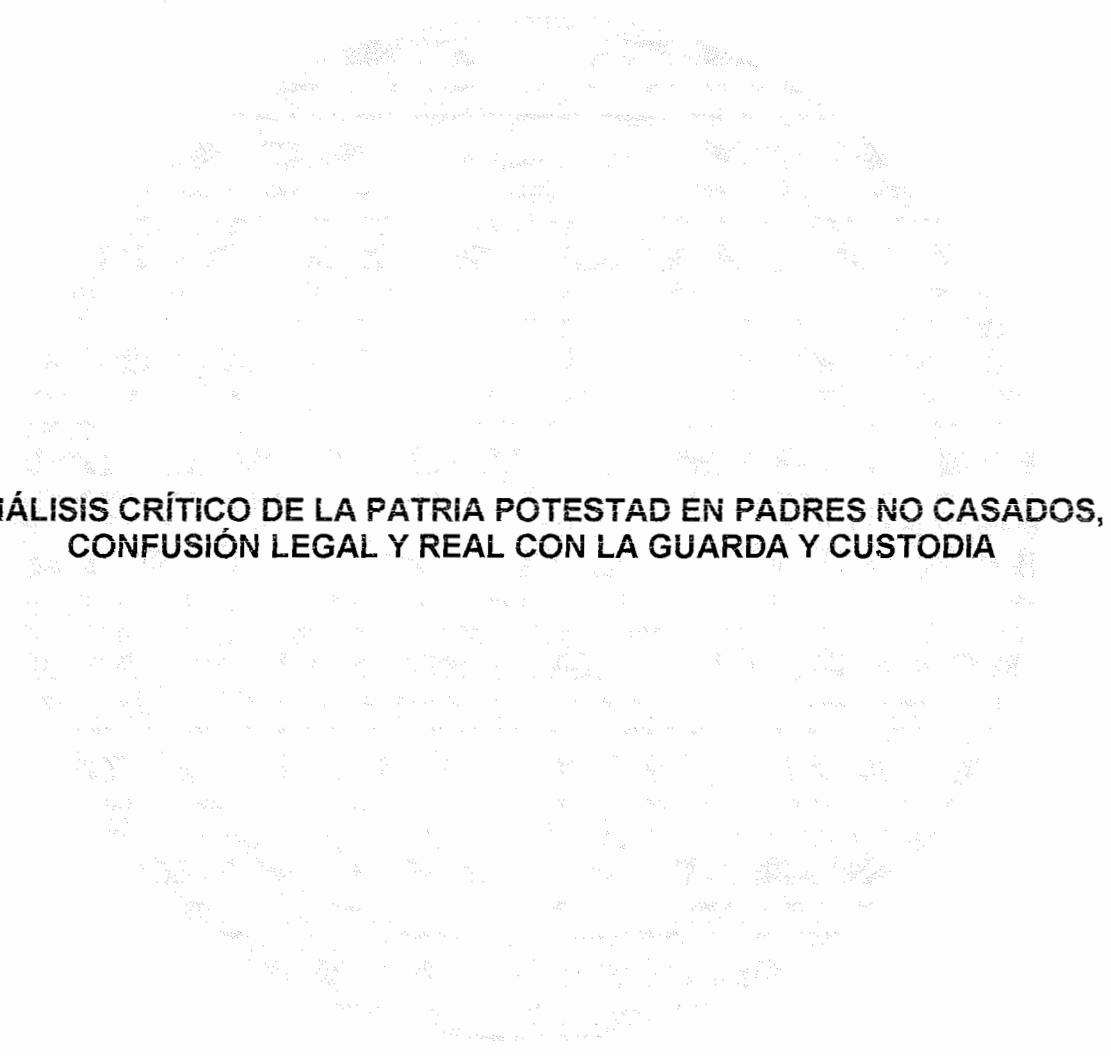


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PATRIA POTESTAD EN PADRES NO CASADOS,
CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PATRIA POTESTAD EN PADRES NO CASADOS,
CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre 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. Luís Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López Gonzáles
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

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



LIC. URIAS ELIAZAR BAUTISTA OROZCO

12 calle 9-35 zona 1, Oficina 44

Tel: 5630 - 5540

Col: 8210



Guatemala, 15 de junio de 2012.

Licenciado:

Carlos Ebertito Herrera Recinos

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.



Respetable Licenciado.

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha cinco de marzo del año dos mil doce, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis del Bachiller **ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir dictamen correspondiente, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se establece lo siguiente:

- I) El trabajo de tesis se denomina: **ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PATRIA POTESTAD EN PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA GUARDA Y CUSTODIA**
- II) Al realizar la revisión sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron, constando la presente tesis en cinco capítulos realizados en un orden lógico, siendo un aporte invaluable.
- III) En relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público se establece lo siguiente:
 - a) **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia civil enfocado desde un punto de vista jurídico, por ser un tema importante que se enfoca al efecto de la patria potestad y la guarda y custodia de los padres no casados.
 - b) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes:



LIC. URIAS ELIAZAR BAUTISTA OROZCO

12 calle 9-35 zona 1, Oficina 44

Tel: 5630 - 5540

Col: 8210



la observación como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta, el sustentante para poder obtener el mayor número de datos. La observación científica obteniendo con ella, un objetivo claro, definido y preciso de la cual registra los datos más importantes objeto de la investigación: La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica;

- c) **La redacción:** La estructura formal de la tesis está compuesta de cinco capítulos se realizó en una secuencia ideal empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico;
- d) **Conclusiones y recomendaciones:** Las conclusiones y recomendaciones constituyen un aporte al señalar que las mismas obedecen a una realidad social, administrativa y jurídica. Conclusión Las parejas de convivientes cuando no está establecido un matrimonio, ven perjudicado la guarda y custodia de los menores por no estar en una forma clara en el Código Civil Decreto 106. Conclusiones y recomendaciones que comparto con el investigador puesto que las mismas se encuentra estructuradas al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas. A demás se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, en los métodos y técnicas fueron aplicadas adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo.

