para estudiar la familia, se puede tomar en cuenta como punto de partida al hombre, ya que es su elemento principal e indispensable. Al analizarlo en su comportamiento nos damos cuenta de que éste no puede vivir solo, su existencia supone una familia, y sus tendencias lo llevan a formar otra nueva, con la que se perpetúa la humanidad. La familia está unida entre sí por relaciones íntimas indestructibles por lo que se concluye que la familia es por excelencia manifestación de vida. Y es precisamente por esto, que su estudio presenta muchas dificultades, sobre todo cuando se tiene en cuenta que su objeto es la vida misma, ésta se nos escapa en mucho de sus aspectos y continúa siendo un misterio en cuanto a su causa primera y finalidad última. Ahora bien, lo que resalta con evidencia innegable es que la meta de la familia, fruto a la vez de la razón y de la necesidad vital, debe integrarse íntimamente en la meta social y humana, y así como cada uno de los miembros de una familia se integra a su comunidad, sin sacrificar su individualidad, igualmente la familia debe conservar su unidad al integrarse a la sociedad. Pero todo fin a que conlleva ésta, quedaría estéril desde el punto de vista de su valoración, si la familia no fuese la sede de la libertad, ya que en el ámbito familiar debe prevalecer el respeto mutuo, y así como se exige a los hijos respetar y acatar las disposiciones de los padres, siempre que esté dentro de las normas morales y legales que nos rigen, también los hijos tienen el derecho de hacerse oír por sus mayores y pedir que estos respeten su personalidad. La familia debe ser el medio más

apropiado para reintegrar al hombre a sí mismo y para lograr tal fin ha de perseguir su evolución hacia lo mejor; es pues algo proveniente de lo humano para lo humano. En ella se origina la escala de valores que regirán al ser, siendo por tanto de donde emane la superación personal en la libertad, ya que todas las personas son iguales en naturaleza, y cada individuo es diferente en el grado y en el modo de superar esa naturaleza; es por ello que la familia debe respetar nuestra originalidad y en es en ese momento cuando desempeñaba su papel primordial que es el de formar a la persona del nuevo miembro de la comunidad en el espíritu propio de confianza y libertad, para luego entrar a la vida social imbuido de ese mismo espíritu. Es pues la familia una comunidad de destino, hacia la meta común pero en la cual cada uno es diferente, pues son producto de la libertad que en ella rige.

Por esto se dice que: “La familia habrá cumplido con su misión, cuando el hombre sepa tomar su carga social, y proyectándose en esta encuentra su valor y la valoración de sus semejantes”¹.

La familia es la base de la sociedad y del Estado; la influencia que ejerce la familia sobre una persona se proyecta en la escuela y la sociedad. Toda persona tiene derechos a un nivel de vida adecuado que le asegure a él y su familia condiciones fundamentales para su existencia. La importancia que en Guatemala se ha dado a la regulación jurídica de la familia, desde las constituciones de 1945, 1956, 1965 y la actual promulgada en 1985, incluyen un capítulo específico dedicado a la familia,

¹ Morales Aceña de Sierra, María Eugenia. **Derecho de familia -análisis de la ley de tribunales de familia, comentarios sobre la necesidad de introducir reformas a la misma.** Pág 1.

obligando al Estado a emitir disposiciones que la protejan. Actualmente se encuentra regulado en los Artículos 47 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En el Código Penal existe un capítulo especial dedicado a proteger a la familia como un bien jurídico tutelado.

Conforme lo apunta César Eduardo Alburez Escobar: “Es únicamente en el seno familiar, en donde el ser humano encuentra la satisfacción de sus variadas aspiraciones de cariño, afecto y protección material y espiritual; es el único medio dentro del cual puede plasmar la educación de los futuros hombres que integrarán la sociedad, porque en ella se perpetúa la especie no solo en la niñez y la juventud, sino que en la edad adulta, y ello porque dentro del hogar se consolidan los lazos más fuertes para unir a los grupos humanos que a la larga llegan a formar una nación con todos sus elementos constitutivos. La familia es, por así decirlo, la fuente de todas las relaciones humanas y constituye, con la nación organizada en Estado, la más importante forma social; es en suma el elemento básico de la sociedad, -la semilla de la República-, como dijera Cicerón. La familia constituye el caso por excelencia de grupo social suscitado por la naturaleza. Pero esto no quiere decir que la familia sea un mero producto de la naturaleza, pues constituye una institución creada y configurada por la cultura (religión, moral, costumbres y derecho). En la configuración y regulación moral, religiosa, social y jurídica de la familia intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales y espirituales de los niños y sobre la buena constitución y buen funcionamiento de la sociedad. La motivación esencial de la

familia en todas las variedades que esta presenta en la historia consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a los hijos².

1.2 Antecedentes históricos

1.2.1 Origen de la familia desde el punto de vista sociológico

En la época primitiva, el hombre debió obligatoriamente agruparse a fin de distribuir sus alimentos, ya que algunos conseguían un determinado tipo de alimento y otros tenían un alimento diferente; el hecho de agruparse les permitió gozar a todos los hombres de los mismos alimentos. Esta forma de vivir agrupados, pasó a ser necesaria, tanto para la distribución de alimentos como también para enfrentar los peligros extremos de esa pequeña sociedad.

Como consecuencia de la reproducción, esa sociedad que en un principio fue homogénea, comenzó a ser heterogénea, ya que cada uno de los componentes, al tener descendencia, pretendían también su independencia con respecto a los demás, sin perjuicio de mantener la sociedad original; esto dio origen a la aparición de gens (este es el comienzo de la organización familiar que tenía un jefe pater el cual tenía el poder de decisión dentro de la familia). El aumento del gens con el tiempo dio origen a los clanes, un gens podía tener varios clanes, ya que los descendientes del pater buscaban su independencia dentro del gens. La figura del pater (que era el que dirigía a todos) dio origen en algunos países al rey. Los clanes, con el transcurso del tiempo, dieron origen a lo que hoy se llama familia.

² Alburez Escobar, César Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca**. Pág. 19.

Este tema pertenece fundamentalmente al campo de la sociología, y en ésta es objeto de opiniones diversas, por razón de la complejidad que encierra la materia. Una opinión sostiene que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como, determinar alguna filiación tanto por el matriarcado, con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, con la monogamia como ahora es concebida.

El hombre primitivo se desarrolló en tres campos: cuerpo, inteligencia y organización social. De las primeras dos facetas se conservan pruebas tangibles en su mayoría de cómo se desarrollaron, sin embargo, de la tercera sólo puede hacerse un análisis de modo indirecto, realizándolo por medio de analogías, observando lo que sucede en los modernos grupos primitivos y entre animales evolucionados.

1.2.2 Origen de la familia desde el punto de vista jurídico

Los primeros aspectos jurídicos de la vida primitiva, son los referentes a las costumbres relacionadas con la convivencia sexual, y ligadas a ella con la jerarquía dentro del grupo de los que conviven sedentariamente, o que forman parte del mismo grupo nómada. "Los homínidos (individuo perteneciente al orden de los primates superiores, cuya especie superviviente es la humana) comienzan su existencia con un prolongado

período de ayuda y protección, esto crea una relación social entre la madre y los hijos, surge así alrededor de la madre un grupo social jerarquizado”³.

Al carecer el hombre de ciclos de actividad sexual, como los demás animales, y vivir con un constante deseo, se hizo necesaria la presencia continua de la mujer junto al hombre, esta circunstancia unida al problema expuesto en el párrafo anterior, pudo ser el origen de una verdadera familia.

Es seguro, que el hombre del paleolítico haya conocido el sistema exogámico (Norma o práctica de contraer matrimonio con cónyuge de distinta tribu o ascendencia o procedente de otra localidad o comarca. Cruzamiento entre individuos de distinta raza, comunidad o población, que conduce a una descendencia cada vez más heterogénea) para los matrimonios de grupo o para sus otras formas de convivencia sexual, este sistema va siempre combinado con ciertos tabúes y con el totemismo⁴.

La opinión del tratadista Federico Puig Peña, sostiene que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, definida como la organización

³ Floris Margadant, Guillermo S. **Panorama de la historia universal del derecho**. Pág. 45.

⁴ **Ibíd.**

social, tradicionalmente atribuida a algunos pueblos primitivos, en que el mando residía en las mujeres, que por muchos autores se considera con la monogamia (regla predominante en la sociedad, considerado como el sistema social que hace del matrimonio, la unión de un sólo hombre, con una sola mujer. Sólo mediante el divorcio es posible una nueva unión. Se opone a la poliandria, que es el matrimonio de una mujer con varios hombres, y a la poligamia definida como el matrimonio de un hombre con varias mujeres) base de la familia como ahora es concebida, porque permite la estabilidad de una familia de un solo hombre para una sola mujer, creando condiciones económicas, afectivas de ambos padres en forma constante favorables para los descendientes⁵.

Para Engels, "antes de 1870 no existió una historia de la familia, predominando al influjo de los cinco libros de Moisés, con la forma patriarcal de la familia como la más antigua; siendo hasta 1861, con la publicación de la obra de Derecho moderno de Bachofen, se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morgan"⁶. Los posteriores y los nuevos estudios, han hecho aún mayormente difícil aunar criterios a propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las regiones y pueblos.

En Roma, se distinguían, la agnación y la cognación; la agnación era el parentesco transmitido por vía paterna, constitutivo de la familia civil, que en consecuencia

⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 6.

⁶ Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado**. Pág. 45.

integraban los descendientes de un "pater familia". La cognación era el parentesco por vía femenina, carente de la mayor significación.

Se desprende de estas relaciones, una situación en la que se encuentra una persona ante un grupo establecido (sociedad), sea como hijo, padre, abuelo, casado, soltero, menor, mayor de edad, nacional o extranjero, es decir un estado de familia. Del estado de familia, y el rol que juega el sujeto dentro de ella, presupone un doble genero de relaciones familiares. De esto se derivan algunas características que según Días de Guijaro son las siguientes:

- **Universalidad:** El estado de familia es concebido como un atributo a la persona humana, cualquiera sea su emplazamiento familiar. Correlativamente quien no está emplazado en el estado de familia tiene acciones para lograrlo (acciones de estado), y quien lo esta no necesita acudir a estas acciones pudiendo ejercer sin más los derechos emergentes de tal situación.
- **Unidad:** Para el mencionado autor, la unidad del estado de familia implica que cada individuo es eje de una serie de vínculos, tanto de origen matrimonial como de fuente extramatrimonial.
- **Indivisibilidad:** Como correlato de la unidad que se atribuye al estado de familia, se sigue su indivisibilidad; cada persona tiene solo un emplazamiento en el estado de

familia, de manera que el hijo legítimo no puede dejar de serlo para determinados parientes.

- **Correlatividad:** El estado de familia enlaza relaciones entre uno y otro miembro de aquella. El derecho subjetivo de familia, se ejerce en función de una persona o personas determinadas que, correlativamente, tienen derechos (y deberes) respecto de otro sujeto emplazado en el estado de familia.
- **Oponibilidad:** El estado de familia da lugar a que sea oponible tanto mediante ejercicio de las acciones que le son inherentes para obtener su reconocimiento si es desconocido, cuando a través de acciones ejercitables contra quienes pretendan vulnerarlo.
- **Estabilidad:** Es otra de las características citadas por Díaz de Guijarro. El emplazamiento puede modificarse, por ejemplo: cuando hay un parto fingido (Artículo 261 Código Civil), o si a través de un acto voluntario se legitima al hijo natural (Artículo 311 Código Civil). No obstante, en ciertas circunstancias, la estabilidad característica del estado de familia puede llegar a la inmutabilidad.
- **Inalienabilidad (relativa):** En cuanto hace al estado en sí, no es jurídicamente admisible su enajenación por acto contractual; por otra parte no se puede enajenar contractualmente las facultades y deberes inherentes al estado de familia, ni cabe la renuncia al estado de familia. Los derechos patrimoniales que fluyen del estado

de familia, desde que solo se trata de intereses privados independientes del estado mismo, son por su parte, enajenables.

- Inherencia Personal: Se trata de un estado que atribuye derechos inseparables de la persona misma. Por ello, no se transmiten por sucesión, ni cabe que los terceros ejerzan acciones de estado por vía de la acción subrogatoria (Artículo 1196 C.C.), no obstante, esos terceros podrán deducirlas cuando está en cuestión un aspecto patrimonial emergente del estado.

La familia tiene una finalidad social, que justifica su protección por el Estado. Teniendo en cuenta que la familia es el núcleo social, cuya preservación, interesa sobremanera a los poderes públicos, en función de la estabilidad institucional y de la educación de los hijos que en la primera época de su vida, esquematiza pautas de conducta que condicionan su futuro como hombre adulto.

En la actualidad, la familia es importante en cuanto a que existe una relación de parentesco, todos sus componentes son familia, hay dentro de ella una noción de comunidad, y también de solidaridad entre sus miembros; que se aplica en todos los terrenos, afectivo, moral, económico etc.

La importancia que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, como, las establecidas en las constituciones de la Republica de Guatemala promulgadas en 1945 y en 1956, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones

capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan. En la legislación se ha previsto el delito de negación de asistencia económica y el delito de incumplimiento de asistencia, en el orden familiar (Artículos 242 al 245 del Código Penal).

Tradicionalmente se ha considerado la familia como una parte, quizás la más importante, del derecho civil; o sea, como parte del derecho privado. En todo el decurso de la evolución histórica del Derecho de familia, dice Puig Peña “siempre ha venido éste situado entre las ramas fundamentales del Derecho formando, con los derechos reales”⁷.

1.2.3 Origen de la familia desde el punto de vista religioso

Desde este punto de vista, existen diversas concepciones en torno a la familia, para ello según la concepción judeocristiana, señala como:

Creación: acto de crear o causar la existencia de algo o de alguien. Creador de todo es Dios, “Dios el Señor formó al hombre de la tierra misma, y sopló en su nariz y le dio vida. Así el hombre comenzó a vivir”⁸.

En cuanto al término familia, en del hebreo Misch- pa- jah, no solo significa conjunto de ascendientes y descendientes de un mismo linaje, sino por extensión, tribu, pueblo o nación, “se expresa que Dios es el originador de la familia”⁹. Aquel a quien toda familia debe su nombre, él formó a la primera pareja humana y se propuso que por este medio

⁷ Puig Peña, **Ob. Cit.**, Pág. 18.

⁸ Biblia Dios Habla Hoy. **Libro del Génesis**. 2:7. Pág. 3.

⁹ Biblia Dios Habla Hoy. **Libro de Efesios**. 3:14, 15. Pág. 279.

llenaran la tierra, dándole facultades como la procreación para que el ser humano pueda perpetuar su nombre y linaje familiar en la tierra.

La familia era la unidad básica de la sociedad hebrea antigua, estaba configurada como un gobierno, el padre ejercía la jefatura y era el responsable ante Dios, mientras que la madre tenía autoridad sobre los hijos y el ámbito doméstico.

En cuanto a las propiedades, eran un bien común, y el padre se encargaba de administrarlos. Si en el seno familiar alguien cometía un mal, se consideraba como ofensa para toda la familia y en lo particular contra el cabeza de casa. El oprobio recaía en el cabeza de familia, y se hacía responsable de tomar las medidas necesarias para corregir el mal.

La norma original de Dios para la familia, fue la monogamia, aunque la poligamia llegó a ser una práctica común, siempre fue una norma contraria a la dictada originalmente por Dios, y con el pacto de la ley, Dios no solo reconoció la existencia de la poligamia sino que la reguló, de modo que la unidad familiar permaneciera viva e intacta. No obstante, el propio Dios dijo “una mujer casada está ligada por ley a su esposo mientras este vive”¹⁰.

El arreglo divino de la familia, requiere, que se registre legalmente una relación matrimonial, para que sea aceptable dentro de la congregación cristiana.

¹⁰ Biblia Dios Habla Hoy. **Libro de Romanos**. 7:2. Pág. 225.

Y creó Dios al hombre a su imagen, varón y hembra los creó y los bendijo Dios y le dijo: fructificad y multiplicados, llenad la tierra y sojuzgadla y señoread en los peces del mar y en todos los animales creados.

“Dios al crear al hombre y a la mujer para que se multiplicaran, en este instante es que se inicia la familia. Lo anterior se confirma en Génesis, Dios dispone, que el hombre dejará a su padre y a su madre para unirse a su esposa, y los dos llegan a ser como una sola persona”¹¹.

En el Génesis, dice: “El hombre se unió a su esposa Eva. Ella quedó embarazada y dio a luz a su hijo Caín, y dijo: “Ya tengo un hijo varón. El Señor me lo ha dado.” ¹². A partir de este instante se integra la familia; pues Dios dispone que el hombre y la mujer se multipliquen y se unan, posteriormente conciben a sus dos hijos, formando la primera familia.

1.2.4 Origen de la familia desde el punto de vista político

Para establecer el origen de la familia desde el punto de vista político, es necesario previamente, definir al Estado como una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano, que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal, para obtener el bien público temporal de sus componentes. Derivado de la definición anterior, resulta importante analizar la sociedad humana como parte importante del Estado, sin dejar de

¹¹ Libro del Génesis, **Op. Cit.**, 2:24.

¹² **Ibid.**, 4:1

ser importantes el territorio, el poder soberano, el orden jurídico y el bien público temporal.

Respecto a la sociedad humana, se debe tomar en cuenta que el hombre, por sí solo no puede vivir, que necesita de sus semejantes para expresar sus sentimientos, sus ideas y por supuesto para satisfacer sus necesidades, por medio de la actividad laboral y moral que realizan las personas; es así, que desde la existencia humana, el hombre se empezó a agrupar, primero en familias, poco a poco fue incrementando su número y organizándose, para llegar a formar lo que ahora se conoce como Estado, que se considera la forma moderna de agrupación política. Es oportuno tomar en cuenta que pertenecen a un mismo Estado los habitantes con homogeneidad de características, como lo es el idioma o lengua que se habla, color de ojos, color de piel, etcétera.

1.2.5 La familia desde el punto de vista económico

Es la agrupación típica familiar, integrada por un matrimonio y sus hijos, en la cual, los padres ejercen la dirección y la obtención así como, la distribución de los productos el trabajo, para el sostenimiento del núcleo familiar.

El efecto económico radica en cuanto a los hijos, pues es tarea fundamental de los padres brindarles educación, alimento, vestuario, y demás, cuando estos son menores de edad para tener un buen desarrollo dentro de la sociedad.

En un inicio se da la agrupación de las familias con el fin de auto abastecerse, y como primera característica económica aparece el trueque (que consistió en cambiar unos bienes por otros).

Hoy la familia permite la agrupación de pequeñas unidades económicas. Si en una familia hay dos o tres integrantes que producen bienes y servicios, este núcleo podrá lograr un mejor estándar de vida, contrario a los que no estén agrupados; pues los integrantes cooperan con su fuerza de trabajo, consigan o no una remuneración.

Cada familia es importante, por la producción de bienes y servicios que sus integrantes realicen, y la mayoría de ellos al producir están percibiendo remuneración la cual les permite vivir o por lo menos minimizar sus gastos. Estas pequeñas unidades económicas en conjunto, forman un total de fuerza de trabajo que es lo que necesita la economía de un país para abastecerlo.

1.3 Antecedentes de la familia en Guatemala

Los primeros antecedentes de la actual familia guatemalteca, se encuentran a principios del siglo XVI, con la conquista española. Las corrientes colonizadoras, formadas casi exclusivamente por hombres procedentes de clases desposeídas de España, que, al establecerse, se vieron obligados a unirse con las mujeres aborígenes. Este fue el nacimiento de los criollos, hijos de españoles nacidos en América y mestizos hijos de españoles con aborígenes. El sistema cerrado impuesto por la corona española determinó que al menos hasta el siglo XIX, ésta fuera la composición étnica

predominante. Aun con la independencia guatemalteca desde España, la composición social no cambió mucho.

La base fundamental de la familia es el hogar, siendo esto así cuando por evolución social se llegó a la familia monógama, hace muchos años, se tuvo la necesidad de legislar acerca de él y se llegó a lo que hoy se conoce como matrimonio.

Las Constituciones Políticas promulgadas en 1945, 1956 y 1965, incluyen entre sus disposiciones, un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan y goza también de protección en la legislación penal, el Artículo 242 regula el delito de negación de asistencia económica, en el cual se lee: “Quien estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, será sancionado con prisión de seis meses salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación”, y el Artículo 244 del mismo cuerpo legal estipula “Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que estas se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año”. El Artículo 283 de Decreto Ley 106, regula quienes están obligados recíprocamente a darse alimento; asimismo, el Artículo 285 del decreto citado, norma sobre el orden para prestar alimentos en caso que el obligado no pueda hacerlo.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su título II capítulo II, que se refiere a los derechos sociales, en el cual se resalta la importancia de la familia como célula fundamental de la sociedad, la relación conyugal y familiar crea entre sus componentes espíritu y sentido de responsabilidad, el propósito de observar buenas costumbres. En el aspecto político, que es un valioso elemento en la organización del Estado, en los últimos tiempos se ha preocupado en brindarle adecuada protección. En lo económico establece que la función de la familia se aprecia a través del trabajo y la adquisición de bienes.

1.4 Evolución histórica de la familia

La familia es una institución natural que ha existido desde el comienzo de la humanidad. Es la más antigua e importante. Ha evolucionado según épocas, lugares y condiciones del territorio, obedeciendo a los hábitos y costumbres de cada pueblo. Dicha evolución puede concretarse, en general, a tres etapas: La primera caracterizada por un grupo de familias unidas bajo la autoridad del jefe común, llamado clan; luego, junto con el Estado, nace la gran familia, cuyo tipo clásico es la familia romana primitiva sometida a la autoridad de paterfamilias, único dueño de los bienes y con poderes muy amplios; posteriormente llega la pequeña familia constituida por el núcleo paterno filial, la cual perdura hasta nuestros días.

En cada una de las etapas se presentan cambios en la familia desde diferentes puntos de vista: político, económico, social y jurídico. La familia antigua era una unidad de

producción con una economía doméstica cerrada. La producción y el consumo se realizaban dentro de ella; el hecho de existir en la familia, el trabajo y los alimentos hacía propicia la vida en común de sus miembros. Estas unidades, tribus, lo concerniente al estado de las personas. Estos conceptos los que se acogieron definitivamente en el Código de Napoleón, el cual sirvió de inspiración posterior a la mayoría de las legislaciones europeas y en esta medida a las demás legislaciones latinoamericanas.

La familia moderna ha dejado de ser una comunidad cerrada. La unidad de producción ha desaparecido ante la organización de grupos económicos especializados. Los miembros de la familia salen del hogar en busca de trabajo. La mujer ya no solo colabora en asuntos domésticos, aprovecha sus aptitudes para mejorar el ingreso familiar. Los cambios que ha ido sufriendo el núcleo familiar han ocasionado diferentes apreciaciones; para algunos tratadistas dichos cambios, básicamente en el orden económico, son causa de una crisis en la familia.

1.5 Definición

El concepto familia, tiene muy diversas definiciones, ya que algunas responden a contenidos jurídicos y otras a aspectos históricos que no son coincidentes, ni en el tiempo ni en el espacio. Belluscio entiende que familia, en un sentido amplio de parentesco, "Es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado,

a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad.” Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las leyes de partidas, en que el grupo familiar estaba integrado *incluso por los sirvientes*.

A su vez, Díaz de Guijarro ha definido la familia como la “institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”¹³.

Manuel Osorio define el concepto de familia como: “El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno-filial (la patria potestad de modo muy destacado), los alimentos y a las sucesiones”¹⁴.

Puig Peña, define el concepto familia como: Institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y a sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad sublimada por el amor y el respeto, se dé

¹³ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 73.

¹⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Págs. 425, 426.

satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida¹⁵.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco¹⁶.

Después de haber analizado las anteriores definiciones de derecho de familia, se puede considerar que el derecho de familia puede ser definido como: El conjunto de relaciones y vínculos que existe, entre dos o más personas unidas por lazos de parentesco ya sea éste consanguíneo o de afinidad.

De las definiciones anteriores se puede concluir, que si bien es cierto todas ellas son diferentes, las mismas concuerdan con un conjunto de normas jurídicas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares.

1.6 Importancia de la familia

Es innegable, que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o no menos, la familia ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada y que juega una función importante, no sólo en el sentido anteriormente

¹⁵ Puig Peña, **Ob. Cit.**, Pág. 120.

¹⁶ Bossert y Zannoni, **Manual de derecho de familia**. Pág. 5.

indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar¹⁷.

1.7 Naturaleza jurídica de las disposiciones legales relativas a la familia

Tradicionalmente, la familia es considerada como una parte, quizás la más importante del derecho civil; o sea, como una parte del derecho privado. La familia es la segunda institución del derecho civil en virtud de que el hombre no va a ser considerado por el derecho en forma aislada, sino como integrante de una comunidad primaria de orden natural impuesta por la diferenciación de sexos y de edades.

Derivado de ese presupuesto, la naturaleza jurídica de la familia es eminentemente privada porque depende en forma directa del derecho civil, desprendiéndose la posición que el derecho en general se agrupa en dos grandes ramas: el derecho público y el derecho privado, y el derecho civil es clasificado dentro de la segunda rama junto con el derecho mercantil.

1.8 Regulación legal de la familia

1.8.1 Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 1 establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la familia, pero añade que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común.

¹⁷ Brañas, **Ob. Cit.**, Pág. 74.

El Artículo 47 constitucional en su primera parte regula que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Al respecto, el Estado de Guatemala está en la obligación de proteger la seguridad social, la seguridad física, la economía de la familia, promoviendo fuentes de trabajo y por último la protección jurídica.

1.8.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone en el Artículo 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar y otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto. Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, sí pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social, queda como existente.

1.8.3 Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

En este Convenio se reitera que los pueblos indígenas y tribales deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones consuetudinarias y bienestar espiritual, como es el caso de los matrimonios por costumbre celebrados dentro de sus comunidades, de acuerdo a sus ritos y tradiciones, de buena fe y cuya unión se constituye con la autorización de la sociedad en que viven, otorgada por el

pater familia, cacique o jefe con autoridad. Esta forma de unión es consuetudinariamente formal.

Se hace mención de la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales como una gran familia de diversidad cultural, y armonía social.

En su apartado de política general, Artículo 1, y numeral 1, en cuanto a su aplicabilidad refiere en su literal a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas, les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

El Artículo 3, de este mismo apartado estipula, que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación. Es decir como individuos, como una gran familia, como un pueblo. En su Artículo 4 establece que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, las culturas. Es de resaltar que entre sus respetables instituciones esta la figura de la unión de hecho o matrimonio de hecho, forma en que se consolida la familia equiparándola al matrimonio, respetada por la comunidad creando derechos y obligaciones en la pareja, y una seguridad cultural, económica, jurídica para los hijos procreados de estas uniones, es decir una familia como tal. El Artículo 5 regula: al aplicar las disposiciones del presente convenio, deberán reconocerse y protegerse, los valores y prácticas

sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, además deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos. En el Artículo 8 estipula, que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración, sus costumbres, o su derecho consuetudinario. Gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, derecho a formar una familia, a transmitir de generación en generación su cultura, constituyéndose en lo que se conoce como la familia grande que está formada por los esposos, los hijos, abuelos, tíos y primos.

1.8.4 Código Civil

El Código Civil, Decreto Ley 106, en el Título II del Libro I, regula la familia, sin embargo, únicamente hace mención de esta figura social, pero no desarrolla una definición legal, pues a continuación se refiere a la institución social del matrimonio como génesis de la familia.

Ligados íntimamente a la familia, el citado cuerpo legal establece el matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, patria potestad, alimentos tutela, patrimonio familiar y registro civil, en un total de 363 Artículos comprendidos del 78 al 441.

1.8.5 Ley de Desarrollo Social, Decreto número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala

En la parte considerativa se refiere al Artículo 47 de la Constitución Política de la República, el cual establece que el Estado garantiza la protección social, económica, y jurídica de la familia. Además en el Artículo 6, se refiere a la familia como organización, es la unidad básica de la sociedad, la que se considera sobre la base legal del matrimonio. Constituye también, núcleo familiar con los mismos derechos, las uniones de hecho. En el Artículo 10, en lo referente a la obligación del Estado, estipula que el Organismo Ejecutivo, es responsable de la planificación, de las acciones gubernativas encaminadas al desarrollo social y familiar y de promover y verificar que el desarrollo beneficie a todas las personas y a toda la familia. El Artículo 11 establece las políticas públicas que toman en cuenta el mejoramiento, el nivel y calidad de vida de las personas, la familia y la población en su conjunto, en una visión a largo plazo. También en cuanto a los aspectos culturales, y la cosmovisión de los pueblos indígenas, hace énfasis en respetar y promover los derechos de las mujeres. El Artículo 45 norma sobre la atención a la familia, a una política de desarrollo social que promoverá la organización de la familia, proteger y fortalecer su salud y desarrollo integral, para mejorar la calidad de vida de sus integrantes. El Artículo 16 literal 2) que se refiere a las mujeres, regula las medidas necesarias para atender las demandas de las mujeres en todo su ciclo de vida y lo demás relativo a la discriminación establecida en los Tratados.

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

Artículo 4. Deber del Estado. Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente. Artículo 5. Interés de la niñez y de la familia. El interés superior del niño es una garantía, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares. Artículo 13. Goce y ejercicio de derechos. El Estado debe garantizar la protección jurídica de la familia, dentro del marco de las instituciones del Derecho de familia reconocidas en la legislación. Artículo 14. Identidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos. Artículo 16. Dignidad. Es obligación del Estado y de la sociedad en su conjunto, velar por la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, como individuos y miembros de una familia, poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, aterrador, humillante o constrictivo. Artículo 18 regula: Derecho a la familia. Todo niño y niña tiene derecho a ser criado en el seno de su familia. El Artículo 19 del mismo cuerpo legal, establece lo relativo a la estabilidad de la familia. El estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral. Artículo 21. Carencia material: La falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad. El estado prestará asistencia apropiada a los padres, familiares y los representantes legales para

el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y cuidado del niño, promoviendo y facilitando para ello la creación de instituciones, instalaciones y servicios de apoyo que promuevan la unidad familiar.

CAPÍTULO II

2. El derecho de familia en la legislación guatemalteca

2.1 El derecho de familia

En principio, las normas del derecho de familia tienden a proteger a la familia, y específicamente a los menores de edad que necesitan del cuidado, atención alimentación, calzado, vestuario, atención médica y educación, siendo parte importante de la relación, interviniendo para fortalecer los vínculos familiares, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar, tal como lo preceptúa el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: “El Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

Derecho de familia, “es la rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y en general, a la institución fundamental de la familia, se constituye en toda la sociedad”¹⁸. Sistema de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al Estado Civil de las personas.

Así el derecho de familia, la jerarquización dentro del grupo y el derecho penal, se desarrollan juntos en íntima relación con la magia y las religiones primitivas. La transición hacia la agricultura, -sedentarismo- obliga al hombre primitivo a formar comunidades en las que la ayuda mutua permite vencer la resistencia de la naturaleza.

¹⁸ Ossorio **Ob. Cit.**, Pág. 302.

“En todo el curso de la evolución histórica del Derecho de familia, siempre ha venido éste situado entre las ramas fundamentales del Derecho Civil”¹⁹. (sic.)

Antonio Cicú, tratadista italiano, hizo una exposición sistemáticas de la materia. Aceptando que generalmente se le trata como una parte del derecho privado; disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho.

Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta. Dice Cicu de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: “interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción, pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan”²⁰.

Cicú admite, que el Derecho de familia deba incluirse en el derecho público. “Si el derecho público es el Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia, no es ente público, no porque no esté sujeta, como los

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Pág. 14.

²⁰ Rojina Villegas, **Op. Cit.**, Pág. 19.

entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado, es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público”²¹.

Las ideas de Cicú, fueron recibidas con particular interés. Han dado origen a criterios en pro y en contra de las mismas. Ahora se ha tratado de ponerlas en su justo lugar, reconociendo su importancia, pero estimándose que las normas relativas al derecho de familia han de mantenerse dentro del campo del derecho privado, porque si bien es cierto que la injerencia estatal en asuntos concernientes al ámbito de la familia se presenta ahora con mayor intensidad, esto no significa necesariamente que las normas fundamentales relativas a la familia tengan carácter público, así como tampoco que haya necesidad de ampliar a tres las dos tradicionales ramas del derecho.

Se reconoce que las disposiciones legales sobre la familia, tienen una posición especial, sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, más no debe perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que de ella se derivan, pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposibles de adecuarse con

²¹ *Ibíd.*, Pág. 19.

certeza en el radio de acción del derecho público, y no ameriten crear otra rama del Derecho.

Puig Peña, refiriéndose a la reacción contra las ideas de Cicu, ha puesto de manifiesto lo siguiente:

- Que ante todo, no se debe conceder demasiada importancia a la catalogación del Derecho de familia, dentro de la división fundamental del Derecho, pues que la distinción entre el público y el privado sufre en estos momentos una grave crisis aguda, que impide establecer con absoluta precisión la diferencia cardinal entre uno y otro, sobre todo, teniendo en cuenta el trasiego constante que entre ambos campos se observa en los modernos ordenamientos;
- Que aunque, desde un punto de vista teórico, es extraordinariamente sugestiva la posición del maestro italiano, no está carente de reparos, pues el propio aspecto perceptivo de las normas familiares se observa en otras muchas instituciones del Derecho privado, y a la par, existen derogaciones de ese principio en el mismo Derecho de familia que mantiene una posición de libertad en muchas de sus relaciones y especialmente en la faceta patrimonial de este Derecho;
- Que desde un punto de vista práctico, quizás no fuera conveniente, como afirma Castán, separar el Derecho de familia de las demás ramas del Derecho civil; pues las relaciones familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales

de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión mortis causa, el régimen económico del matrimonio, etc., son zonas en las que el Derecho de familia y el derecho patrimonial, aparecen unidos en indisoluble consorcio²².

Por su parte, Rojina Villegas expone “que se puede considerar que el derecho de familia, pertenece al derecho privado, aunque tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables y que tampoco importa que regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son las que se derivan de la patria potestad marital y tutela, pues fundamentalmente se trata de relaciones entre particulares, y que si bien el Estado podrá tener cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieran a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos o funciones, o bien a las relaciones de aquellos con los particulares”²³.

En el curso de los distintos ordenamientos, la familia es considerada un derecho incluido dentro del derecho civil. Sin embargo hoy en día no existe acuerdo de que el derecho de familia pertenezca al derecho privado. Y la mayoría de tratadistas rechazan la idea de que pueda formar parte del derecho público, se habla de una simple variante del derecho público para poder asignar el lugar que le corresponde al derecho de familia.

²² *Ibíd.*, Pág. 17.

²³ *Ibíd.*, Pág. 10.

2.2 Antecedentes del derecho de familia

Lo que realmente marca a la historia del derecho, es el momento en que se busca mantener un documento de forma permanente, grabándolo en materiales que resistan con facilidad el paso de los años. “Es tal vez el código de Hamurabí el más famoso de los que se conoce en la actualidad, sin ser el primero, ya que los sumerios han dejado huella profunda, aunque escasa, de su sistema de derecho”²⁴.