IV) En conclusión, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que con respecto al trabajo realizado por el sustentante, Bachiller **ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN**, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Licenciado
URIAS ELIAZAR BAUTISTA OROZCO
Abogado y Notario

LIC. URIAS ELIAZAR BAUTISTA OROZCO

Col: 8210



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintisiete de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **FREDY ALBERTO SUTUC
GUTIÉRREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante:
ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN, CARNE NO. **199822338** Intitulado:
**“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PATRIA POTESTAD EN PADRES NO
CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA GUARDA Y CUSTODIA”.**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las 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 estime pertinentes”.

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CEHR/iyrc

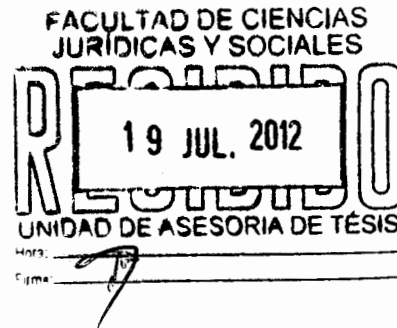


LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ
Abogado y Notario. Col 5658
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol
Teléfono. 56783727



Guatemala, 19 de julio de 2012.

Licenciado:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Distinguido Doctor Mejía Orellana.

Por este medio me dirijo a usted respetuosamente, con el objeto a informarle que estando enterado de la designación conferida a mi persona como Revisor del trabajo de del Bachiller **ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN**, en el cual se me faculta para realizar modificaciones con el objeto de mejorar el trabajo de tesis intitulado **ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PATRIA POTESTAD EN PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA GUARDA Y CUSTODIA** y posterior a haber revisado con la participación del estudiante, respetando su criterio y aporte personal del sustentante, procedo a efectuar el siguiente,

DICTAMEN

Tal como lo indique, procedí a revisar el trabajo presentado, el cual me permito concluir que efectivamente como lo refirió oportunamente el asesor, en el dictamen de fecha quince de junio de dos mil doce, el trabajo resulta de suma importancia en el ámbito jurídico, ya que propicia el cambio que se exige para la implementación de un nuevo método para otorgar la tutela y guarda y custodia para los hijos de parejas no casados, superando obstáculos de orden jurídico.

Asimismo, me permito manifestar que el trabajo revisado presenta un lenguaje técnico adecuado propio de los profesionales del derecho. Del análisis del trabajo en mención se desprende que el autor sigue una línea de pensamiento bien definido que se manifiesta mediante una construcción teórica coherente que le permite concluir atinadamente en relación al tema. De igual forma el trabajo presenta un alto contenido jurídico-doctrinario marcado por la idea de modernizar el derecho civil, en el modo que se pudo determinar la necesidad de aclarar la patria potestad, guarda y custodia de los hijos de padres no casados por existir *confusión legal y real para solucionar dicha problemática*.

La tesis consta de cinco capítulos desarrollada de una forma lógica y con una secuencia adecuada para el entendimiento del lector.



LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ

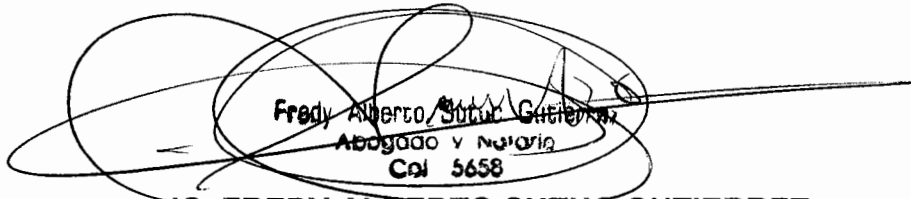
Abogado y Notario. Col 5658

5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol

Teléfono. 56783727



- d. La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cinco capítulos, desarrollando temas de la familia, el matrimonio y la unión de hecho, la patria potestad y la guarda y custodia, caso de los padres no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad y Necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.
- e. Las conclusiones y recomendaciones: Guardan relación entre sí y son aplicables a la realidad actual; ya que la patria potestad entre los padres no casados es de confusión para establecer a quien corresponde la patria potestad sobre los hijos.
- f. Atendiendo a lo indicado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que emito dictamen favorable, ya que considero el tema un importante aporte.



Fredy Alberto Sutuc Gutierrez
Abogado y Notario
Col 5658

LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ

Abogado y Notario.

Col 5658



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala




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 ASDRUBAL YEBEL LÓPEZ DE LEÓN, titulado ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PATRIA POTESTAD EN PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA GUARDA Y CUSTODIA. 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.


Lic. Avidán Ortiz Orejuna
DECANO



Rosario 





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por guiarme en la senda correcta e iluminarme en la culminación de mis estudios.
- A MIS PADRES:** Agradecimiento por los valores espirituales y morales inculcados.
- A MIS HERMANOS:** Por los años convividos junto a papá y mamá.
- A MI ESPOSA:** Por el apoyo constante e incondicional que me ha brindado a lo largo de mi carrera.
- A MIS HIJOS:** Como un ejemplo para ellos, y que comprendan tomados de las manos de Dios todo es posible.
- A MIS AMIGOS:** Por la amistad brindada y el apoyo para llegar a las metas propuestas.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por forjar hombres que con su labor engrandecen a Guatemala.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, por haber abierto sus puertas para dejar en mi toda la ciencia y el conocimiento social para ser un buen profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1. Definición de familia.....	2
1.2. Consideraciones de la familia.....	3
1.3. Antecedentes históricos de la familia.....	5
1.4. La importancia de la familia.....	7
1.5. Naturaleza.....	8
1.6. Derecho de familia.....	11
1.7. División del derecho de familia.....	12

CAPÍTULO II

2. El matrimonio y la unión de hecho.....	17
2.1. Etimología de la palabra matrimonio.....	17
2.2. Definición de matrimonio.....	18
2.3. Teorías del matrimonio.....	19
2.4. Formalidades del matrimonio.....	20
2.5. Clases de matrimonios.....	21
2.6. Fundamento legal.....	23
2.7. La unión de hecho.....	23
2.8. Antecedentes de la unión de hecho.....	24
2.9. Formalidades para la unión de hecho.....	27
2.10. Fundamento legal.....	27
2.11. Beneficios del matrimonio y la unión de hecho.....	28
2.12. Diferencia entre unión de hecho y matrimonio.....	30



CAPÍTULO III

3. La patria potestad y la guarda y custodia.....	31
3.1. La patria potestad.....	31
3.2. Definición de patria potestad.....	32
3.3. Antecedentes de la patria potestad.....	33
3.4. Separación de la patria potestad.....	36
3.5. Suspensión de la patria potestad.....	36
3.6. Pérdida de la patria potestad.....	38
3.7. Restablecimiento de la patria potestad.....	39
3.8. Fundamento legal.....	40
3.9. La guarda y custodia.....	40
3.10. Definición de guarda y custodia.....	41
3.11. Finalidad de la guarda y custodia.....	43
3.12. La tutela.....	43
3.13. Clases de tutela.....	44

CAPÍTULO IV

4. Caso de los padres no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad.....	49
4.1. Los padres no casado.....	49
4.2. Interpretación Judicial respecto a los hijos.....	54
4.3. Análisis del Artículo 262 del Código Civil y sus repercusiones en la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, cuidado, tutela especial, en el caso de discordia y decisión sobre el interés superior del menor.....	56
4.4. Aspectos generales.....	56
4.5. Problemática en caso de los padres no casados y el	



	Pág.
ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia.....	58
4.6. Análisis del Artículo 262 del Código Civil.....	60
4.7. Normas internacionales en protección de los menores.....	63

CAPÍTULO V

5. Necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.....	71
5.1. Artículos relacionados a la patria potestad.....	71
5.2. Análisis legal.....	75
5.3. Análisis real y social.....	77
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85



INTRODUCCIÓN

Justifico la presente investigación ya que la patria potestad en padres no casados, tiene una confusión legal con la guarda y custodia y por ser un tema importante para el futuro de los menores para contar los padres para establecer la patria potestad como la guarda y custodia de los menores.

El tema investigado comprende la institución del matrimonio, la patria potestad, la guarda y custodia, para los hijos menores. La hipótesis planteada fue comprobada, al establecer que el poco contexto en relación a la confusión legal y real de los padres no casados con relación a la patria potestad y la guarda y custodia..

Los objetivos de la investigación se cumplieron, ya que mediante la misma se demostró que la patria potestad es otorgada sin revisar previamente los beneficios y la seguridad de los menores.

La tesis consta de cinco capítulos: desarrollando en el primero, la familia, en el segundo, el matrimonio y la unión de hecho; en el tercero, la patria potestad y la guarda y custodia; en el cuarto: casos de los padres no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad y en el quinto, la necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.



Para el desarrollo de este trabajo se utilizaron diversos métodos, entre los cuales: El deductivo fue útil para determinar a partir de la observación del fenómeno en general, a partir de ello se sintetizaron las ideas en relación a dicho fenómeno; el analítico con el cual se estudiaron los textos que se refieren al tema y que contribuyeron al desarrollo de la misma. La técnica utilizada fue la bibliográfica y documental, que permitió la consulta y análisis de la bibliografía relacionada con el tema.

Deseando que el presente trabajo de tesis sea un valioso aporte para darle una solución a la interpretación legal y real de la patria potestad y la guarda y custodia en beneficio de las familias y en especial de los hijos menores de padres no casados.



CAPÍTULO I

1. La familia

La familia es la base fundamental de toda sociedad, desde que se nace existe la noción de la familia, es el núcleo de enseñanzas y desenvolvimiento de toda persona, y al transcurso de la vida la familia es la unión más cercana de una persona, aun existiendo diversas familias como costumbres de ellas.

Los orígenes de la familia son de distintas fuentes como se podría indicar que de la relación de culturas existentes en la tierra.

“La familia se originó según algunas opiniones en 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, que por muchos autores se considera, con la monogamia, base la familia como ahora es concebida”.¹

¹ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil. Tomo V.** Pág. 6.



1.1. Definición de familia

Para Puig Peña citado por Alfonso Brañas, la familia "es aquella situación que acertadas sobre el matrimonio, es la sala, en una unidad total, a los cónyuges y descendientes para que, presidida por un lado de la autoridad y propagación y desarrollo del precio humano en todas las esferas de la vida."²

Para el autor Guillermo Cabanellas, la familia es: "Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, la gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Los hijos o la prole. Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común, profesional, ideológica o de otra índole; y así se habla de la familia militar para referirse al ejército en general; y de modo más concreto a los que forman el escalafón profesional de la milicia. Cualquier conjunto numeroso de personas. También se aplica a los criados de una casa, vivan en ella o no".³

² Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 104.