Este código contiene 280 preceptos de los cuales 60 no se entienden en lo absoluto, nos hace encontrar algunos conceptos sobre deudas, delitos (ley del talión), matrimonio, divorcio, patria potestad, derecho sucesorio y contratos de comisión, de prestación de servicio y arrendamiento. Parecería maravilloso el legado jurídico de este documento, sin embargo, al compararlo con los pocos documentos de este tipo que se poseen de los sumerios, sólo nos demuestra que es un código mal sistematizado que marca un retroceso en el ejercicio del Derecho, ya que los sumerios manejaban ya en sus textos la reparación del daño, elemento que desaparece en el código de Hamurabí²⁵.

De aquí en adelante se podrían realizar múltiples comentarios sobre los sistemas legales que imperaron en el mundo antiguo, se puede analizar al derecho egipcio, cuya cúspide jurídica era la cúspide administrativa o al derecho hitita que se maneja por normas aisladas o tal vez al derecho hebreo, fantástico por la simbiosis que se produce entre su religión y su Ley.

²⁴ Petit, Eugene. **Derecho romano**. Pág. 74.

²⁵ **Ibíd.**

El derecho de los olmecas, teocrático y donde la mujer no gozaba de ningún status, o el derecho maya que jugaba a la cuerda floja entre el perdón del ofendido o la ley del talión, o el raro derecho chichimeca, de triunviratos y residencias matrilocales, o el derecho azteca, que se alimentó de la sabiduría tolteca y donde la posesión de la tierra, las clases sociales, y por supuesto la familia, estaban perfectamente regulados, sino finalmente hundirnos en el derecho español híbrido de derecho romano y derecho canónico que se deforma en México porque tuvo que adaptarse a las costumbres del país.

Gran parte de las normas jurídicas modernas son de origen romano, ya sea por sus raíces históricas en occidente, sea por la occidentalización que han sufrido algunos derechos de oriente. La aportación en materia jurídica de Roma al mundo ha sido principalmente en materia de derecho privado al igual que en materia técnica jurídica²⁶.

El derecho actual, tiene por origen la costumbre y el derecho romano, crearon un derecho para ellos y lo hicieron útil para todos. La familia romana se fundamenta políticamente con carácter patriarcal en el cual la soberanía corresponde al padre o al abuelo. Es un pequeño Estado cuyo jefe es el paterfamilias e integrada por los parientes y personas extrañas (adoptadas), excluyendo a los descendientes por vía femenina; el vínculo que la une no es sanguíneo sino civil, denominado adgnatio. La Lex XII Tabularum conceptúa a la familia como el conjunto de individuos sometidos a la patria potestad (Patria Potestas) o al poder del marido *in iure* (manus) de una misma

²⁶ *Ibíd.*, Pág. 75.

persona (padre o abuelo paterno); el Digesto, como conjunto de personas vinculadas por la sangre, por una ascendencia común: es decir, consanguínea y natural, regularon lo concerniente a la cognatio, que es el parentesco civil, y demás instituciones, el matrimonio, los sponsales, requisitos para contraer matrimonio, efectos del matrimonio, divorcio, nulidad del matrimonio, el concubinatus (concubinato) consistía en la unión permanente entre personas de diferente sexo, las cuales no tienen la intención de constituirse como marido (vir) y mujer (uxor) por faltar la affectio maritalis (deseo de contraer matrimonio). Fue permitido entre púberes sin parentesco de grado impidiente, cuando no se tenía otra concubina, y es prohibido cuando se tiene esposa legítima²⁷.

Los efectos del concubinato consistían en: la cohabitación sin estar la mujer sujeta a la autoridad del hombre ni participar del rango de su compañero. Los hijos del concubinato son considerados parientes de la madre por Cognatio no estando sometidos a la autoridad del padre. En tiempo de Justiniano a los hijos se les otorgó facultades para ser alimentados y ciertos derechos sucesorios. La familia romana se transformó de civil a natural durante la época de Justiniano; cuando la primera perdió el impulso del derecho civil, ante la natural y se convierte en completa al relacionar instituciones como la tutela: que es el poder conferido por el derecho civil sobre una persona para protegerla cuando por su edad y por su sexo no está en condiciones de defenderse por sí misma la curatela es una institución del derecho civil que consiste en el cuidado, solicitud y administración de una persona o de una cosa con la finalidad de custodiar o proteger los bienes o patrimonios necesitados de administración y

²⁷ Ruiz Castillo de Juárez, Crista, Historia del derecho. Pág. 127-137.

vigilancia. Tiene como objeto principal la protección de personas incapacitadas por razones de accidente.

Toda la evolución del derecho romano privado se reduce a dotar de equidad a las soluciones rigurosas y formalistas del derecho civil. Aquí se puede hacer notar algo importante, ya que la equidad y el derecho natural son conceptos griegos, resalta la aportación romana al derecho humanitas, es lo que nos permite apreciar el valor y la dignidad de la persona humana.

La influencia de derecho germano, en materia de familia también fue notoria, porque al haber receptado anteriormente el derecho romano, concibió el vínculo del parentesco ampliamente estableciendo una fuerte unión en la agrupación misma (sippe) humana y jurídicamente, privando la obligación de participar en los casos de venganza de sangre y prueba de conjuradores. La patria potestad estaba regulada por el poder conjunto del padre y la madre.

2.3 Características del derecho de familia

José Castán Tobeñas "reconoce como caracteres del derecho de familia los siguientes:

- a) El fondo ético de las instituciones;

- b) El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales;

- c) La primacía del interés social sobre el individual (Artículo 44 Constitución Política de la República)²⁸.

Por su parte la licenciada Beltranena de Padilla determina como “características del derecho de familia:

- 1) Contiene un sustrato de carácter eminentemente moral, derivado fundamentalmente del derecho canónico.
- 2) Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales.
- 3) Primacía del interés social sobre el interés individual; y una más frecuente intervención del Estado para proteger al más débil en la familia.
- 4) Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes.
- 5) Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.
- 6) Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término.

²⁸ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español**. Pág. 58

- 7) Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia. De las características anteriores se deduce que el derecho de familia es parte del derecho público²⁹.

Alburez Escobar en cuanto a este tópico afirma: "El mismo tratadista Puig Peña, cita al maestro Planiol, quien dice que el derecho de familia tiene un fundamento natural de que carece el resto de las relaciones jurídicas que se pueden constituir entre los hombres; de ese fundamento natural de la familia -dice el mencionado tratadista-, se van a deducir las consecuencias o características siguientes: a) El derecho de familia tiene un sentido predominantemente ético; de este carácter se deriva: que la organización de la familia sólo adquirirá una verdadera solidez, cuando esté basada en una moral rigurosa; que, por lo mismo, este derecho no puede desplegar toda la eficacia de su condición, de lo que surge que las normas que lo rigen son, ante todo, normas de moral, sin sanción o ésta es imperfecta; y, que por esa ligación constante con la moral las relaciones familiares tienen un profundo sabor religioso y es por ello que por muchos siglos, la familia ha estado gobernada por la Iglesia, aunque dicha hegemonía la haya aminorada la revolución, no se ha podido cambiar ese carácter religioso de la vida familiar; b) el mismo basamento natural de la familia, hace que las relaciones personales de la misma sean superiores en rango a las patrimoniales de ella derivadas, siendo aquéllas por lo regular inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles y hasta las relaciones patrimoniales dentro de la familia sufren una cierta derogación de los principios generales de los derechos patrimoniales; c) Por último, ese fundamento natural, produce como lógica consecuencia, la supeditación de

²⁹ Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil, Tomo I.** Pág 97.

los intereses individuales al plano superior de lo social³⁰. De esta consecuencia, se deriva que, las normas que regulan la familia, son por lo general de orden público, es decir, que son de aplicación imperativa, haciendo abstracción de la voluntad de los individuos, son inderogables por la sola voluntad de nadie, por ejemplo, nadie puede casar cuando quiera, abandonar un hijo, etc.

Las relaciones jurídico familiares tienen un carácter esencialmente personal, es decir, se crean o existen en virtud de ciertos vínculos familiares que unen entre sí a ciertas personas.

2.4 Definición del derecho de familia

Derecho de familia, es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros.

Parte del derecho civil que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de parentesco y consanguinidad.

Puig Peña expone: "En el derecho familiar, igual que en cualquier rama jurídica es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y objetivo. Será derecho de familia subjetivo, aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanadas de la especial configuración que la familia tiene en el derecho. Derecho de familia objetivo; será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares.

³⁰ Alburez Escobar, **Ob. Cit.**, Pág. 77.

En el sentido objetivo es corriente, entre los autores, dividirlo en derecho de familia puro o personal y derecho patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El primero, regula los vínculos personales de la organización, y se puede decir que es el propio derecho de familia, y en el que se dan los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifiesto. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar, y aunque recibe también la sustancia propia del grupo, parece se acerca más a las otras ramas del derecho civil. Por esto, tanto la antigua doctrina como algunos Códigos, desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando sólo en el lugar propio del derecho de familia el puro o personal. En los modernos tiempos este sistema se ha censurado con justicia por los tratadistas, pues se dice que rompe la unidad de la doctrina disgregando las instituciones que deben estar unidas. Siguiendo esta última orientación estudiaremos conjuntamente el derecho de familia, tanto el puro como el aplicado a los bienes"³¹.

Se considera que el derecho de familia regula los derechos, deberes y obligaciones que se derivan de las necesidades que requieren la manutención de la institución fundamental de la familia como cédula creadora de la sociedad.

³¹ Puig Peña, **Ob. Cit.**, Pág. 26.

2.5 División del derecho de familia

Respecto a la división del derecho de familia, Gautama Fonseca escribe: "El derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo.

- Objetivo, se entiende por el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. El derecho de familia objetivo se divide en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial. El primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar, el segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia;
- Derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges;
- Derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia"³².

³² Fonseca Gautama. **Curso de derecho de familia**. Pág. 14.

- En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros.

En el derecho familiar, igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y objetivo. Será derecho de familia subjetivo, aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanadas de la especial configuración que la familia tiene en el derecho. Derecho de familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares.

En el sentido objetivo es corriente, entre los autores dividirlo en derecho de familia puro o personal y derecho patrimonial aplicado a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización, y se puede decir que ese propio derecho de familia y en el que se dan como notas de relieve, los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifiesto. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar y aunque recibe también la sustancia propia del grupo, parece se acerca más a las otras ramas del derecho civil.

“Tanto la antigua doctrina como algunos Códigos y entre ellos el español, desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando sólo en el lugar propio del derecho de familia el puro o personal”³³.

³³ Puig Peña, **Ob. Cit.**, Pág. 25.

2.6 Fuentes del derecho de familia

En el derecho guatemalteco se reconocen cuatro fuentes del derecho de familia: el matrimonio; la unión de hecho; la filiación; y la adopción.

Las normas del derecho de familia tienen rasgos comunes con el derecho público y el derecho privado, por los intereses que tratan de tutelar.

Las leyes relativas a la familia se consideran de carácter obligatorio o de orden público, dado que los interesados están impedidos de hacer prevalecer la autonomía de su voluntad, como ocurre en el derecho de obligaciones, en el derecho de familia existe cierta libertad en relación a ciertas posiciones o actitudes.

No es conveniente separarlo del derecho civil, pues se rompería la unidad científica tradicional de su estudio.

El estado en su afán de proteger los valores relativos a la convivencia social y en este caso la institución de la familia, ha creado ciertos tipos penales (delitos) en protección al orden jurídico familiar.

2.7 Autonomía del derecho de familia

De la familia se generan muchas instituciones civiles esenciales, circunstancia que llevó a crear el derecho de familia. Actualmente, se vislumbra como nueva rama de la ciencia jurídica y que por su importancia se ha reconocido como ciencia autónoma o

con naturaleza y perfiles propios, por tratadistas y legisladores, tanto en su parte sustantiva como procesal, y cuya evolución y transformación ha sido y será constante sobre todo si se considera que estamos viviendo en una etapa histórica en la que es posible conocer con más exactitud que las relaciones sociales se han modificado. Hay sistemas que se sustituirán por otros nuevos y normas transformadas cuyo contenido se ha perfeccionado. Naturalmente que estos procesos que alteran la sociedad profundamente, alcanzan la familia.

2.8 Naturaleza jurídica del derecho de familia

Se ha discutido acerca de que si el derecho de familia pertenece a la rama del derecho privado o del derecho público. Algunos tratadistas como Puig Peña y Castán Tobeñas afirman que es una rama del derecho privado, porque la voluntad del grupo familiar prevalece frente a cualquier otro interés; de ahí que los derechos de la familia, en sí, son el conjunto de normas que conforman el derecho de la familia y se encuentran regulados en la mayoría de cuerpos ligados a los derechos patrimoniales de tipo privado, las sucesiones, así como las obligaciones y contratos. Este es el caso del Código Civil guatemalteco. Por otro lado, el tratadista Cicu indica que la familia debiera ser considerada como otra división del derecho, rompiendo de esa manera, con la clasificación bipartita en donde existen derecho público y derecho privado, para entrar en la clasificación tripartita donde existieran derecho público, derecho privado y derecho de familia.

2.9 Adquisición del estado de familia

El estado de familia es la posición que una persona ocupa dentro de una familia determinada, el mismo; en el derecho guatemalteco, ni se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, por el no uso de los derechos o porque se usen o ejerzan.

El hecho de que a una persona la traten como hijo no hará que adquiera el estado de familia de hijo. El hecho de que dos personas se traten como un matrimonio tampoco va a hacer que adquieran el estado de casados ni los derechos ni obligaciones que esto implica; es decir que si una persona está casada y su cónyuge se muere, lo hereda. En cambio el conviviente mientras no se declare legalmente su estado, no tiene ningún derecho de casado porque no adquirió el estado de casado o de hecho.

Para Flandrin: "El estado de familia se adquiere o se pierde sólo por hechos, actos o sentencias. Es decir, uno puede emplazarse en el estado de familia o desplazarse del estado, conforme la ley, por hechos, actos o sentencias y no por inactividad"³⁴.

En el derecho guatemalteco el estado de familia sólo puede adquirirse o modificarse por hechos, actos o sentencias que el legislador diga que son presupuestos para ello.

El estado de familia es permanente pero puede mutarse, modificarse por las disposiciones de la ley como por ejemplo:

- La muerte desplaza a una persona del estado de casado y lo emplaza en el estado de viuda.

³⁴ Flandrin, Jean L. **Orígenes de la familia moderna**. Pág. 27.

- El nacimiento emplaza en el estado de hijo, en el estado de madre y, en algunos casos en el estado de padre; sin embargo. El nacimiento de una persona no emplaza de por sí en el estado de padre, ya que hay algunas otras cuestiones: si el hombre está casado con la mujer, los hijos que ella tiene se supone que son del marido, y si vive de hecho con ella los hijos que ella tiene son del conviviente al tiempo de la concepción y no del conviviente al tiempo del nacimiento.

Otros actos que emplacen o desplacen el estado de familia son los siguientes:

- El matrimonio desplaza del estado de soltero al de casado.
- El reconocimiento voluntario de un hijo es un acto y emplaza en el estado de hijo.

Y las sentencias que emplazan o desplazan el estado de familia:

- La sentencia de divorcio desplaza del estado de casado al de divorciado.
- La adopción plena o simple emplaza en el estado de hijo, crea ese estado.

La sentencia de filiación emplaza en el estado de hijo pero no crea dicho estado, sino que sólo lo reconoce.

“La posesión de estado de familia (esto es: actuar como si uno tuviera un estado de familia determinado, sin tenerlo en realidad, por ejemplo, actuar como hijo de alguien sin serlo) es una prueba que en el estado de familia hace presumir la existencia de

vínculo biológico. Si se prueba en juicio y no se tiene otra prueba, el juez puede llegar a fallar, como en cualquier juicio, con relación a las presunciones graves, precisas y concordantes que son parte procesal de un juicio”³⁵.

Si bien se va a estudiar otras características del estado de familia; se debe tener siempre presente que una persona tiene un estado de familia, siempre el mismo. No puede tener uno distinto con unas personas y otro estado con otras, sino que uno tiene siempre frente a todos el mismo estado de familia; esta situación se vincula con el litisconsorcio pasivo necesario en un procedimiento por ejemplo: si se tiene que impugnar un reconocimiento de hijo porque no coincide ese acto con el reconocimiento biológico, se va demandar al reconociente como supuesto padre de ese hijo, pero también se tiene que demandar al hijo porque el hijo está involucrado en esta situación y el reconociente no puede dejar de ser padre de ese hijo sin que ese hijo deje de ser hijo de ese padre.

El estado de familia es oponible frente a todos (erga omnes), en consecuencia. La persona puede oponer su estado de familia a terceros para ejercer los derechos y obligaciones de tal estado por ejemplo: si alguien retiene al hijo menor de edad de una persona, basta plantear que es él el padre (o la madre) para que lo restituyan.

A su vez. Si el hijo menor de edad de esa persona daña a un tercero, el tercero puede demandarla para que ella se haga responsable de los daños que se le ocasionaron; es

³⁵ González, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**. Pág. 124

decir; el tercero opone en contra de la persona su estado de familia para que ésta se haga responsable, en virtud de la patria potestad, de los daños causados por su hijo.

Para ejercer los derechos que derivan del estado de familia frente a terceros o para que los terceros se opongan a las obligaciones derivadas del estado de familia, la persona tiene que probar dicho estado de familia; es decir: cuál es el elemento por el cual exhibido frente a terceros, esa persona puede ejercer los derechos o hacer cumplir obligaciones en contrario.