³ **Diccionario enciclopédico de derecho usual**.Pág.166



La familia es “un producto cultural de cada sociedad, es decir, un resultado de sus prácticas sociales, religiosas, políticas, legales y hasta económicas. Como producto cultural, ha presentado a través del tiempo formas de diversa naturaleza por lo que su concepto no es unívoco (es decir uno solo en todas partes).”⁴

El diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, por Don Joaquín Escriche, establece que familia es: “Es la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de las personas que descienden de un tronco común se hallan unidas por los lazos del parentesco. Por familia entonces se entiende, el señor de ella, su mujer, sus hijos, sirvientes y demás criados que viven con el sujeto a sus mandatos. Se dice padre de familia el señor de la casa aunque no tenga hijos, y madre de familia la mujer que vive en su casa honestamente o es de buenas costumbres.”⁵

1.2. Consideraciones de la familia

Las consideraciones de la familia las desarrolla Federico Puig Peña en cuatro literales las cuales indican:

⁴ Mizrahi, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**. Pág. 11.

⁵ **Diccionario razonado y jurisprudencia**. Pág. 685.



- a) “La familia es, ante todo, una institución. Forma una institución con autonomía y cuyas directrices fundamentales, pese a que no sea hoy la familia sino una agrupación privada no pueden ser alteradas sensiblemente por el mero capricho de la voluntad privada.
- b) Dicha institución está asentada en el matrimonio, y a esta familia se hace referencia cuando en el terreno jurídico se habla de la familia, aun cuando no por ello se hayan de desconocer los lazos de sangre que se derivan de las relaciones extramatrimoniales que si bien pueden construir una familia, no son nunca la familia.
- c) La familia aúna, en lazos de autoridad subliminal por el amor y respeto, a los cónyuges y sus descendientes, que integran su competente personal. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que otra relación parental deba ser reconocida por la ley; el derecho a los demás familiares determinados derechos, como el de alimentos, de sucesión, de tutela, y otros.
- d) Por ultimo, en la familia se da satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana, en todas las esferas de la vida; como dice De Diego, en la familia.”⁶

⁶ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español, Tomo V.** Pág. 685.



1.3. Antecedentes históricos de la familia

Los historiadores y sociólogos coinciden en que el origen de la familia, tiene dos fases.

La primera fase debe buscarse en la denominada horda o promiscuidad absoluta, donde se desconocía la familia y no se tenía la seguridad de esa figura; caracterizada por la ausencia de una verdadera familia.

La segunda fase o régimen del matriarcado, marca los primeros rasgos de la familia, bajo una organización puramente matriarcado el padre desconocido y los hijos pertenecen a la madre y en el año a los hermanos y tíos maternos, estableciendo los principios de un lazo de familia.

En cuanto al régimen patriarcal, el tratadista Federico Puig Peña, dice: "régimen acercaron se presentara por la familia mística y romana. En Roma se observa un círculo familiar al principio amplísimo-Zenith-y después restringido, que se fija con justicia nueva, comprendiendo la familia que tenía proyección política y verdadera soberanía en el orden religioso."⁷

"El estudio de la historia de la familia comienza en 1861, con el Derecho Materno de Bachofen. El autor formula allí las siguientes tesis:

⁷ Ob.Cit. Pág.261.



- “1) Primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual a lo que él da, impropriamente el nombre de heterotismo;
- 2) En tales relaciones se excluye con certeza la posibilidad de establecer la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, según el derecho materno, esto se dio entre todos los pueblos antiguos;
- 3) A consecuencia de este hecho las mujeres como madres, como únicos progenitores conocidos de la joven generación gozaban, de un gran aprecio y respeto, que llegaba, según Bachofen, hasta el dominio absoluto (Ginecocracia); y
- 4) El paso a la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (es decir, del derecho inmemorial que los demás hombres tenían sobre aquella mujer), trasgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado período.”⁸

“Bachofen, encuentra las pruebas de estas tesis en numerosas citas de la literatura clásica antigua, reunidas por él con singular celo. El paso del eterismo a la monogamia y del derecho materno al paterno se produce según Bachofen -concretamente- entre los griegos, a consecuencia del

⁸ Engels, Federico, **El origen de la familia, la propiedad privada y el estado**. Pág. 10.



desarrollo de la concepciones religiosas, la introducción de nuevas divinidades, que representan ideas nuevas en el grupo de los dioses tradicionales, encarnación de las viejas ideas, poco a poco los viejos dioses van siendo relegados a segundo plano por los primeros. Así pues, Engel cita a Bachofen, el cual indica, no fue el desarrollo de las condiciones reales de existencia de los hombres, sino el reflejo religioso de esas condiciones en el cerebro de ellos, lo que determinó los cambios históricos en la situación social recíproca del hombre y de la mujer”⁹

1.4. La importancia de la familia

La importancia de la familia en el desarrollo personal y como núcleo principal del Estado, se formaliza con el matrimonio, por la necesidad que formar una familia se establece la institución del matrimonio, del cual es el vínculo por el cual un hombre y una mujer desean unirse legalmente, para procrear, y desalarse en mejoras para la familia y aumentar el patrimonio familiar del cual poseen.

Para toda sociedad la familia es un elemento esencial en el desarrollo y la sobrevivencia, desde épocas muy remotas la familia ha desempeñado una función muy importante en la sociedad. Dicha importancia se aprecia desde tres puntos de vista:

⁹ Ob. Cit. Pág. 10.



A. Social: La familia constituye la célula homogénea donde descansa la sociedad.

La relación conyugal y familiar crea entre sus componentes espíritu y sentido de responsabilidad, el propósito de observar buenas costumbres, y otros. El espíritu de unidad y solidaridad es uno de los pilares de la familia.