El estado de familia se prueba con lo que se denomina en la doctrina título de estado formal. Que es el instrumento o el conjunto de instrumentos por los cuales la persona acredita su estado de familia por ejemplo: si una persona dice que es viuda y que quiere pedir una pensión, deberá probarlo con el instrumento o el conjunto de instrumentos que acrediten su estado de familia como partida de matrimonio y partida de defunción de su cónyuge.

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoció un hijo, la de los adoptantes, etc.) se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familia.

Que éstas, en su contenido escapen a la regulación de los interesados, no obsta a que la fuente de la relación obedece a un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato crear, modificar, conservar o extinguir derechos familiares.

En la doctrina ha predominado este criterio, que permite aludir al acto jurídico familiar como especie dentro del género acto jurídico; de este modo. Dicho acto es aplicable como fuente de relaciones de derecho de familia, aunque el contenido de esas relaciones esté predeterminado por el Código Civil. Así, por ejemplo: al establecerse que la maternidad se determina por el parto de la mujer, debidamente acreditado, sin que sea menester el reconocimiento del hijo.

Respecto al tema de la prueba del estado de familia existen tres posiciones distintas.

Para Borda, “la única manera de probar el estado de familia es con las partidas del Registro Civil porque hay una norma que establece que todos los actos y hechos que crean, modifican o extinguen el derecho de familia tienen que ser inscritos en el Registro Civil. Entonces, para Borda, el único título de estado formal o el único instrumento para acreditar el estado de familia es la partida del Registro Civil, es decir, el certificado de las copias que expide el Registro Civil”³⁶.

³⁶ Rojina Villegas, **Ob. Cit.**, Pág. 142.

Para Belluscio: "Son títulos de estado formal los instrumentos privados debidamente reconocidos o instrumentos públicos (entre ellos, por supuesto, se encuentran las partidas del Registro Civil)"³⁷.

Los elementos del instrumento privado son: fecha y firma, pudiendo ser instrumentos privados: el certificado de nacimiento firmado por el obstetra, debidamente reconocido por el director del hospital acredita los estados de madre o de hijo, según la posición que se adopte; el reconocimiento de un hijo puede ser un instrumento privado si está reconocida la firma o con firma certificada.

Zannoni adopta una posición intermedia y considera que: "son títulos de estado formal las partidas del Registro Civil y, además, en todos los casos donde sólo puede crearse el estado de familia por sentencia (cuando sólo interviene la actividad jurisdiccional), la sentencia también acredita el estado de familia, siendo éstas de divorcio y de adopción, por lo que sólo serían títulos las partidas del Registro Civil, salvo que se dicte una sentencia que cree el estado de familia; es decir, que el estado de familia no pueda ser creado o determinado si no es por la actividad jurisdiccional, que no pueda crearse por ninguna otra manera más que por una sentencia"³⁸.

Una cosa es que la sentencia cree el estado de familia y otra cosa es que pueda probarse el estado de familia con la sentencia o que tenga que inscribirla en el Registro Civil.

³⁷ *Ibid.*, Pág. 143.

³⁸ *Ibid.*, Pág. 144.

2.10 Clasificación de los actos jurídicos familiares

Los actos jurídicos familiares sean clasificados en actos emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia; así: el matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan en el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado respectivamente.

La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción. Esta distinción está estrechamente vinculada a la distinción entre acciones de estado de emplazamiento y desplazamiento, pues si existen innumerables supuestos en que la constitución o la extinción de relaciones familiares se obtienen mediante acciones judiciales, no bastando la sola voluntad de los interesados.

También pueden distinguirse los actos jurídicos familiares en unilaterales o bilaterales; unilateral, es el reconocimiento del hijo pues se perfecciona por el solo reconocimiento del padre; en cambio es bilateral en el matrimonio, porque requiere el consentimiento de ambos contrayentes.

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuyó un status. a todo individuo le corresponde también un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, aún por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso de soltero.

El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia.

El estado de familia es un atributo de la persona existencia visible, que resulta entonces inescindible de la persona misma, y por tanto inalienable e irrenunciable.

Este es inherente a la persona; de manera que no puede ser escindido de ella, no puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular, no puede ser transmitido mortis causa, y no pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia.

Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores; por ejemplo, reclamar la revocación de la renuncia a la herencia.

2.10.1 Título de estado

Se alude al título de estado como instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona; en este caso se utiliza el término título de estado en un sentido formal para identificar como título que el documento que hacen oponible erga omnes en la familia y desde luego lo prueban, por lo que el estado resulta de los instrumentos inscritos en el registro del estado civil y

capacidad de las personas, en el cual se registra en los nacimientos, matrimonial y defunciones.

Pero también puede aludirse al título de estado en sentido material o sustancial; aunque en ese caso el término título se utiliza para hacer referencia a la causa (causa o título) de un determinado emplazamiento, por ello es que la filiación reconoce como título los presupuestos biológicos que permiten atribuirle en relación al padre y a la madre.

Si no media un reconocimiento voluntario del hijo, éste podrá accionar para obtener el emplazamiento probando el presupuesto biológico; en donde este hijo aún no reconocido, pero que afirma judicialmente serlo de determinada persona, hace valer la causa o título de un emplazamiento.

2.10.2 Título de estado y prueba del estado

“El estado de familia se prueba con el título formalmente hábil. Por ejemplo, el estado de hijo se prueba y se opone erga omnes mediante la partida de nacimiento, los testimonios o certificados expedidos por el registro civil. Si lo que pretende probarse es el estado de hijo matrimonial se requerirá además, la partida, testimonio o certificado del matrimonio de los padres. Existiendo título de estado formalmente idóneo, y éste hace oponible el estado de familia y lo prueba. Pero, puede probarse el emplazamiento por otros medios cuando no es posible obtener el título. Así por ejemplo, si resulta imposible obtener el testimonio o certificado de nacimiento, el hijo podría mediante

pruebas suplir la carencia del título y acreditar que es el hijo de quienes él afirma son sus padres”³⁹.

Cuando el emplazamiento en el estado de familia se obtiene mediante una acción judicial, la sentencia judicial que declara la filiación que no fue reconocida constituye también el título de estado en sentido formal. La inscripción de dicha sentencia en el registro civil atañe a la publicidad del título.

“Si es una posesión de estado, el emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal, puesto que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado. Pero bien puede suceder que una persona ejerza, en los hechos, tales derechos y deberes sin título. Tal el caso de alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres. Del mismo modo, un hombre y una mujer que dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio. En estos casos se dice que hay posesión de estado, aún cuando no existe un estado de familia. Tal posesión de estado tiene importancia jurídica, porque permiten la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado”⁴⁰.

³⁹ Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 82.

⁴⁰ *Ibid.*, Pág. 84.

En otros casos la posesión de estado constituye un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas, siendo un caso el concubinato de la madre con el presunto padre, durante la época de la concepción hace presumir su paternidad salvo prueba en contrario.

De acuerdo a Bonnecase: “Antiguamente, la posesión de estado requería la presencia de tres elementos: nombre, trato, y fama; que el sujeto, el presunto hijo, fuese conocido con el nombre del presunto padre, que además fuera tratado como hijo por éste, y que fuese tenido por hijo, en virtud de ese trato, por los miembros de la comunidad. El concepto se reduce a el trato que se dispensa como si la persona estuviera emplazada en el estado de familia respectivo; tal el supuesto del hombre que trata al niño como un padre trata a su hijo”⁴¹.

La posesión de estado crea entonces, un estado aparente de familia así: el estado filial que podrá convertirse en el estado de familia de hijo a través del emplazamiento si media reconocimiento o sentencia que declara la paternidad, en donde también hay un estado matrimonial aparente en caso de unión de hecho no declarada, ya que los convivientes conviven de un modo similar a los esposos.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde, tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado; así. El hijo no reconocido sostiene en juicio que existe el vínculo biológico

⁴¹ *Ibid.*, Pág. 85.

con el propósito de que mediante la sentencia se lo emplace en ese estado, siendo éste el caso de la acción estado constitutivo del estado de familia.

El actor puede también pretender la modificación de su estado de familia; el casado, que a través de la demanda de separación personal, pretende modificar ese emplazamiento.

La acción, también puede estar destinada a extinguir el emplazamiento en un estado de familia, que puede ser por medio de una acción de impugnación de la filiación.

Las acciones de ejercicio de estado tienden a hacer valer los derechos y a obtener el cumplimiento de los deberes que derivan del estado de familia y que pesan sobre otros sujetos; emplazado en el estado de hijo, éste ejercita la acción de alimentos en virtud del derecho que deriva de ese título.

La necesaria intervención de los jueces para la realización de actos vinculados al patrimonio de los menores, o el desemplazamiento del estado de casado y el emplazamiento en el de divorciado que requieren el pronunciamiento de una sentencia judicial en juicios referidos a cuestiones de familia, siendo las particularidades de esta rama del derecho las que determinan la necesidad de establecer tribunales de familia.

La característica que debe ofrecer un tribunal de familia es la inmediación, es decir: el conocimiento directo por parte del juez de los sujetos enfrentados, y no el conocimiento

indirecto que significa un mero procedimiento escrito desarrollado ante juzgados de competencia múltiple; debiendo estos tribunales contar con equipos estables de auxiliares, tales como psicólogos o terapeutas familiares y asistentes sociales.

En Guatemala la competencia en materia de cuestiones de familia está deferida a un juzgado especializado de instancia única en el cual se sustancia el proceso y las cuestiones incidentales, los cuales emiten sentencias constitutivas o declarativas.

Son sentencias constitutivas aquellas cuyo ejercicio es el presupuesto para la constitución, modificación o extinción de un estado de familia determinado; en donde la sentencia de divorcio o la de adopción son constitutivas del estado de divorcio o adoptado, respectivamente. En cambio, son acciones declarativas aquéllas en la que se declara la existencia o inexistencia de los presupuestos que son el fundamento del vínculo jurídico familiar.

“Las sentencias típicamente constitutivas crean o modifican el estado de familia para el futuro, sin efecto retroactivo; en cambio, las declarativas, señalan la existencia o inexistencia de los presupuestos esenciales del estado de familia de qué se trata, y en consecuencia retrotraen sus efectos al momento en que, según la ley, se juzgan existentes o inexistentes dichos presupuestos; por ejemplo, triunfante en la impugnación de la paternidad, el hijo deja de ser tal ante el derecho no sólo para el futuro, sino desde el momento de la concepción”⁴².

⁴² Bonnecase, Julián. **Elementos de derecho civil**. Pág. 234.

Es razonable distinguir entre el efecto de la cosa juzgada y la oponibilidad erga omnes del título de estado; pues el tema de la relatividad de la cosa juzgada, significa que quienes están legitimados para promover el juicio podrán hacerlo aunque antes se haya dictado sentencia en juicio promovido por otro legitimado; pero independientemente de ello, el título de estado que la sentencia constituye o modifica es oponible erga omnes o sea que se mantiene indivisible ese estado de familia que se constituye o modifica por la sentencia, sin perjuicio de que, en el futuro, pudiera ser alterado por otra sentencia.

2.11 Parentesco

El parentesco es una cadena de filiaciones, es una cadena con eslabones, de vínculos jurídicos y efectos jurídicos, tales como: la imposibilidad de celebrar matrimonio entre determinados parientes, de ser testigos en determinados casos civiles o penales, de ser escribano con relación a las escrituras de algún pariente, y muchos más.

“También hay cuestiones genéticas que hacen a la prohibición: uno puede tener genes recesivos o dominantes, donde el gen recesivo es aquél que está en la cadena de ADN heredado (genotipo) pero que no se manifiesta externamente (fenotipo); entonces dos hermanos pueden tener genes recesivos, pero al combinarse esos genes pueden convertirse en dominantes. Puede ocurrir que se trate de genes recesivos de enfermedades que no se manifiestan y, al combinar la cadena genética, los hijos de esa prole tengan esas enfermedades”⁴³.

⁴³ Baqueiro Rojas, Edgardo y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**. Pág. 56.

Entonces, el parentesco es un vínculo jurídico y produce efectos jurídicos; por ejemplo: permite demandar por alimentos, o en el caso de las sucesiones permite la posibilidad de heredar, de transmitir el patrimonio del muerto al vivo.

El parentesco es un vínculo jurídico que une a una persona con las personas de las cuales desciende y con las personas que descienden de ella y con las que, como ella, todas en igualdad, tienen ascendientes en común.

Los parientes colaterales son aquellos que tienen algún ascendiente en común con la misma persona.

Al computar el parentesco, es decir, la designación con que se conoce a cada pariente por la manera de llegar a él; se trata de decir la manera de computar a un pariente sin decir el caso o el asiento que está ocupando.

El parentesco se clasifica o se computa según sea:

- a) Consanguíneo: filiaciones derivadas de lo biológico
- b) Afin: parientes consanguíneos del cónyuge
- c) Adoptivo: derivado de una filiación adoptiva.

Por lo tanto al parentesco se clasifica en consanguíneo o parentesco por consanguinidad, parentesco afín o parentesco por afinidad, y en parentesco adoptivo o parentesco por adopción.

“Si yo digo que me voy a referir al parentesco por consanguinidad, se entiende que me voy a referir a vínculos de filiación derivados de lo biológico; si digo que es un parentesco adoptivo, se entiende que hay un vínculo derivado de una sentencia de adopción, y si digo parentesco por afinidad, se sabe que me refiero a una persona que tiene parentesco con los parientes consanguíneos de su cónyuge, lo que solemos denominar familia política”⁴⁴.

El parentesco se computa por líneas y por grados:

a) Líneas: sucesión de filiaciones, y puede ser línea recta (ascendente o descendente) o colateral.

Las líneas rectas son aquellas que unen a una persona con aquellos de quienes ascienden o con aquellos que descienden de ella, siendo ascendentes cuando se busca a los ancestros y descendentes cuando se busca a la descendencia.

Si se indica que se trata de un parentesco por consanguinidad en la línea recta descendente, se tendrá que buscar entre hijo, nieto y así llegar hasta el cuarto grado.

⁴⁴ González, Ob. Cit. Pág. 135.

Las líneas colaterales unen a aquellos que tienen ascendientes en común; significando que si se trata de parentesco por consanguinidad en la línea colateral, se van a encontrar a hermanos, primos, tíos, sobrinos, tío-abuelo, etc.

Cuando la línea es colateral, hay algún ascendiente en común y se tiene que “doblar” es decir; se tendrá que ir hasta el ascendiente en común y luego “doblar” para encontrarlo, precisamente porque no se está hablando de línea recta.

Entonces, como las líneas colaterales se unen personas que tienen ascendientes en común, los ascendientes se denominan troncos porque es precisamente desde donde salen las líneas colaterales.

La primera línea colateral une a aquellos que tienen en común al primer ascendiente: hermano o medio hermano, o sea que cuando se está diciendo parentesco por consanguinidad en la primera línea colateral, se está avisando que ese pariente tiene en común al primer ascendiente (padre o madre); entonces, están agrupados ahí todos aquellos que tienen el mismo ascendiente que es el primero de la cadena de filiaciones.

Cuando se habla de la segunda línea colateral, se está diciendo camine hasta el segundo ascendiente y doble, pero si se habla de la tercera línea colateral, se hace referencia a algún pariente colateral que tiene en común al bisabuelo.

Entonces, cuando se habla de parentesco por consanguinidad, el interlocutor sabe que se está hablando de filiaciones biológicas; si se dice línea recta busca ascendientes o

descendientes; si se dice línea recta ascendente va a buscar al padre, al abuelo al bisabuelo, etc.; si se dice primera línea colateral, buscará al hermano, al sobrino, sobrino-nieto, etc.; si se dice tercera línea colateral se estará haciendo referencia al tío abuelo, pues es el único colateral que tiene en común como ascendiente al bisabuelo, siendo tan colaterales como el hermano, sólo que producirán efectos jurídicos distintos.

b) Grados: el grado es la filiación; es decir: se indica cuántas filiaciones hay hasta llegar a un pariente determinado, en donde familia jurídica llega hasta donde llegan los efectos jurídicos del parentesco y los efectos jurídicos se extinguen en el cuarto grado. Hasta el cuarto grado por lo menos, llega la herencia.

2.11.1 Clasificación del parentesco

1. Parentesco por consanguinidad o consanguíneo: es el que vincula a aquellos que tienen vínculos biológicos.
2. Parentesco por afinidad o afin: se trata de los parientes consanguíneos del cónyuge. Entonces.
3. Parentesco por adopción o adoptivo: Es el parentesco que surge de la adopción y tiene los mismos efectos legales de un parentesco consanguíneo, pero únicamente entre adoptante y adoptado puesto que con los hijos biológicos del adoptante no tendrá ninguna relación parental puesto que el adoptado mantendrá toda su familia biológica, y sólo rige el vínculo con el/los adoptante/s.

Es de hacer constar que el derecho de familia incluye varias instituciones del derecho civil además de las descritas en este capítulo, tales como la ausencia, el matrimonio, la unión de hecho, el divorcio, los alimentos y otras; sin embargo, para fines de la presente tesis esos temas resultan secundarios por lo que no se abordarán.

CAPÍTULO III

3. La patria potestad

Siguiendo la revisión histórica a través de los siglos, de esta institución jurídica, logramos establecer que es uno de los conceptos más antiguos en el derecho de familia. Esta encierra todo un devenir histórico en las relaciones familiares, sobre todo de los padres e hijos, por el que han pasado de una visión de pertenencia, propiedad, autoridad y responsabilidad.