B. Político: La familia es un valioso elemento en la organización del Estado.

C. Económico: Se aprecia claramente la función de la familia a través del trabajo y la adquisición de bienes. En Guatemala el régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones otorgadas por los consortes antes o en el acto de la celebración del matrimonio, como esta preceptuado en el Artículo 166 del Código Civil, Decreto Ley 106 de Guatemala.

1.5. Naturaleza

El derecho de familia siempre ha estado entre las ramas fundamentales del derecho civil.



“La familia como agrupación natural, contribuiría a valorar la prevalencia de la familia sobre sus miembros, los cuales tendrían que asumir consecuencias dañosas antes que la familia. Se trata de una concepción autárquica y organicista, en la que predomina la familia sobre sus miembros y hasta se ha pretendido, sin éxito, atribuir personalidad jurídica a la familia en la línea que abrió el profesor. Antonio Cicu, defensor de la naturaleza pública del derecho de familia. El supremo interés de la familia vendría a articular en ella los intereses particulares propios de cada miembro del grupo, considerado como órgano de la unidad familiar.”¹⁰

Por consiguiente se afirma que el derecho de familia debe llenar las siguientes expectativas para ser completo:

- 1.) Que ante todo, no debe conceder demasiada importancia a la catalogación del derecho de familia dentro de la división fundamental del derecho, pues que la distinción entre público y privado sufre en estos momentos una grave crisis, que impide establecer con absoluta precisión la diferencia cardinal entre uno y otro.

- 2.) Que desde un punto de vista práctico, quizá no fuera conveniente, separar el derecho de familia de las demás ramas del derecho privado, rompiendo la actual unidad científica del derecho civil; pues las relaciones

¹⁰ Cicu, Antonio. **El derecho de familia**. Pág. 17



familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial.

Que es el principio pilar que indica la Constitución Política de la República de Guatemala en el preámbulo con respecto a la familia.

En 1955 rectifica Cicu esta postura, entendiendo que si la estructura de la relación jurídica separa netamente derecho de familia del común derecho privado, con toda la ausencia del concepto clave del derecho publico, la soberanía, le aleja de su ámbito. Ciertamente, no es extraño al derecho de familia el concepto de poder, pero, a diferencia de la soberanía, es un poder sobre individuos determinados (por ejemplo, pater familias sobre sus hijos), y de duración limitada.

La posición de Cicu no ha dejado de influir en la doctrina alemana moderna, donde los autores hacen notar, en relación al derecho de familia, que no se trata de un derecho privado típico (Eichler); que con arreglo a su contenido pertenece mas bien al derecho social (Lehmann); que no contiene derecho civil en su sentido mas estricto, sino derecho social (Bosch), etc.; pero sin obtener ulteriores consecuencias de sus afirmaciones. Queda así, el derecho de familia dentro del derecho privado, siquiera como parte autónoma y muy característica de él.



1.6. Derecho de familia

El derecho de familia es la “parte o rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes” y en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda la sociedad”.¹¹

Puig Peña sostiene que en sentido objetivo es el: “conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real”¹². Mientras que en sentido subjetivo: “Los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.”¹³

Por su parte Julien Bonnecase lo entiende como “el conjunto de reglas de derecho, de orden personal patrimonial, cuyo objeto de manera exclusiva o principal, o accesoria, o indirecta, es regular la organización, vida y disolución de la familia”.¹⁴

En sentido objetivo se entiende por derecho de familia: “Al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de

¹¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales** Pág. 233.

¹² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo V. Pág. 22.

¹³ **Ibidem**. Pág. 22.

¹⁴ Bonnecase, Julien. **Biblioteca del derecho**. Pág. 86.



facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El derecho de familia objetivo se divide, a su vez, en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial. El primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; El segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también el derecho de familia en derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges, y en derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad), o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia.”¹⁵

1.7. División del derecho de familia

Respecto a la división del derecho de familia se escribe: “El derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, se puede dividir el derecho de familia, en derecho objetivo y derecho subjetivo.

1. El derecho en sentido objetivo regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares.

¹⁵ Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 87.



2. El derecho en sentido subjetivo, el derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros.”¹⁶

Federico Puig Peña describe “En el derecho familiar, igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo. Será derecho de familia subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal, o a sus diversos miembros, como consecuencia 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.”¹⁷

En el sentido objetivo es corriente, entre los autores, dividir el derecho de familia en derecho de familia puro o persona y derecho patrimonial, o aplicado a los bienes familiares.

El primero regula los vínculos personales de la organización, y se puede decir que es propio del derecho de familia, en el cual se dan, además, como notas de relieve, los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifiesto.

El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación

¹⁶ Brañas. Alfonso. **Ob. Cit.** Pág. 108.

¹⁷ Puig Peña. **Ob. Cit. Tomo V.** Pág. 26.



familiar, y aunque participa también de la esencia propia del grupo, parece que se acerca más a las ramas del derecho civil. Sin embargo, en los tiempos modernos, este sistema se ha censurado, con justicia, por los tratadistas, pues se dice con razón, que rompe la unidad de la doctrina, disgregando las instituciones que deben estar unidas.

Aparte de lo relacionado, se debe tomar en cuenta que el derecho de familia en la legislación guatemalteca, se puede dividir en dos partes:

a) parte sustantiva y

b) parte adjetiva.

La primera está regulada en el Código Civil, por lo que deviene en derecho privado.

La segunda parte está regulada en una ley especial, como lo es la Ley de Tribunales de Familia, que contiene normas de carácter Público. Debe recordarse que el derecho procesal pertenece al derecho público.