El origen de este término deviene de los vocablos latinos pater y potestas, que significa padre y poder o lo que sería igual al traducirlo como el poder del padre, absoluto e indefinido sobre los descendientes.

Para Guillermo Cabanellas refiriéndose a la patria potestad afirma que: “es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a sus hijos no emancipados”⁴⁵.

La relación paterno filial, caracterizada por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad para los progenitores, el que legalmente es denominado patria potestad. Esta no deriva de la institución del matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmada por la ley; independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

⁴⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 297.

Toda vez que la unión y la procreación constituyen los hechos biológicos básicos que presuponen las relaciones jurídicas familiares. Ya que esta determina la filiación, y a su vez con ella se importa el establecimiento de un complejo de relaciones entre progenitores e hijos, que en el ámbito de derecho de familia, satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación de estos.

De modo entonces que a través de esta institución social se consolidan los imperativos fundamentales y cumple una función como centro de perpetuación de la especie, de naturaleza ética, que la ley no podría desconocer.

La historia de este término nos demuestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad como poder, es decir refiriéndose a un derecho, y el de un deber, o sea el poder exclusivo del padre o como autoridad conjunta del padre y de la madre.

Una clara síntesis de la evolución de esta figura jurídica, consiste en el conjunto de derechos y deberes que obligan a los progenitores en cuanto a las personas y bienes de los hijos menores de edad, cuya correcta, sana, justa y eficaz aplicación es, garantizada por el Estado de Guatemala a través de los tribunales de familia, los que por medio de sus sentencias están en la obligación de hacer que se cumpla con el objetivo.

Esta noción preliminar, refleja la situación actual de la institución, que dista del derecho romano, originalmente con el nombre de manus, de donde procede en espíritu y casi

totalmente en la letra; al término referido. Sin embargo del concepto original se conserva únicamente el nombre, ya que esta se estableció a favor de quien la ejercía, y no del menor u otro pariente que pidiese estar sometida a la misma.

En este ordenamiento, la condición de padre de familia implicaba una auténtica facultad o autoridad, es decir un compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos la Propiedad absoluta del padre.

El pater familia de Roma ejercía su poder no sólo sobre la mujer propia y los hijos, sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos, incluso podía disponer de la libertad y hasta de la vida del potestado. Es oportuno resaltar que durante aquella época, las facultades se concretaban más específicamente en la prole.

Aquí los parientes no era un grupo de personas sujetas al poder doméstico, sino que estaba fundamentada en la necesidad de orden y defensa, es decir, en fines ultradoméstico; más que una agrupación natural, era un organismo jurídico-político, porque aunque desapareciera la potestad del mismo, se daba lugar a otro miembro de la familia, que fuese varón.

Esta soberanía fue reconocida expresamente en las XII tablas con carácter absoluto sobre vida y muerte de los hijos y sujetos al pater familia, aunque para privarles de la vida o de la libertad se estima que el jefe de familia debía convocar al consejo de la misma, integrado por los miembros de la gens, especialmente los hermanos que a su

vez fueran también padres de familia. Absoluta en su contenido, también lo era en el tiempo, ya que duraba mientras el papá viviera, aunque podía salirse de su dominio para entrar en la de otro ciudadano, ya fuese por matrimonio, adopción o arrogación.

Los hijos, aun ganándolos por sí mismo, no eran dueños de bienes algunos, ni podían otorgar testamento mientras estuviera vivo su progenitor, tampoco realizar negocios de enajenación o gravamen, pero si tenían capacidad para realizar transacciones que sirvieran como un instrumento de adquisición para el pater y para obligarse como deudor.

Toda esa severidad primitiva, fue atenuándose en la evolución del derecho romano con la desaparición del *jus viateet necis*, con la creación de los peculios, con la emancipación, la manumisión y con otras instituciones liberadoras en mayor o menor grado de los sujetos a la patria potestad. Invertiendo violentamente las ideas, algunos autores modernos llegan a la conclusión, sin duda exagerada, de que al referirnos a este tema no integra sino una serie de deberes para los padres.

Los pueblos antiguos tienen como denominador común, en cuanto a esta institución un fuerte poder del progenitor, que se manifiesta en una función de su papel cuasi divino. De allí surge la obediencia y la veneración que le son atribuidas.

También existe un fundamento religioso del mismo, ya que se describe el carácter sacerdotal, ya que el pontífice no era únicamente el hombre fuerte que protegía y que

al mismo tiempo poseía la facultad de hacerse obedecer, sino que también era el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, la raíz de los descendientes, el depositario de los misteriosos ritos del culto y de la fórmula secreta de la plegaria.

En el lenguaje religioso, la palabra pater se aplicaba a todos los dioses, en lo jurídico, se designaba a todo hombre que no dependiera de otro y que tuviera autoridad. No cabe duda que de esta base religiosa de la figura antes mencionada, se deriva su extensión temporal de ejercicio y poder, toda vez que duraba tanto como la vida del padre o pater familia.

Es preciso y necesario, reconocer que la autoridad paterna no se ha ejercido siempre, en todos los pueblos antiguos con carácter despótico. Esto se ve en la religión monoteísta de los judíos, en donde cada hombre ama a sus hijos por encima de todo y reconocen en la paternidad un sagrado depósito de Dios, que implica la obligación de los mismos de proteger e incluso querer a los mismos por encima de todo.

Diego Espín Cánovas abordando el tema establece que: "La única patria potestad que ha existido ha sido la romana, agrega; aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas. En sustancia, esto que llamamos hoy patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad"⁴⁶.

⁴⁶ Espín Cánovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág. 120.

Con criterio más certero, la iglesia caracteriza a esta institución jurídica como autoridad y protección confiada a la ley, del padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda la familia. Fundada en la naturaleza que ha establecido el amor de los progenitores y el reconocimiento de los descendientes que en su base, recibe su forma del derecho civil. Este ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado los derechos y le ha prescrito obligaciones.

El poder anteriormente citado, es emanado de la naturaleza y confirmado por la ley, que otorga al padre y a la madre, por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas y la administración y goce de los bienes de sus hijos. En familia, el padre, como legislador, dicta reglas de conducta, como juez corrige y castiga con moderación a sus hijos, como tutor vela por el trabajo y conservación de sus bienes.

La patria potestad, entonces, ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes. Es más que todo, una función eminentemente tuitiva o tutelar, concedida por la ley a los padres para el debido cuidado y orientación de los menores y para la correcta *administración de los bienes de éstos. Esta facultad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí misma, específicamente los que se encuentran en estado de interdicción.*

3.1 Origen histórico

En sus orígenes el derecho romano consideraba a la autoridad paterna como una verdadera "potestas", poder del Pater Familiae que no solo alcanzaba a los hijos, sino que se extendía a todas las personas libres que formaban el núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que hubiesen o no contraído matrimonio; comprendía a todos los descendientes, a las mujeres entradas a la familia mediante el matrimonio cum manu y a los adoptados y arrogados.

Originariamente, esta autoridad reconocida al Pater abarcaba las relaciones personales y patrimoniales, al punto de disponer del ius vitae et necis, verdadero poder de disponer de la vida y la muerte, previo juzgarlos, de los miembros de su familia: Podía enajenarlos (ius vendendi), abandonarlos o exponerlos (ius exponendi) y entregarlos en noxa a la víctima de delito por ellos cometido (ius noxae dandi). La atenuación progresiva de las mores maiorum en la sociedad romana influyó en las relaciones y funciones del padre de familia, y este poder absoluto fue disolviéndose tanto en lo personal (solo poder de corrección) y patrimonial (limitaciones al derecho de transmitir los bienes por testamento).

En cuanto al Derecho Germánico encontramos similares características a la de Roma, presenta el Munt del derecho germánico primitivo. El padre, al acoger al hijo de su mujer, lo incorporaba a la comunidad doméstica, y, consiguientemente, el hijo quedaba sometido a la potestad protectora de la Sippe. El Munt solo cesaba al ser acogido el

hijo en las asambleas comunales o, respecto de las hijas, al emanciparse por matrimonio.

El movimiento codificador de inicios del Siglo XIX, representado emblemáticamente por el Codé Napoleónico, trató a la patria potestad como una institución que reconocía vertientes distintas, si bien la influencia del derecho romano prevalecía sobre el modelo legislativo organizado. Cabe destacar los esfuerzos del iluminismo por propalar una nueva estructura familiar, comúnmente conocida como moderna y nuclear: En sentido estricto, está compuesta únicamente, 1° por el padre de familia; 2° por la madre de familia, quien, según la idea recibida casi en toda partes, pasa a la familia del marido; 3° los hijos, que, si se puede hablar así, al estar formados de la sustancia del padre y de la madre, pertenecen necesariamente a la familia. Pero cuando se toma la familia en sentido más amplio, se incluyen en ella todos los parientes; pues aun cuando después de la muerte del padre de familia, cada hijo establezca una familia particular, a todos los que descienden de un mismo tronco y que derivan por tanto de una misma sangre, se los considera como miembros de una misma familia.

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

respecto los padres deberán dirigir sus atenciones directas y personales, evitando todo sustituto de aquellos, al mismo tiempo que se operaba esta reducción de los miembros de la familia, se agregaban dos ideas, la de parentesco y la de coresidencia, que hasta mediados del siglo XVIII habían permanecido disociadas. En lugar de pasar revista a los diferentes sentidos de la palabra "familia", el caballero de Jaucourt, en la Enciclopedia⁴⁷, se esforzó por reunirlos. Para él, la familia es una sociedad doméstica que constituye el primero de los estados accesorios y naturales del hombre. En efecto, una familia "es una sociedad civil establecida por una naturaleza: esta sociedad es la más natural y la más antigua de todas, sirve de fundamento a la sociedad nacional; pues un pueblo o una nación sólo es un compuesto de varias familias. Las familias comienzan por el matrimonio, unión a la que la propia naturaleza invita a los hombres, y de la cual nacen los hijos, que, al perpetuar las familias, mantienen la sociedad humana y reparan las pérdidas que la muerte le produce todos los días"⁴⁸.

Sobre la evolución de este Instituto la historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto. Y ello se debe a una razón elemental: a medida que el Estado va cobrando poder, la familia que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes eran exclusivas. La administración de justicia ya no es interior ni se ejerce en nombre de la domus; las funciones económicas, esencialmente el comercio, se transfieren a otras organizaciones; el culto, finalmente, se hace también exterior a la familia. Entonces encontramos que del núcleo totémico constituido por quienes se consideran

⁴⁷ Diderot, Dennis. **La Enciclopedia**. Pág. 194.

⁴⁸ **Ibid.**, Pág. 205.

consanguíneos por descendencia común de un antepasado de naturaleza mística (comunidad del tótem), pasando por las comunidades de nombre, la familia punalúa y la sindiásmica a los albores de la monogamia, la familia patriarcal romana, centro basado en la propiedad latifundista, en el trabajo de los esclavos y en la unidad política y religiosa con sus leyes y su justicia interior -, la familia paternal germánica y la familia moderna tradicional, el grupo se ha ido despojando paulatinamente de funciones otrora indelegables. La familia moderna no es ya aquel pequeño Estado, centralizado y gobernado por el pater. Si, al transferir las funciones religiosas, legislativas y judiciales redujo su ámbito, que el poder político del Estado tomó para sí, cambió con todo la naturaleza de la cohesión familiar. "La familia que se basaba antaño en una relación de dominio se convirtió cada vez más en un grupo moral, de una institución que tenía por objeto la producción y los negocios pasó cada vez más a ser una institución que tiene en cuenta la vida moral, y, cada vez más limitada en sus fines económicos, puede perseguir mejor fines nobles e ideales y convertirse, en fin, en un receptáculo más rico de los sentimientos afectivos que provoca"⁴⁹.

3.2 Definición

Dentro del estudio que se ha desarrollado acerca de la patria potestad, se ha encontrado un sinnúmero de definiciones con respecto a ella, las cuales han tenido una evolución histórica como la ha tenido la institución misma, por lo que vamos a tratar de anotar las que más se asemejan a la realidad guatemalteca, para poder llegar a una definición propia.

⁴⁹ Bossert y Zanoni, *Ob. Cit.*, Pág. 314.

“El concepto de patria potestad, del latín patrios, relativo al padre y potestas, dominio, autoridad, ha evolucionado a través de los tiempos. En Roma se origina, y es en el primitivo derecho romano donde alcanza su expresión más significativa como una de las manifestaciones del poder paterno, del poder del padre de familia, quien podía vender, mutilar, y aun matar al hijo, en acendrado rigorismo que pronto fue desapareciendo”⁵⁰.

“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad. Esa noción preliminar de patria potestad como autoridad conjunta, refleja la situación actual de la institución, dista considerablemente del derecho romano, de donde procede en espíritu y casi totalmente en letra”⁵¹.

“La patria potestad, ya no es el poder supremo paterno sobre los hijos y sus bienes. Es, más que todo, una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos”⁵².

“La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida

⁵⁰ Espín Cánovas, **Ob. Cit.**, Pág. 354.

⁵¹ Ossorio, **Ob. Cit.**, Pág. 996.

⁵² Puig Peña, **Ob. Cit.**, Pág. 181.

protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad”⁵³.

“Patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de los hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole”⁵⁴.

Para tener una definición propia de lo que es la patria potestad, se debe de tomar en cuenta elementos modernos tanto de la familia como de la patria potestad. Primero, y como lo mencionamos en el origen histórico, cabe recordar que la familia moderna ya no es una escala jerárquica como en el derecho romano, en el que el padre era quien tenía el poder dentro de la familia, sino que por el contrario, existe una familia como organización que incluye a todos los integrantes de esta, padre, madre e hijos, y en algunos casos los descendientes y ascendientes de estos, por lo que el cuidado de los hijos recae sobre ambos padres, y en algunos casos, por cuestiones sociales, laborales, etc., también recae muchas veces sobre los abuelos del menor de edad.

Además es necesario tomar en cuenta también que en la actualidad existe un gran porcentaje de madres solteras, por lo que hablar de patria potestad en el estricto sentido de la palabra, ya no es posible, pues es la madre quien ejerce doble función al ser la proveedora del hogar, a la vez de ser administradora del mismo. También se debe tomar en cuenta que en la actualidad y sobre todo el código civil guatemalteco

⁵³ Ossorio, **Ob. Cit.**, Pág. 823.

⁵⁴ Vásquez Ortiz, Carlos Humberto. **Derecho Civil I**. Pág. 231.

estipula lo relativo a la interdicción de las personas que no pueden valerse por sí solas, por lo que el resguardo de las personas y los bienes recae también sobre los familiares de la persona declarada en interdicción, aún siendo esta mayor de edad.

Partiendo de lo anterior, se puede decir entonces que patria potestad es la función que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad o mayores en estado de interdicción, por medio de la cual se encargan del cuidado y protección tanto de la persona, como de la administración de los bienes de éste.

3.3 Características

Tanto en las definiciones anteriores como en la realidad y en la ley guatemalteca encontramos características inalterables de la patria potestad, dentro de las cuales se tienen:

- La relación de filiación, pues la patria potestad se ejerce, en primera instancia, por los padres de los menores de edad.
- La tutelaridad de la ley, pues la patria potestad es una institución establecida desde el derecho romano dentro de toda codificación del derecho que se ha hecho hasta entonces.
- La administración de bienes, ya que dentro de las funciones del padre se encuentra la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

- Que el hijo sea menor de edad, en el caso de Guatemala, hablamos que la patria potestad se da exclusivamente por los padres de los hijos menores de edad, salvo excepción prevista por la ley.
- Los hijos en estado de interdicción, esta es la única excepción que establece la ley con respecto a la patria potestad, pues los hijos mayores de edad declarados en estado de interdicción, continúan bajo la patria potestad de los padres.
- La representación de los hijos recae en los padres, la ley establece que los padres son quienes tienen la representación de los hijos para cualquier acto de la vida legal, teniendo por consiguiente la obligación de responder por los actos del menor, siendo responsables de cualquier conducta de los hijos.

3.4 Fuentes de la patria potestad

Se entiende por fuentes aquellos modos naturales, o creados por la ley, que la legislación romana reconoció como susceptibles de crear este vínculo, por lo que doctrinariamente se tienen las siguientes:

3.4.1 Los hijos nacidos en justas nupcias

Están sometidos a este poder los hijos legítimos, o sea los nacidos de justas nupcias, y también el resto de los descendientes nacidos de sus hijos varones. Para determinar si un hijo ha sido concebido dentro de las justas nupcias, establecieron una presunción sin admitir prueba en contrario (*iuris et de iure*) que determinó que el plazo mínimo de

un embarazo era de 180 días y el máximo de trescientos. Según los romanos, la maternidad era indiscutible, pero el padre era simplemente el que estaba casado con la madre. Por lo tanto, el matrimonio debería haberse configurado en los períodos en cuestión, para que el hijo pueda adjudicárselo al padre, de lo contrario, éste podría impugnar su paternidad. Otro supuesto sería probar no haber tenido relaciones sexuales con su esposa en esos períodos (por ejemplo, en casos de ausencia o enfermedad).

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

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

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

3.4.2 Los legitimados

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

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

Si en este caso los padres contraían matrimonio, el hijo quedaba equiparado totalmente al hijo legítimo.

La oblación a la curia significaba ofrecer un hijo natural para desempeñarse como decurión o casar a la hija natural con un decurión. Los decuriones tenían la función, entre otras, de recaudar impuestos. Esta tarea tenía pocos candidatos dispuestos a ejercerla, ya que debían responder personalmente en caso de que no pagaran los

contribuyentes. Esta forma de legitimación creaba un vínculo civil, agnaticio entre el padre y el hijo, pero este último no era pariente civil de los demás parientes del padre.

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

3.4.3 Los adoptados

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

Para ser adoptante, se requería ser capaz, debiendo para ello ser un hombre *sui iuris* y ciudadano romano. No podían adoptar los tutores y curadores a sus pupilos mientras

estos fueran menores de 25 años. Las mujeres no podían adoptar, pero sí ser adoptadas. Tampoco podían hacerlo los menores de 18 años, ni los castrados.

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

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

La adopción creaba un vínculo similar, entre padre e hijo, al derivado de la naturaleza, por lo tanto, se exigió que el adoptante fuera mayor que el adoptado por lo menos, en

18 años. En el derecho Antiguo no se exigió el consentimiento del adoptado, lo que sí fue condición (al menos que no se opusiera) durante el derecho clásico.

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

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

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

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

3.5 La patria potestad dentro del derecho civil guatemalteco

La Constitución Política de la República establece lo referente a la protección a la familia, así como de la protección de los menores de edad, y aunque tiene un apartado específico referente a esto, no desarrolla completamente el tema, sino que únicamente sienta las bases y define las garantías básicas de la familia en nuestro país. Como nuestro estudio no está encaminado a la familia, sino a la institución específica de la patria potestad, nuestro campo de estudio se encuentra contenido en lo que es el Código Civil.

El capítulo VII, del título II, dentro del Libro Primero, Decreto Ley 106, Código Civil, el cual tiene su base, como la gran parte del derecho guatemalteco, en el derecho romano, reconoce a la Institución de la patria potestad en una forma parecida a como la veían los romanos, pero con algunas variaciones nacidas de los cambios que obviamente han existido desde la época del derecho romano hasta la fecha.

Como primer punto, en el Código se establece como que la patria potestad se ejerce por ambos padres de familia cuando estos se encuentren casados o bien hayan declarado su unión de hecho, por lo que sin necesidad de declaración ante juez, se

entiende que la obligación de cuidar, proteger y administrar tanto a la persona como a los bienes de los hijos menores o interdictos recae sobre ambos padres, quienes deberán hacer prevalecer los derechos del menor por encima de los propios, así como son éstos quienes tienen la representación legal del menor, en virtud de lo cual son los padres los responsables por los actos y conducta de los menores que se encuentren bajo su representación. Cuando sea el caso de una madre soltera o madre separada, el hijo quedará en poder de esta y por tanto será ella quien ejerza en primera instancia la patria potestad. Si los padres entraran en conflicto con respecto a quien debe ejercer la patria potestad, será un juez quien determinará este extremo. La patria potestad del hijo adoptivo recaerá exclusivamente sobre la persona que lo haya adoptado.

También que los hijos también tienen cierta obligación, pues, al encontrarse bajo la protección de sus padres, debe respeto hacia estos y por lo consiguiente deberá obedecerlos en todo lo concerniente a su educación, cuidado y demás reglas que establezcan los padres para poder tener un mayor control sobre la conducta del menor. El hijo deberá vivir con sus padres, o con cualquiera de estos que lo tenga a su cargo, y no podrá abandonar el hogar sin autorización de los padres, si en algún caso el menor abandonara la casa en la que debe estar (sea del padre o de la madre), podrá el padre o la madre que ejerza la patria potestad solicitar ayuda de la autoridad pública a efecto de hacer volver al menor al poder y obediencia de sus padres.

Es necesario recordar que los menores de edad tienen capacidad relativa, la cual le faculta para contratar su trabajo y cobrar remuneración por el mismo a partir de los

catorce años, dinero que utilizará para su propio sostenimiento. Existen algunos actos, como el matrimonio de menor de edad, en donde la autorización de los padres puede no ser necesaria, pero en dichos casos, será un juez quien de la autorización.

Con respecto a los bienes se puede decir que son los padres los encargados de la administración, por lo que ellos deberán cuidar los bienes como si fuesen propios, no pudiéndolos enajenar ni gravar de ninguna manera, salvo por autorización judicial cuando esto fuera necesario para el cuidado y manutención del menor y será el juez el que impondrá las medidas que considere necesarias para que el dinero que provenga de esa enajenación sea utilizado exclusivamente para cumplir con el fin autorizado.

Tampoco podrán los padres celebrar contrato de arrendamiento por un plazo mayor de tres años, ni recibir renta anticipada por más de un año, salvo autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por valor menor al que se cotice en la plaza el día de la venta, ni prestar garantía en nombre de los hijos a favor de tercera persona.

Salvo en caso de sucesión intestada, el que ejerce la patria potestad, no podrá adquirir directa o indirectamente, bienes o derechos del menor. Si se diera este caso, el menor podrá posteriormente solicitar que se declare la nulidad del acto realizado contra esta prohibición.

En el caso de que existiera un conflicto entre los hijos, cuando fueren varios, o entre los hijos y los padres, un juez nombrará a un tutor especial para que sea éste quien ejerza la patria potestad del menor o los menores afectados.

La autorización para cualquiera de los actos ya explicados debe darla un juez, por lo que para esto se crearon los tribunales de familia, por medio de la Ley de Tribunales de Familia, el cual en su artículo segundo establece: "Corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con... (4) patria potestad...", Decreto-Ley Número 206, Ley de Tribunales de Familia.

3.6 Paternidad y filiación

La filiación es la relación natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores. Se llama paternidad cuando esta relación se refiere a los padres como tales y filiación cuando se refiere a los hijos. En un sentido amplio, la filiación puede tener referencia a la relación de parentesco y a los derechos derivados de esa relación, la que puede ser aun más allá de la relación con los progenitores.

Surge de la procreación, un lazo natural: la generación, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos las relaciones entre procreantes y procreados. Este instituto es la filiación, de sabida trascendencia, dado que regulariza el estado civil del ser humano que integra el cuerpo político. Es el nombre jurídico que recibe la relación o sociedad natural constituida por el hecho de

ser una persona procreada por otra. La filiación es un estado, es decir, una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados.

Para el connotado tratadista Planiol, citado por Alburez Escobar, "la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo"⁵⁵, he de aquí, que la relación de filiación se denomina paternidad o maternidad según se le situé al lado del padre o de la madre; y por lo tanto el autor la define como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Por su parte Diego Espín Cánovas, citado por Alburez Escobar, como una noción más compleja la define como "la relación existente entre una persona de una parte y otras dos, de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera; maternidad y paternidad, son pues, los dos elementos en que se basa la filiación. Se debe distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. El derecho no permite, en todo caso la investigación de la relación de filiación respecto a los presuntos padres, ni aun en caso de aparecer dicha relación física de filiación, permite siempre deducir las consecuencias lógicas de la misma, o aunque deduzca algunas consecuencias, no son estas siempre las mismas. Se trata pues, de una relación no meramente física o conforme a la naturaleza, sino jurídica, basada en ciertos presupuestos sociales. Federico Puig Peña la define como aquel estado jurídico que la ley asigna a

⁵⁵ Alburez Escobar, **Ob. Cit.**, Pág. 91.

determinada persona deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”⁵⁶.

Entre los fines más importantes del matrimonio, está la procreación, o sea tener hijos. La procreación trae como consecuencia la filiación, y ésta es el vínculo que une a los hijos con los padres.

Para otros autores a la filiación la llaman paternidad, ya que afirman que ambos términos: filiación y paternidad son sinónimos, o sea, significan la misma cosa. Filiación se llama desde el punto de vista de los hijos, o sea, el vínculo jurídico que une a los hijos con respecto a sus padres y paternidad se llama desde el punto de vista de los padres, o sea, el vínculo jurídico que une a los padres con respecto a los hijos.

El tratadista Rafael Rojina Villegas da un concepto de filiación, indicando que “es la situación permanente que el derecho reconoce en virtud de la procreación, para mantener el vínculo constante entre padres e hijos”⁵⁷.

3.7 Clases de filiación según la doctrina y la ley

Se puede decir que las dos grandes clases de filiación se fundan en el vínculo de generación real o supuesta, así la relación de la naturaleza o generación o de la ficción de la ley (adopción). Sin embargo, la generación puede tener lugar dentro de un matrimonio o fuera de él, así se tiene en el primer caso la generación legítima y por el

⁵⁶ **Ibíd.**

⁵⁷ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 83

otro lado la generación ilegítima; por otro lado, en virtud de que el derecho autoriza, en determinadas condiciones, considerar como hijos legítimos a los nacidos fuera del matrimonio, surge una nueva clase de filiación, que es la legitimada, en total, cuatro clases de filiación: legítima, ilegítima, legitimada y adoptiva. Se debe agregar una quinta, como lo es la filiación cuasimatrimonial o cuasi-legítima (derivada de la unión de hecho legalmente reconocida).

3.8 Separación de la patria potestad

Ocurre lo que el Código denomina separación de la patria potestad, cuando quien la ejerce disipa los bienes de los hijos o por su mala administración, se disminuyen o deprecian.

Pueden solicitar la separación, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o el Ministerio Público (Artículo 269 del Código Civil).

Bajo el mismo acápite, dispone el Código que los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra (Artículo 270); y que, si a quien se halla bajo la patria potestad se le hiciere alguna donación o se le dejare herencia o legado, con la expresa condición de que los bienes no los administren los padres, será respetada la voluntad del donante o testador, quien deberá designar la persona o institución administradora y, si así no lo hiciere, el nombramiento lo hará el juez, en

persona de reconocida solvencia y honorabilidad, si no hubiere institución bancaria autorizada para tales encargos (Artículo 271).

La figura que el Código vigente tipifica como separación de la patria potestad, fue desconocida en el Código de 1877 y en el de 1933. Éste disponía, solamente, en el Artículo 196, que quien ejercía la patria potestad disipaba los bienes de los hijos o era responsable civil y criminalmente por actos delictuosos contra la propiedad, perdía la administración de los bienes de aquéllos. Perder la administración, nótese bien, no implicaba separación de la patria potestad, sino restricción en una de las formas de manifestarse.

Puede considerarse como poco acertada la creación de la figura que el Código denomina separación de la patria potestad, y en la cual se da tal énfasis a ciertos aspectos de simple administración de bienes, que llegan a incidir en el ejercicio total de la patria potestad, olvidando el legislador que una persona puede ser buen padre de familia, pero mal administrador de bienes, por carecer de los conocimientos o de la competencia necesaria en ese sentido. Era, a no dudarlo, más acertada la solución prevista en el Código Civil de 1933.

3.9 Suspensión de la patria potestad

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 273 del Código Civil, la patria potestad se suspende:

1. Por ausencia de quien la ejerce, declarada judicialmente. No basta, por lo tanto, que quien ejerza la patria potestad se encuentre ausente de hecho; es necesario que se tipifique la ausencia mediante declaración judicial.

2. Por interdicción, declarada en la misma forma (judicialmente). Resulta lógico que si una persona mayor de edad, en ejercicio de la patria potestad, sufre enfermedad mental que le prive de discernimiento, o abusa de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, en tal forma que se exponga ella misma o exponga a su familia a graves perjuicios económicos (véase Artículo 9º.), no se encuentra en las condiciones requeridas para desempeñar las importantes funciones de la patria potestad; lejos de ello, se transforma en tutelado, quedando su situación jurídica automáticamente distante y contrapuesta a la del padre (o madre) en el goce y ejercicio de su plena capacidad civil.

3. Por ebriedad consuetudinaria. Esta causa de suspensión de la patria potestad guarda relación con uno de los aspectos de la anterior, en cuanto que el abuso de bebidas alcohólicas es motivo suficiente para declarar la interdicción. Ha de entenderse, necesariamente, como un término medio entre la capacidad e incapacidad civiles, o como una incapacidad no declarada expresamente como tal, aunque en estricto sentido, no puede admitirse tal criterio. Hubiese sido más acertado suprimir esta causa de suspensión de la patria potestad.

4. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes. Es aplicable a esta disposición el comentario que se hizo a la anterior (teniéndose presente que el hábito del juego no es causa de interdicción *según el Código Civil*).

3.10 Pérdida de la patria potestad

Es la medida más grave contra quien la ejerce y de proyecciones incalculables en el ámbito familiar. El Código Civil, en el Artículo 274, dispone que la patria potestad se pierda:

1. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares. Las costumbres depravadas o escandalosas de los padres 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, en indudable perjuicio de los hijos. Necesariamente, esos aspectos contemplados por la ley quedan a la apreciación del juzgador, según las circunstancias de cada caso. Aunque la ley utiliza la expresión genérica de padres, sólo uno de ellos puede quedar comprendido en cualesquiera de los casos comentados, y respecto a él sería aplicable la pérdida de la patria potestad.
2. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores. Este precepto tiene por objeto, también, preservar la recta formación moral de los hijos. La dedicación a la mendicidad y los ejemplos

corruptores, pueden probarse con relativa facilidad en cuanto a un caso dado. No ocurre lo mismo con las órdenes, consejos o insinuaciones corruptores. Como en el inciso anterior, esos hechos quedan librados al buen criterio del juzgador, dadas las pruebas y las circunstancias.

3. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos. El padre que delinca en esa forma, cualquiera que sea el delito, será quien sufra la pérdida de la patria potestad. Necesariamente, debe preceder sentencia condenatoria, sin perjuicio de las medidas cautelares que en su debido tiempo pueden pedirse y dictarse en pro del ofendido.
4. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado. Por 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 a los hijos.
5. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. En este caso, prácticamente la ley substraer a los hijos de la autoridad, de quien no tiene las calidades morales necesarias para ejercer debidamente la patria potestad. Sin embargo, la referencia al término de la pena no puede considerarse apropiada, como sí lo sería la naturaleza y las circunstancias de los delitos.

6. Cuando el hijo es adoptado por otra persona. Este precepto está en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 232 del Código Civil, el cual dispone que, al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado. Es una causa que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaratoria judicial, que no sea la contenida en la resolución sobre la adopción.

3.11 Restablecimiento de la patria potestad

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 277 del Código Civil, puede el juez, en vista de las circunstancias de cada caso, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad (la suspensión o pérdida de la misma, por lo tanto, no deben entenderse como definitivas), en los siguientes casos:

1. 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;
2. Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3°. del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubiesen existido circunstancias atenuantes, (de estos incisos, 1°. Y 2°. se desprende que el legislador, como excepción, considera que cierta clase de delitos sí pueden dar lugar, según las circunstancias, a la irrecuperabilidad de la patria potestad);
3. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere

comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º., del Artículo comentado.

En todos los casos, debe probarse la buena conducta de quien se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva, conforme a lo dispuesto en la disposición legal comentada.

Nótese que el Código no hace distinción entre la procedencia del restablecimiento de la patria potestad en razón de haberse suspendido o perdido, lo cual deriva a creer que en realidad, y con excepción de lo dispuesto en la última parte del inciso 1º., y en el inciso 2º., del Artículo 277, en todos los demás se trata de suspensión de la patria potestad. En efecto, y rigurosamente hablando, si la misma se perdiera trataríase de una situación irreversible, que no admitiría restablecimiento, máxime que el Código distingue las causas de suspensión de la patria potestad, en forma expresa.

Respecto a quiénes pueden promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, el Código dispone, en el Artículo 276, que sólo podrán promoverla los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público, según quedó expuesto. En cuanto al restablecimiento, el Artículo 277 únicamente dice que se hará a petición de parte. Por analogía, ha de entenderse que esta acción corresponde también, y solamente, a las personas indicadas en el Artículo 276, y al progenitor inocente, que conforme al mismo, debe ser parte en el juicio, así como a los hijos mayores de catorce años o al tutor,

según lo previsto en el inciso 3º. del Artículo 277; y, en todo caso, al padre o a la madre cuya patria potestad se halle en suspenso o la hubiese perdido.

CAPÍTULO IV

4. Instituciones supletorias a la patria potestad

Estas son órganos destinados a complementar la capacidad de obrar de ciertas personas, en este casos son los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, y de los mayores incapacitados, las cuales tienen como elemento especial velar por la correcta administración de sus bienes y su representación en los negocios jurídicos y actuaciones judiciales en que deban de intervenir, o puede también darse el caso de que solamente se proteja en sus bienes porque existe un conflicto de intereses. Quienes deben ostentar esta función, son nombradas por la autoridad competente, las cuales están obligas a cumplir dichos cargos en beneficio de estos, la cual puede recaer en personas individuales o jurídicas.

Las restricciones a la capacidad de obrar, deben ir acompañadas de un tipo de protección, que sustituya y los asista en el ejercicio de sus derechos. Estas cumplen con el cometido de atender a la protección, que en mayor o menor medida, tienen limitada.

4.1 La tutela

El origen de la institución tutelar, es anterior al derecho romano, que la definió como: un poder otorgado por el derecho civil a una persona sui iuris para defender al que por razones de su edad no podía hacerlo por sí mismo y también a las mujeres púberes ya

que a ellas también se les atribuía ese estado. Tomando en consideración que la familia se organizaba en esa época de forma patriarcal.

En Roma se conocieron dos instituciones en referencia a este tema que fue la tutela y curatela, ambas se referían a la asistencia y protección, la única diferencia que existía es que la primera implicaba el cuidado de la persona y la segunda cuidaba de los bienes, de ello se puede establecer que los elementos de la misma son: poder, autoridad, protección y defensa.

Los pueblos primitivos sometidos a la organización patriarcal no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como: una cosa del padre y del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de ius domínale. Y claro está que no teniendo derechos propios, ni existiendo el sujeto jurídico no era concebible la tutela, y que después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes que continuaban ejercitando sobre el mismo, dicho poder.

En la civilización griega, ya se destacó la personalidad del hijo diferente a la del padre y de los parientes y apareció la institución de la tutela; pero primitivamente ésta era establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos.