La Ley de Tribunales de Familia, establece la jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia y controversias,



cualquiera que sea la cuantía:

- a) Alimentos.
- b) Paternidad y filiación.
- c) Unión de hecho.
- d) Patria Potestad.
- e) Tutela.
- f) Adopción.
- g) Protección de las personas.
- h) Reconocimiento de preñez y parto.
- i) Divorcio y separación.
- j) Nulidad del matrimonio.
- k) Cese de la unión de hecho.
- l) Patrimonio familiar.





CAPÍTULO II

2. El matrimonio y la unión de hecho

La institución de matrimonio como un acto legal por el cual un hombre y una mujer desean formalizar su vida en la sociedad, y se realiza legalmente por medio del matrimonio.

La otra forma de legalizar una unión entre un hombre y una mujer es a través de la unión de hecho que es un acto declarativo, no solamente la convivencia entre la pareja debe de hacerlo de una forma legal.

2.1. Etimología de la palabra matrimonio

El autor Alfonso Brañas citando a Castán describe etimológicamente la palabra matrimonio indicando: “Las acepciones de la palabra matrimonio, dice: “dos acepciones tiene la palabra matrimonio, puede significar el vínculo o estado conyugal, el acto por el cual se origina y constituye dicha relación”¹⁸

El autor Manuel Ossorio describe lo siguiente acerca de la etimología de la palabra matrimonio “Vocablo que tiene su etimología en las voces latinas

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 112.



matris y munium, que unidas, significan oficio de la madre; aunque con más propiedad se debería decir carga de la madre, porque es ella quien lleva la responsabilidad de producirse el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto; así como el oficio del padre (patrimonio) es o era el sostenimiento económico de la familia”¹⁹

Según el autor Alfonso Brañas, se puede hablar de un sentido popular y un sentido propio para la palabra familia. En el sentido popular se dice que es el: “Conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida”²⁰.

2.2. Definición de matrimonio

Como se establece en el Artículo 78 del Código Civil, “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

De una forma adecuada y en forma responsable, de manera de superarse, aumentar el patrimonio y la vida en general, como su educación para los

¹⁹ **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 452.

²⁰ Federico Puig Peña citado por Alfonso Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 104.



hijos, la salud y la recreación, con el fin de estar juntos.

2.3. Teorías del matrimonio

Entre las principales teorías del matrimonio se encuentran:

- a) El matrimonio como un contrato, para lo cual el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas.

La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter moral.

- b) El matrimonio como un acto jurídico, doctrina toma como base que existen actos jurídicos públicos y actos privados, los primeros con los cuales actúa el Estado; los segundos los que son realizados por los particulares.

En el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del Estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes.



c) El matrimonio como una institución social, considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el Estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución.

2.4. Formalidades del matrimonio

Entre las formalidades o requisitos, son los que establece el Código Civil entre los cuales señala:

1. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización que determinan por la autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o la madre adoptante.

A falta de padres, la autorización la dará el tutor por autorización judicial si no puede obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastara la autorización de uno de los progenitores; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de Primera Instancia del domicilio del menor.



En caso de desacuerdo de los padres, o de negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables.

2. Cuando el matrimonio es por poder podrá celebrarse por mandato y debe ser especial, expresar la identificación de la persona con que debe contraerse el matrimonio y contener la declaración jurada acerca de las cuestiones que menciona el Artículo 93 del Código Civil, Decreto Ley Número 106. La revocatoria del poder no surtirá efecto si fuere notificada legalmente al mandatario cuando el matrimonio ya estuviere celebrado.

3. Si el matrimonio se celebra fuera de la República. El matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por algunas de las causas que determina el Código Civil, Decreto Ley Número 106.

2.5. Clases de matrimonios

Entre los tipos de matrimonio están:



- a) Matrimonio religioso: Es el celebrado ante sacerdote, cuando corresponde a una religión como la católica y un ministro de culto no católico de lo cual tendrían que tener autorización previa por parte de las autoridades correspondientes.

- b) Matrimonio civil: Es el celebrado ante la autoridad facultada para ello, que indica que antes de celebrarse el matrimonio religioso si lo hubiere se debe celebrar el matrimonio civil.

- c) Matrimonio mixto: Surge como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que en casos determinados uno u otro surtan plenos efectos.

"El matrimonio es una institución social (...), que constituye la iniciación de una nueva familia. La institución matrimonial que casi todas las culturas reconocieron y reconocen, presentan formas muy diferentes.

Suele tenerse como prototipo el matrimonio que realiza una mujer y un hombre, lo que se conoce como monogamia. Existe entre los árabes islámicos, el matrimonio de un hombre con varias mujeres, lo que constituye la poligamia. Entre las tribus africanas se da el casamiento de varios hombres con la misma mujer, lo que se conoce como la poliandria. Cuando un hombre se casa dos veces con dos mujeres distintas sin haberse divorciado, es lo



que las leyes califican como bigamia, lo cual es punible en los códigos penales de todos los países.”²¹

Sin olvidar que el único matrimonio que es legal es el matrimonio civil, ya que en la actualidad se celebra previo el matrimonio religioso y posteriormente el civil.

2.6. Fundamento legal

El Artículo 78 del Código Civil define: “El matrimonio es la institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

Es la unión legalmente es a la que se conoce como matrimonio, y solo puede suceder con pareja de hombre y mujer y en forma legal autorizado por un funcionario público o profesional del derecho.

2.7. La unión de hecho

“La unión de hecho legalmente declarada, doctrinariamente denominada

²¹ Oscar de León Palacios. **Cambios en la sociedad ¿Muerte de la familia?** Pág. 29.



Convivencias More uxorio, del latín, implican la traducción de un elemento convivencial análogo al elemento matrimonial; convivencias maritales, que sería la traducción del latín al idioma español castellano, de la expresión latina; uniones paramatrimoniales, que sería más de lo mismo”²².