Esta institución jurídica era, pues, legítima y familiar. Más tarde, desarrollándose la intervención del padre, se estableció la testamentaria, y la de autoridad pública, tutela

dativa, pierde su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en un medio de protección pupilar. Y en este momento, es cuando dicha figura adopta el carácter con que modernamente la concebimos.

Así, resulta consecuente la etimología de la palabra tutela que se deriva del verbo latino tuteur, defender, cuidar o proteger, ya con base conceptual surgida en el derecho romano, superada la etapa estrictamente formalista de ese derecho, que inicialmente hizo también imposible su concepción como ahora se desarrolla. La tutela es fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse.

Modernamente, es definida como: poder otorgado por la ley a las personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados, es decir que dichos individuos no pueden valerse por sí mismos, y por ello otro debe ejercer dicha facultad la cual tiene un interés público, ya que se ejerce bajo la salvaguarda de los tribunales de justicia. Poder tuitivo, diferente al poder absoluto que antiguamente ejercitaba el padre.

Por razón de la voluntad instituyente que ejercía el padre. Y por la facultad establecida, dicha definición resulta incompleta en cuanto puede originarse por decisión de los padres o determinación del juez, no solo por disposición de la ley.

Sin embargo, resulta propia si se juzga en relación a las facultades del tutor, independientemente de la voluntad constitutiva de la misma y más aún se considera que de la ley proviene la facultad de instituir una u otra clase. Debe entenderse que en esta figura jurídica, el nombramiento de la persona encargada de velar por el bienestar del pupilo, la hace un juez competente y él es quien decide si la designada es lo suficientemente capaz para desempeñarla.

Guardan gran similitud los términos de patria potestad y tutelar. A la primera se le considera como: poder omnímodo, supremo, enmarcada su función en un conjunto de derechos y obligaciones, que son determinantes, para diferenciar una y otra institución, las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado, y las circunstancias de que este término carece sobre la intimidad, plena confianza y totalidad que la ley otorga a la misma, caracterizándose la segunda, en términos generales por la finalidad, formalidad y rigidez de su ejercicio, así como por la fiscalización de que es objeto.

Es conveniente señalar que, la legislación civil de Guatemala aceptó inicialmente la institución de la tutela siguiendo los principios del Código Civil Francés, según consta en la exposición de motivos del Código Civil de 1877.

4.1.1 Disposiciones generales

Establece el Artículo 293 del Código Civil guatemalteco, que: "El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También lo quedará aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido

declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres, el tutor es el representante legal del menor o incapacitado”.

Se infiere, al tenor de lo dispuesto en el artículo precitado, que al tutor corresponde directamente el cuidado de la persona y de los bienes de quien se ejerce la misma, por ser el representante legal de este.

Establece el Artículo 294 del mismo cuerpo legal citado, indica: “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados”.

Con esto se determina que dichos cargos deben de cumplirlos en forma personal y directamente, aunque el mismo precepto, da la pauta a que se realicen actos por otras personas que no sean éstas.

El Artículo 304 del mismo cuerpo legal establece: “El protutor está llamado a intervenir en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio. La designación debe hacerse en la misma forma que la del tutor”.

Es decir que es la persona encargada de fiscalizar e intervenir en las actuaciones del tutor, las que deben ser acorde a lo establecido por la ley, y con ello asegurar el futuro del pupilo.

En relación a las obligaciones específicas del protutor, las encontramos en el Artículo 305 del Código precitado, el cual establece que: “El protutor está obligado:

- 1º. A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor;
- 2º. A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;
- 3º. A promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviera ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;
- 4º. A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y
- 5º. A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley”.

La tutela y la protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles, según lo estipulado en el Artículo 295 del Código Civil. Se trata en realidad de puestos de naturaleza especialísima, ajena al concepto el tutor y el protutor, pues no tienen, en el desempeño del mismo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades estatales. Puede decirse que es otorgada por la ley a esos cargos las categorías de públicos, en razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos.

Conviene señalar que el Código Civil de 1877 no admitió la antigua distinción entre la tutela primordialmente para la persona y la curatela, comprensiva del cuidado de la

persona y de los bienes del pupilo, para el resguardo del incapaz y la administración de sus bienes. Por primera vez, el Código Civil de 1933 reguló la tutela y la protutela, en términos similares a los contenidos en las disposiciones del Código Civil guatemalteco vigente.

De las disposiciones referidas, se infieren las siguientes características de la figura tutelar:

- Es una institución jurídica, ya que está ligado a un poder jurídico, y contempla un conjunto de normas y preceptos legales debidamente establecidos.
- También es obligatoria, ya que es designado por la ley o autoridad judicial y no puede rechazarse el cargo, únicamente si tiene algún impedimento o excusa señalada por la ley.
- Personal, es decir que la ejercer, quién fue nombrada para el efecto.
- Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad, menor, o por determinadas circunstancias físicas o mentales, incapaces, no puede valerse por si misma y no está bajo la patria potestad.
- El cargo de tutor es un cargo público, de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva.

- La tutela es sustitutiva de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses del tutelado.

A propósito de los grandes sistemas legislativos consagrados para normar este término jurídico, con intervención de un consejo de familia a cuyo cargo queda la suprema orientación de esta y de la tutela de autoridad en que cumple misión importante la judicial o administrativa, según cada legislación, en el sistema jurídico de Guatemala se ha inclinado por esta última solución, quizás tomando en cuenta que posibles conflictos de intereses familiares pueden interferir en el buen propósito de la institución si se adoptara la primera figura, sin olvidar la lentitud de acción que caracteriza la forma en que necesariamente en este sistema precisa, además de un órgano ejecutor y de la insoslayable intervención de la autoridad judicial o administrativa, según el criterio que se adoptara.

Por tutela Julio López Del Carril señala: “Es el derecho que la ley confiere para gobernar a la persona y bienes de un menor de edad que no esté sujeto a la patria potestad, y también para representarlo en todos los casos de la vida civil”⁵⁸.

Edgard Baqueiro Rojas determina que es: “Institución parafamiliar que tiene por objeto el cuidado de la persona de los menores de edad no sujetos a patria potestad y de los mayores incapacitados, la administración de sus bienes y su representación en sus negocios jurídicos”⁵⁹.

⁵⁸ López Del Carril, Julio J. **Patria potestad, tutela y curatela**. Pág. 168.

⁵⁹ Baqueiro Rojas, **Ob. Cit.**, Pág. 109.

Es decir que como institución jurídica se le puede confiar tanto a una persona individual como jurídica, para que preste protección y cuidado del patrimonio de los que por su incapacidad legal no lo pueden hacer por sí mismos.

Esta es una figura que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y bienes, o solamente de los bienes, tanto de los menores no sujetos a la patria potestad, como de los mayores que se encontraren temporal o definitivamente incapacitados para regir por sí mismos su persona y bienes.

Además, de considerársele como el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.

La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentran en pleno goce de sus derechos civiles. Toda vez que el cargo que sustentan es de naturaleza muy especial, ajena al concepto de que en derecho administrativo se da lo del cargo público, toda vez que el tutor y el protutor no tienen, en el desempeño de su cargo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades que se realizan en el Estado, sino que únicamente la realizan por designación de la ley, en razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos.

Según el mismo autor esta también es: “La misión conferida por la Ley a una persona capaz, para los efectos de cuidar de un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles”⁶⁰.

Indica Federico Puig Peña que: “La tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos”⁶¹.

4.1.2 Clasificación de la tutela

El Código Civil vigente, establece tres clases de tutela, testamentaria, legítima y judicial, esto es al tenor del Artículo 296. También admite la específica, lo que está tipificado en el Artículo 306, el cual establece que: “Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos” y admite; además, en el Artículo 308 del Código Civil, la que podría denominar como: tutela legal cuando dispone que: “Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento”.

Debe entenderse que las dos últimas clases de tutela referidas, son, en verdad, de naturaleza excepcional y el legislador hizo énfasis en las categorías consagradas históricamente, al clasificarlas en el Artículo 296 del Código Civil.

⁶⁰ López del Carril, **Ob. Cit.**, Pág. 165.

⁶¹ Puig Peña, **Ob. Cit.**, Pág. 518.

De la clasificación anterior debe aclararse que aunque específicamente en el Artículo 296, acepta tres, también el mismo cuerpo legal en los Artículos 306 y 307 se pueden dar estas otras dos cuando los menores de edad, tengan conflictos entre los mismos, o cuando ellos fuesen abandonados por las personas responsables de la patria potestad.

4.1.2.1 Tutela testamentaria

El Código Civil en el Artículo 297 establece que en esta institución se instituya por medio de testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad, por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.

Y el Artículo 298 del mismo cuerpo legal dispone que: “Los padres y los abuelos, en su caso, puedan nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden también nombrar los tutores y protutores que sean necesarios para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación”.

El Código Civil de 1877 y de 1933 en los Artículos 317 y 229 respectivamente, únicamente reconoció a los padres la facultad de nombrar tutores para sus hijos, en

forma individual o general. La normativa actual confiere esa facultad además a los abuelos y al adoptante, en los términos expresados.

En esta figura jurídica es determinante la voluntad de la persona instituyente, o sea la del padre o de la madre sobreviviente, lo cual quiere decir que mientras vivan los dos padres no pueden, ni aislada, ni conjuntamente, designar tutor, pues se supone que si uno falleciere, la patria potestad continua ejerciéndola el padre sobreviviente, aunque cabe notar que el legislador no previó la posibilidad de que ambos padres puedan fallecer al mismo tiempo, como puede ocurrir en un accidente o catástrofe y la voluntad en su caso del abuelo, abuela, del testador o del adoptante.

4.1.2.2 Tutela legítima

Esta clase de tutela tiene lugar cuando no existe tutela testamentaria y son llamadas a ejercerlas las personas que establece el Artículo 299 del Código Civil, que: “La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

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

A criterio del juez indudablemente, la línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio por razones, sin duda, que generalmente es la madre quien más tiene lazos afectivos y, por consiguiente, su familia en especial la abuela de sus hijos, sin perjuicio de que, por motivos justificados puede variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, por su solvencia económica, idoneidad y preparación, que constituyen una garantía para el desempeño satisfactorio del cargo.

Hubiese sido deseable que el Código Civil dispusiera, como lo hizo el de 1877, que la tutela legítima fungiría en defecto de tutor testamentario, aunque así ha de entenderse en relación al orden de las clases de tutela.

Si bien dicha institución, por proceder de la voluntad de quien ejerce la patria potestad, precede en orden de prioridad de la tutela legítima, es a esta la que se le pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado. En la testamentaria queda el instituyente en libertad de nombrar a persona ajena a la familia del menor, quizás por haberse considerado que el padre, la madre, los abuelos o el adoptante, están en la mejor condición para determinar lo más conveniente a los intereses del pupilo.

4.1.2.3 Tutela judicial

El Artículo 300 del Código Civil, dispone que esta clase de tutela procede hacerla un juez competente, cuando no exista tutor testamentario, ni legítimo. Esta figura jurídica es entonces, eminentemente supletoria radica la razón de su existencia en el propósito

del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción, que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la situación tutelar.

La tutela judicial tiene características especiales como lo son:

- El tutor judicial es nombrado por autoridad judicial competente;
- Es subsidiaria de la testamentaria y legítima, y
- Puede ejercerla la persona, que tenga capacidad económica, educación y un alto grado de cultura para el correcto desempeño de dicho cargo.

Según estipula la legislación guatemalteca, esta clase de tutela es considerada como un recurso final, cuando los ascendientes no nombren tutor o protutor de sus hijos, o cuando los menores no tienen parientes cercanos, que estén facultados para ejercerla.

El Artículo 301 del Código Civil establece expresamente: “La tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción, disponiendo que corresponde:

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

Conviene analizar ese precepto a la luz del contenido en el Artículo 254 el cual dispone que: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor de edad o incapacitado en todos los actos de la vida civil.” Debe entenderse en consecuencia, que el incapacitado continúa bajo la patria potestad mientras que sus padres o uno de ellos vivan.

Fue poco acertado por parte del legislador al incluir la referida disposición establecida en el Artículo 301 del mismo cuerpo legal, toda vez que incurrió en la misma contradicción del Código Civil de 1933, que disponía, también en el Artículo 190, que los hijos declarados en estado de interdicción permanecía bajo la patria potestad aunque hubiesen cumplido la mayoría de edad y en el Artículo 239 establecía en igual forma que el Código Civil vigente a quienes correspondía la tutela de aquellos.

4.2 La protutela

El cargo de protutor está íntimamente unido al de tutor. La ley fiscaliza con aquella el recto ejercicio de la tutela. Son obligaciones del protutor, intervenir en el inventario y avalúo de los bienes, en el otorgamiento de la garantía que debe presentar el tutor; además de defender los derechos del menor en juicio o fuera de él, siempre que esté en contraposición con el tutor; debe promover el nombramiento del mismo, cuando proceda o quede vacante; tiene la facultad de intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y por supuesto ejercer las demás atribuciones que la ley le señale, según lo establecido en el Artículo 304 del Código Civil.

El protutor tiene la obligación de vigilar los actos del tutor, cuando este puesto quede vacante, y es él el que viene a ejercer todas las funciones de aquél, cuando este no lo pueda hacer; y este no está obligado a presentar inventario sino solamente a exigir que se haga e intervenir en mismo, además tiene responsabilidad solidaria con el tutor. En si el trabajo del protutor es asegurarse del correcto ejercicio de la labor de quien ejerce la tutela.

4.2.1 Causas de remoción de tutores y protutores

Los tutores y protutores pueden ser removidos de sus cargos cuando concurren algunas de las causales tipificadas, en la normativa civil y el trámite es a través de la vía incidental, en el cual también debe intervenir la Procuraduría General de la Nación; y se llevara el proceso en un juzgado de familia según lo establecido la Ley de Tribunales de Familia en el Artículo dos.

En el Artículo 316 del Código Civil, dispone: "Serán también removidos de la tutela y protutela:

- 1º. Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño de su cargo;
- 2º. Los que incitaren al pupilo a la corrupción y al delito;
- 3º. Los que emplearen maltrato con el menor;
- 4º. Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos a pasivos; y

5º. Los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñen la tutela o protutela”.

Dichas circunstancias se dan cuando los encargados de velar por el bienestar del tutelado, no administran bien o no están capacitados para desempeñar el cargo, para el que fueron designados por autoridad judicial competente.

4.2.2 Excusas para ejercer la tutela y protutela

El Artículo 317 Código Civil establece: “pueden excusarse de la tutela y protutela:

- 1º. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- 2º. Los mayores de sesenta años;
- 3º. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- 4º. Las mujeres;
- 5º. Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;
- 6º. Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y
- 7º. Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año”.

De conformidad con dicho artículo, a quien se le designe la tutela, la ley lo faculta para rechazarla si se encontrase dentro de las circunstancias que establece el mismo, pero si no tiene ningún impedimento la tiene que ejercitar.

4.3 Administración de los bienes del pupilo

Consiste en la facultad de dirigir, conducir o gestionar los negocios o asuntos económicos del menor de edad. Pero quienes ejercen la tutela no pueden enajenar ni gravar los bienes que correspondan al tutelado, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización de juez competente. Porque lo que se intenta es protegerlos en cuanto a lo que tengan en propiedad, para que no dispongan a su antojo de los mismos.

El Artículo 319 del Código Civil establece: "El tutor y el protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez.

Ninguna tutela puede ser discernida sin estar llenados todos los requisitos que para su ejercicio exige la ley".

En cuanto a esto los facultados para ejercerla tienen el mandato legal de discernir sus cargos, y ello se hace a través de acta levantada ante autoridad competente, en la cual deben de comparecer, quienes llevaran a cabo dicha función, y en ella se deben de establecer de una vez las obligaciones que del mismo se derivan.

Es decir, para que el tutor y el protutor puedan entrar al ejercicio de sus cargos, deben cumplir con una serie de requisitos, los cuales están regulados en el ordenamiento jurídico vigente.

El Artículo 320 del Código Civil establece: “El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez, según las circunstancias.

En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedara el tutor eximido de esta obligación”.

De esto se puede inferir que antes de tomar posesión, se tiene la obligación de determinar cuánto es el haber del pupilo, todo ello debe hacerse dentro del tiempo regulado por la ley, sin distinción alguna.

El Artículo 321 del mismo cuerpo normativo estipula: “Practicado el inventario el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.”

Dicha garantía tiene que ser acorde o suficiente con respecto a los bienes del menor, y debe ser calificada por juez competente para establecer si puede responder correctamente de la misma, en caso que se dé un mal manejo de los mismos.

Artículo 322 del Código Civil preceptúa que: “Cuando con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que haga obligatoria la caución lo harán saber al juez, el propio tutor o el protutor, o el Ministerio Público, para el efecto de la constitución de la garantía”.

Que cuando se haya asignado la tutela, tiene que haber una forma de responder por los bienes del niño, cuando esta no se hubiere hecho en el momento oportuno, ya sea por no haber bienes, o porque fue relevado de realizarlo, cuando se es tutor testamentario.

El Artículo 323 del Código Civil establece: “la garantía deberá asegurar:

- 1º. El importe de los bienes muebles que reciba el tutor;
- 2º. El procedimiento de la renta de los bienes en los últimos tres años anteriores a la tutela; y
- 3º. Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa”.

Artículo 324 del Código Civil dispone: “La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según aumento o disminuya el valor de los bienes expresados y el de las cosa en que aquella este constituida”.

Según estos artículos la persona encargada de administrar los bienes del menor, tiene que dar mayor seguridad, a ello, determinando específicamente cual es el activo que

recibe, y dependiendo de ellos puede disminuirse o aumentarse, de acuerdo a las necesidades del tutelado.