No ofrece definición el Código Civil; sin embargo, “Podría decirse que la unión de hecho es una institución social por la que un hombre y una mujer, con absoluta libertad de estado, se juntan maridablemente, sin estar casados entre sí, con el propósito de tener un hogar y una vida en común más o menos duradera, cumpliendo con fines similares a los del matrimonio, y con el plazo mínimo y condiciones para que goce de la protección legal.”²³

Otra definición aportada es la “Institución Social de carácter especial, a través de la cual se le da reconocimiento legal a una situación existente, respecto de la unión de un hombre y una mujer libres de estado que han cohabitado por más de tres años en forma pública y constante cumpliendo los mismos fines para los cuales fue instituido el matrimonio.”²⁴

2.8. Antecedentes de la unión de hecho

Al realizar el estudio de la institución, se encuentra que su origen normativo

²² Uniones de Hecho, (s.a.) <http://www.derecho>. (7 abril 2012)

²³ Padilla Beltranena, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 177.

²⁴ Sandoval de Aqueche, María Eloisa. **Unión de hecho. Material de estudio para el curso de derecho civil**. Pág. 1.



aparece en el derecho romano; fue durante la época del Emperador Augusto, cuando ya se legisló como matrimonio regular lo que se conoce con el nombre de concubinato y que no era sino el consorcio lícito de un hombre con una mujer sin que entre ellos hubiese matrimonio y dentro del cual la mujer no adquiría la categoría de legítima esposa pero poseía relativa protección legal. Justiniano, posteriormente, legisló en cuanto a la sucesión, en el sentido de que tanto las concubinas como los hijos procreados dentro de esas uniones tuvieran derecho a una parte de la herencia intestada del padre.

Retomando las ideas del derecho romano, se aprecia que la familia romana es un organismo social totalmente distinto a lo que en nuestro medio se denomina sociedad doméstica o familia natural en el sentido moderno; lo verdadero es que la familia no es más que el sostenimiento de los miembros que la componen a la misma autoridad (potestas), del paterfamilia quien es un señor, un soberano y no un padre de familia, como pudiera traducirse del latín al español el significado.

En Guatemala con la Constitución Política de la República de Centroamérica decretada el 9 de septiembre de 1921, se ordena que instituciones especiales deban amparar la maternidad y a los niños desvalidos; garantiza asimismo la investigación de la paternidad, a efecto de que los hijos nacidos fuera de matrimonio puedan obtener los medios necesarios para su educación integral.



Surge en 1933 el nuevo Código Civil de Guatemala, cuerpo de leyes que a su vez abandona la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, para hablar con voz anunciadora de progreso, tan sólo de hijos que sean o no de matrimonio, que sean o no reconocidos, si de éstos últimos se trata.

Los hijos vuelven a tener el derecho de investigar quiénes son sus progenitores, y las madres, el de pedir el reconocimiento del hijo, por el padre, desde que esté concebido.

Los hijos podrán pedir en todo tiempo que se declare su filiación. “Las obligaciones que en un principio y en su casi totalidad pesaban sobre la madre tratándose de hijos no matrimoniales, se reparten de forma más equitativa”²⁵.

Más adelante, el Artículo 74, en la redacción de la Constitución de 1945 y en cuanto a la unión de hecho, en el párrafo segundo expuso: “La ley determina los casos en que, por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”.

²⁵ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Pág. 27.



2.9. Formalidades para la unión de hecho

Siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.

2.10. Fundamento legal

El Artículo 173 del Código Civil, indica: “La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.”

La unión es la forma de legalizar una relación de convivencia y debe de declararse ante el alcalde o notario para que sean inscritos y pueda contar con los derechos como si estuvieran en matrimonio.



2.11. Beneficios del matrimonio y la unión de hecho

El Artículo 108 del Código Civil, indica: “Por el matrimonio la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio.” En la actualidad se realizan uniones de hecho o matrimonios masivos por parte de municipalidades o instituciones religiosas, siempre con el fin de legalizar la unión o convivencia de un hombre y una mujer.

El Artículo 109 del Código Civil, indica: “La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar.” Sin hacer distinción alguna la representación son para ambos padres. En tal caso de divergencia entre los cónyuges, el juez de familia decidirá a quien corresponde.

El Artículo 110 del Código Civil, indica: “El marido debe protección y asistencia a su mujer y esta obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas.

Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos últimos.”



Según el Artículo 111 del Código Civil, indica "(Obligación de la mujer en el sostenimiento del hogar). La mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios la mujer cubrirá todos los gastos con los ingresos que reciba."

Como lo establece en el Artículo 112 del Código Civil. Derechos de la mujer sobre los ingresos del marido. La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre el sueldo, salarió o ingresos del marido, por las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores.

Y en el segundo párrafo indica: Igual derecho compete al marido en los casos en que la mujer tenga la obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia.

En el Artículo 115 del Código Civil, se establece que en caso de divergencia entre los cónyuges en cuanto al ejercicio de la representación conyugal, el juez de familia, considerando la conducta de cada uno de los integrantes de la pareja, tanto fuera como dentro del hogar, designarán a cuál de los cónyuges confiere la representación, indicando el tiempo por el que se le confiere y las condiciones que debe cumplir el otro cónyuge para recuperar la posibilidad de ejercer nuevamente la misma.



En el Artículo 115 del Código Civil. En todo caso, la administración se ejercerá individualmente, sin necesidad de declaratoria judicial para tal efecto, en los siguientes casos:

1º Si se declara la interdicción judicial de alguno de los cónyuges;

2º En caso de abandono voluntario del hogar o por declaratoria de ausencia;

y

3º Por condena de prisión, por todo el tiempo que dure la misma.