Dicha garantía deberá consistir en hipoteca prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria que esta legalmente autorizada para el efecto. La obligación personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vayan a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste, según lo estatuye el Artículo 325 del Código Civil.

Artículo 326 del Código Civil tipifica que: “La garantía prenda que preste el tutor, se constituirá depositado para los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y a falta de ellas, en una persona de notorio arraigo”.

Esta deberá depositarse en un banco del sistema que este autorizado para dicho propósito, y si no existiese, se designara a una persona que reúna los requisitos exigidos por el órgano jurisdiccional competente.

Artículo 327 del Código Civil establece: “El juez fijará, a solicitud y propuesta del tutor, la pensión alimenticia, de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciará el tribunal”.

Con esto debe entenderse que es el encargado, quien debe determinar cuánto gastara en la educación, alimentación y vestuario del pupilo, siempre y cuando, exista lo suficiente, para cubrir cada una de las necesidades del mismo.

Al tenor de lo estipulado en el Artículo 328 del Código Civil se puede indicar que: “El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de la administración para el año.

Para los gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial”.

Esto debe hacerlo, todos los años, y es el juez quien determina la aprobación de los mismos, sin menoscabar la integridad del menor.

Según el Artículo 329 del cuerpo legal indicado regula: “Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos, bonos, acciones y valores, que a juicio del juez no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento autorizado por la ley para recibir depósitos”.

Si la autoridad competente determina que esto no debe de estar en manos del tutor, es porque son cosas de mucho valor, y no tiene la solvencia o capacidad necesaria para custodiarlas.

Artículo 330 del Código Civil indica que: “El tutor destinará al menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias. Si ya había iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor”.

De acuerdo o lo previsto por este artículo, es el pupilo quien debe de escoger que es lo que más le gusta hacer, y no tienen porque limitar su capacidad de decisión, siempre y cuando sea para su beneficio.

Artículo 331 del Código Civil: “El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece”.

El menor debe acatar lo que le mande el responsable de velar por su bienestar, pero no tiene derecho de corrección ni autoridad sobre la persona física del pupilo; y es aquí donde radica la diferencia principal con la patria potestad.

El Artículo 332 del Código Civil establece: “El tutor necesita autorización judicial:

1º. Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor incapacitado; para dar los primeros en arrendamiento por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año; para celebrar otra clase de contratos que

afectan el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales. Los contratos a que se refiere este inciso, no pueden ser prorrogados.

- 2°. Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
- 3°. Para repudiar herencias, lagados y donaciones;
- 4°. Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
- 5°. Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y
- 6°. Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo”.

Para poder disponer de los bienes del menor o incapacitado, el tutor tiene que obtener autorización judicial, ya que como se estableció anteriormente que estas personas no tienen capacidad de ejercitar sus derechos directamente, lo tiene que hacer el encargado, y es él el que debe establecer la evidente necesidad, o utilidad manifiesta, todo ello lo determina el juez recabando prueba para el efecto, pero también debe intervenir la Procuraduría General de la Nación; dicho trámite se puede realizar, notarial o judicialmente, a través del proceso de jurisdicción voluntaria; de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, el que está contemplado en la Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y en el Código Procesal Civil y Mercantil, respectivamente.

Cuando se realicen ventas de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse de forma extrajudicialmente, sin embargo no podrá hacer por un valor menor del que se determina, en el comercio el día de la venta, lo que debe de comprobar el responsable, cuando rinda cuentas de su administración, todo ello según lo establecido en el Artículo 333 del Código Civil.

En el Artículo 334 del Código Civil se regula que: “El tutor responde de los intereses legales del capital del pupilo, cuando por su omisión o negligencia, quedare improductivo o sin empleo”.

Con ellos la persona encargada de velar por los bienes del tutelado, tiene que administrar correctamente las utilidades que obtengan del mismo, porque de lo contrario tendrá que responder por los daños ocasionados. Dicho interés debe hacerse por medio de las tasas activas publicadas por los bancos del sistema un día anterior a la fecha de la presentación del mismo.

Artículo 335 del Código Civil determina que: “El tutor no puede sin autorización judicial, liquidar la empresa que forme parte de patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que este o sus causantes hubieren estado dedicados”.

En este caso el responsable de ello tiene obligatoriamente que obtener la autorización, al igual que en el artículo anteriormente citado, toda vez que no se puede hacer ninguna transacción sin que sea debidamente autorizada.

El Artículo 336 del Código Civil establece: “Queda prohibido al tutor los actos siguientes:

- 1º. Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;
- 2º. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
- 3º. Aceptar donaciones del expupilo, sin estar aprobados y cancelados las cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendente, cónyuge o hermano del donante.
- 4º. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
- 5º. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo”.

En caso de que el protector, lleve a cabo uno de estos impedimentos, todo lo actuado por él, es nulo según lo determina la ley.

4.4 Conclusión y rendición de cuentas de la tutela

Al concluir el cargo de tutor y protutor, están obligados a rendir cuentas de la administración de los bienes del pupilo, dicha rendición de cuentas la tienen que hacer por lo menos una vez al año o inmediatamente que finalice el cargo, esta deberá hacerse ante juez competente y también debe intervenir la Procuraduría General de la Nación, la que deberá velar porque los intereses del menor no se vean menoscabados.

Según Cabanellas de Torres rendición de cuentas es la: "Presentación, al conocimiento de quien corresponda, para su examen y verificación, de la relación minuciosa y justificada de los gastos e ingresos de una administración o gestión"⁶².

Al presentarla, se controla la actividad administrativa de los bienes del pupilo y en ella se establece si el tutor se conduce correctamente o no en el ejercicio de la figura de la tutela.

Artículo 342 del Código Civil determina que: "Como administrador de bienes ajenos el tutor, está obligado a llevar una contabilidad, comprobada y exacta de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados, aun cuando el testador le hubiera relevado de rendir cuentas. Al final de su cargo, presentará una memoria que resuma los actos llevados a cabo".

Esta es una obligación que la ley establece a la persona que tiene bajo su cuidado otros bienes que no sean del que está dirigiendo, y es una autoridad competente la que tiene que aprobar dichos libros en donde se tienen que llevar todos los datos que de la misma resultaren, y aunque se le haya relevado de ello, al final tiene que entregar debidamente ordenado todas sus actuaciones.

Artículo 344 del Código Civil regula lo siguiente sobre: "La rendición anual de cuentas se hará ante el juez con intervención del protutor y del Ministerio Público".

⁶² Cabanellas de Torres, **Ob. Cit.**, Pág. 347

Y son ellos los que determinan si está acorde a lo que está registrado en los libros que para el efecto lleva el tutor.

Según el Artículo 345 del Código Civil: “La rendición final de cuentas se hará por el tutor o sus herederos, al expupilo o a quien lo represente, dentro de sesenta días contados desde que terminó el ejercicio de la tutela”.

Lo que establece el mencionado artículo, es que el responsable de la administración de los bienes del menor, tiene la obligación de hacer del conocimiento de extutelado todo lo relacionado con el ejercicio de su cargo durante el tiempo que lo sustentó.

En el Artículo 346 del Código Civil se logra establecer lo siguiente: “El tutor que sustituya a otro está obligado a exigir la entrega de bienes y la rendición de cuentas al que lo ha precedido. Si no lo hiciera, es responsable de los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al pupilo”.

El Artículo 347 del Código Civil establece: “Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibo”.

Artículo 348 del mismo cuerpo legal regula: “Los gastos de rendición de cuentas serán a cargo del menor o incapacitado”.

Al tenor del Artículo 349 del Código Civil preceptúa: “El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan.

Esta obligación no se suspende por estar pendientes la rendición de cuentas”.

Lo que designa el Artículo 350 del Código Civil es que: “El saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal.

En el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; el segundo desde la rendición de cuentas, si hubieren sido rendidas dentro del término legal, y en caso contrario, desde que éste expire”.

Conforme lo señalan los artículos anteriores, la persona que se encuentra encargada de la administración de bienes de menores, tiene la obligación de rendir cuentas de la misma al terminar el cargo para el que fue designado, para que sea examinado, verificado y justificados minuciosamente los gastos e ingresos de tal gestión.

De no hacerlo, el tutelado tiene la facultad de exigírselo, a través de autoridad competente para el efecto el cual debe hacerse a través de un juicio oral de rendición de cuentas de la tutela, este es un proceso de conocimiento en el que se pretende crear un derecho no existente, o sea que a pesar de encontrarse regulado en la norma

sustantiva, hay que darle vida a esa norma, porque ya existe litis o rebeldía por parte de la persona que tiene que entregarla.

Para realizar tal reclamación él afectado debe hacerlo a través del mencionado juicio, el que se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, y tiene que llenar todos los requisitos solicitados para el mismo.

4.5 La curatela

Proviene del latín curador, término derivado del curare: cuidador, esta es una institución, la cual se ejerce de forma personal, en razón de su propia naturaleza y de la confianza que su designación supone, no puede ser delegado su ejercicio, a excepción de que deba de valerse de un tercero, por causa del lugar donde deba cumplirse, por requerirse conocimientos técnicos especiales, o que por otras causas análogas sea indispensable.

El Diccionario jurídico Espasa lo define como: “Es una institución cuasi familiar de guarda y protección de menores e incapacitados genuinamente romana, que se reglamento con toda suerte de detalles en el derecho del pueblo, ley que hoy solamente ofrece un carácter puramente histórico dentro de la legislación española. Su objeto de igual modo que el de la tutela, es suplir la falta de capacidad de determinadas personas, y procurar la guarda de aquellas que, por razón de incapacidad física y moral, no pueden o no deben obrar personalmente”⁶⁵.

⁶⁵ Espasa Calpe. **Diccionario jurídico**. Pág. 272.

Esta es una institución que no está contemplada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que no pertenece a un sistema dual, que separe la tutela de la curatela. En el país nombramos a la administración, con todos sus elementos que la misma conlleva, de los bienes de un menor o incapaz, así como su guarda y custodia simplemente tutela.

En legislaciones en donde el sistema es dual, dicha figura jurídica es el término con el cual se nombra a la acción tuitiva que el Estado les concede a los incapaces mayores de edad. Aunque existen legislaciones en las que la tutela es la institución del cuidado de los menores o incapaces, y la curatela es la guarda y custodia de sus bienes; es decir, con ella se administran los bienes del menor o incapacitado.

En el Artículo 301 del Código Civil se establece la tutela de las personas declaradas en estado de interdicción.

La curatela es la medida tuitiva que la ley impone a los incapaces mayores de edad. Cuando, ellos no tienen la plena capacidad para ejercer sus derechos y obligaciones, y es la ley la que debe de protegerlos o en su caso el Estado.

Según Cabanellas: "Es una institución que como la tutela, tiene por objeto suplir la capacidad de obrar de las personas"⁶⁴.

⁶⁴ Cabanellas. Ob. Cit. Pág. 104.

La clasificación que hace la legislación argentina es: Curatela Dativa, especial, en las Sucesiones Vacantes y del Penado, en Guatemala simplemente se nombra a un administrador; según lo establece el Artículo 503 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

Es importante comentar al respecto que terminológicamente la curatela también es tomada como sinónimo de guarda y custodia, aunque realmente no se manifiesta ésta.

4.6 La guardia y custodia

Esta figura no tiene categoría de institución jurídica de derecho civil. No obstante, comúnmente se utiliza en la terminología sobre todo en lo referente a materia de derecho de familia, en los procesos en donde existe pugna por la obtención de la patria potestad entre los padres, o en los procesos de divorcio en donde se está dirimiendo a quien le quedan confiados los hijos menores de edad procreados durante el matrimonio; en todo caso, la guarda y custodia obedece a una situación un tanto más temporal.

No se puede decir que existe una definición de esta figura, ya que como quedó expresado anteriormente, que este término no tiene categoría de institución de derecho civil en el país. Sin embargo, y supletoriamente para entenderla mejor, el tratadista Manuel Osorio determina que: la guarda es: "Defensa, conservación, cuidado y custodia. Y más adelante señala que es la curatela o curadería"⁶⁵.

⁶⁵ Osorio, Manuel. **Ob. Cit.**, Pág. 120.

El tratadista Julio López del Carril, utiliza dicho término en varias ocasiones en el desarrollo de la exposición de su tema “la curatela, sin que esto constituya la idea de que la curatela es sinónimo de guarda y custodia”⁶⁶.

De todo lo expuesto anteriormente, podemos inferir que la persona que se encarga de un menor de edad o un incapaz, y de administrar sus bienes, así como de su cuidado, en un plazo determinado; será la que ejercite todas y cada una de las facultades que de esta se derivan.

Cabe resaltar que las personas que tienen a su cargo estas atribuciones deberán de velar por el bienestar del menor o incapacitado en su caso, dichas actividades deben de realizarlas observando las limitantes que la ley les impone, y con ello cumplir con el mandato jurídico impuesto.

⁶⁶ López Del Carril, **Ob. Cit.**, Pág. 186.

CONCLUSIONES

1. La patria potestad es una institución histórica que se ha desarrollado conforme la civilización, pues el vínculo que existe entre los padres y los hijos y el cuidado que éstos daban a los hijos, cuando nació el comercio y por ende la posesión de bienes, los padres empezaron a administrar todos los bienes del núcleo formado, con el tiempo fue llamada por los romanos “patria potestad”, con lo cual este vínculo se volvió también jurídico y ya no únicamente familiar y se encuentra establecido en Guatemala por el Código Civil.
2. La mala forma de cuidar a los hijos, que no es lo mismo a descuido, así como la forma desordenada de administrar los bienes de éstos, ha llevado a la patria potestad a caer en conflictos como lo son la separación, suspensión y pérdida de la patria potestad, los cuales se encuentran establecidos en la ley guatemalteca y se convierten en la forma de cuidar el bienestar de los hijos menores de edad.
3. En latinoamérica, en relación a la doctrina y la forma de ver la patria potestad es parecida, no existe en algunos países el control necesario para poder proteger a los menores de edad, dando lugar a que se den vejámenes contra éstos, mientras que en otros países como Colombia se ha creado una comisión de la niñez. Comisiones como ésta ayudan a fiscalizar de mejor manera la labor de los padres y que éstos no caigan en problemas como la violencia familiar o la mala administración de los bienes de los menores.

RECOMENDACIONES

1. Reforzar la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; para que esta se desarrolle de forma correcta a efecto de cuidar los derechos de los menores, por lo cual es necesario crear un reglamento específico que contenga mecanismos para que verdaderamente funcione la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia.
2. La separación, suspensión o pérdida de la patria potestad debe de ser establecida por los jueces después de un estudio minucioso del caso, para no caer en el juego de los padres de familia que se encuentren en proceso de divorcio y quieran castigarse uno al otro quitándole la patria potestad de los hijos, esto con el objeto de evitar posteriores problemas de carácter psicológico en el menor.
3. Realizar una reforma al Código Civil, a efecto que la restitución de la patria potestad sea únicamente posible en los casos de suspensión de la patria potestad, ya que en el caso de separación hay mal uso de los bienes, y en el caso de la pérdida, el padre ha cometido delitos o ha tenido conductas que van en contra de la integridad del menor, y siendo causas mayores, no debe darse la posibilidad al infractor de volver a tener la misma conducta. Aunque debe de tomarse en cuenta la posibilidad de la rehabilitación, es inadecuada la restitución que puede ser perjudicial al menor.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBUREZ ESCOBAR, Cesar Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca**. Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1964.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**. México D.F., México: Ed. Oxford University Press, 2002.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa, **Lecciones de derecho civil**. Tomo I, Guatemala: Ed. Académica Centroamérica, 1982.
- BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. México D.F., México: Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998.
- BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. México D.F, México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1997.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea-Depalma, 1991.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1997.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español**. t.; Madrid, España: Ed. Reus, 1976.
- DIDEROT, Dennis. **La Enciclopedia**. Trad. por Jesús Torbado, Madrid, España: Ed. Guadarrama, 1969.
- ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del estado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Claridad, 1957.
- ESPASA CALPE. **Diccionario Jurídico**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, 2005.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privada, 1959.

FLANDRIN, Jean L. **Orígenes de la familia moderna**. Barcelona, España: Ed. Grijalbo, 1979.

FLORIS MARGADANT, Guillermo S. **Panorama de la historia universal del derecho**. ed.; México D.F.: Ed. Porrúa S.A., 2007.

FONSECA, Gautama. **Curso de derecho de familia**. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Imprenta López y Cía., 1985.

GONZÁLEZ, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**. 6ª. ed.; México D.F.: Ed. Trillas, 1999.

Biblia Dios Habla Hoy. **Libro del Génesis**. 2ª. ed.; México D.F.: Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, 1996.

Biblia Dios Habla Hoy. **Libro de Romanos**. 2ª. ed.; México D.F.: Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, 1996.

Biblia Dios Habla Hoy. **Libro de Efesios**. 2ª. ed.; México D.F.: Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, 1996.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. **La patria potestad, la tutela y la curatela**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Buenos Aires, 1988.

MORALES ACEÑA DE SIERRA, María Eugenia. **Derecho de familia, Análisis de la Ley de Tribunales de Familia, comentarios sobre la necesidad de introducir reformas a la misma en Guatemala**, Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1976.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 32ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2000.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. México D.F.: Porrúa, 1996.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª. ed.; Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 1979.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. S.A., México D.F., México: Ed. Porrúa, 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Vol.; México D.F.: Ed. Porrúa, 1978.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Historia del derecho**. Guatemala: Ed. Praxis, 1996.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil II parte inicial**. Guatemala: Ed. Crockmen, 2000.

Legislación:

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

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

Ley de Desarrollo Social. Congreso de la República. Decreto número 42-2001. 2001.

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto ley 206. 1964.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo, 7 de junio de 1989.