2.12. Diferencias entre unión de hecho y el matrimonio

Se considera la diferencia del matrimonio y la unión de hecho, principalmente por que el matrimonio es un acto por el cual dos personas, hombre y mujer contraen matrimonio civilmente, o sea en forma legal, y la unión de hecho se establece con la voluntad del hombre y la mujer que hayan vivido juntos por algún tiempo determinado y desean formalizar su unión frente a la autoridad correspondiente, para que legalice y se declare la unión de hecho, y aun así en la unión de hecho se puede concretar el matrimonio.



CAPÍTULO III

3. La patria potestad, la guarda y custodia

3.1. La patria potestad

Patria potestad, remite a la relación paterna filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos.

En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista.

La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen.

Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación,



disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

La historia de esta institución muestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad poder (derecho), a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo del padre, a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre.

3.2. Definición de patria potestad

Guillermo Cabanellas al definir la patria potestad indica: “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 y no emancipados.”²⁶

Federico Ojeda Salazar, indica con relación a la patria potestad que: “El concepto de patria potestad responde a la necesidad de asistencia y educación de los hijos que los padres están en la obligación de atender...”²⁷

Se entiende como el conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos,

²⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 297.

²⁷ **Exposición de motivos, Código Civil**. Pág. 56.



se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.

La patria potestad consiste en la protección en todos los órdenes que los padres deben a sus hijos menores de edad o mayores declarados en interdicción y entre esas medidas tendientes a esa protección, instituidas por ley.

3.3. Antecedentes de la patria potestad

La patria potestad surge inicialmente dentro de las relaciones paternos filiales que se conocían dentro de las primeras familias.

Fue evolucionando poco a poco pero emerge plenamente, cuando es reconocida la familia como institución, debido a que la familia es el más natural y antiguo de los núcleos sociales y es la base del primer ordenamiento social que existe.

Resulta interesante seguir el proceso histórico de la patria potestad, puesto que ello permite tener una visión completa de su contenido actual, así como de las perspectivas hacia el porvenir.



La autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza, es tan vieja esta institución como la sociedad humana, pero el concepto sobre la manera adecuada de ejercerse, sobre los derechos y obligaciones que comporta, han evolucionado profundamente.

Dentro de los pueblos antiguos se advierte con claridad que existe una fuente de poder que emerge del padre, su papel es ejercido desde el punto de vista divino, por lo cual la patria potestad surge inicialmente como obediencia y veneración a la figura paterna que era vista como deidad.

En la antigüedad, la figura paterna no era concebida sólo como el hombre fuerte que protegía a su familia, sino también era considerado como la persona con la máxima autoridad y la figura a la cual se le debía todo tipo de obediencia.

El pater familias, como también era conocido, era el elemento principal como heredero del hogar, por lo que era la raíz de los descendientes.

El padre representaba al guía espiritual, por lo que era el depositario de los misteriosos secretos que se practicaban en ritos ocultos, los cuales sólo eran transmitidos de generación en generación.



Toda la religión la preside él, como los actos religiosos, las altas funciones de sacrificar a la víctima, inclusive a las personas sometidas a su patria potestad; y, de pronunciar las oraciones que atrajeran la bendición de los dioses a la familia.

El poder soberano que ejercía el padre lo da la misma palabra pater con que en diversas lenguas antiguas se designaba al cabeza de la familia.

Inicialmente la idea de paternidad no estaba asociada con esta palabra, pater, pues su traducción era poder y autoridad, la cual se aplicaba a todo hombre que no dependiera de otro y que tuviera autoridad. Que dicho nombre se haya utilizado finalmente para designar al padre de familia, es un acontecimiento de suma relevancia.

Por el fundamento religioso de la patria potestad, se deriva su extensión temporal en su ejercicio, pues duraba tanto como la vida del padre y su poder en principio era absoluto, ya que las personas eran sometidas a sus caprichos y designios, pero por el carácter sacerdotal y monárquico, al padre, también se le imponían obligaciones.

Sin embargo, el pueblo judío, en su religión monoteísta, le da una conciencia de responsabilidad a la figura del padre, lo cual transforma la figura antes



descrita. Reconocen en el padre un sagrado depositario de Dios en la tierra, que implica la obligación de los padres de proteger, e incluso amar a los hijos.

3.4. Separación de la patria potestad

Ocurre cuando quien la ejerce disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuye o deprecian. Pueden solicitar la separación los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o la Procuraduría General de la Nación.

Puede considerarse como poco acertada la creación de la figura que el Código Civil, Decreto Ley Número 106, del Jefe de gobierno de la Republica de Guatemala que 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.

3.5. Suspensión de la patria potestad

La suspensión de la patria potestad, se regula conforme a lo dispuesto en el Código Civil en el Artículo 273, pudiéndose dar cinco circunstancias para



poderse suspender la patria potestad, según con como lo establece el Artículo antes citado, las formas de suspende la patria potestad son:

“1º 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 necesaria que la ausencia sea declarada civilmente.

2º Por interdicción, declarada en la misma (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, 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.

3º Por ebriedad consuetudinaria. Es 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.

4º Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.”

Se debe considerar que las causales para perder la patria potestad deben ser comprobadas ya que la problemática existente para contar con la patria potestad hace que las personas recaigan en falsedades o calumnias.

3.6. Pérdida de la patria potestad

Es la medida mas 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 pierde:

- “1º Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares.
- 2º Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles ordenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores.
- 3º Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos.



4º Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado.

5º Por haber sido condenado dos o más veces por orden del delito común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

Y también pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.”

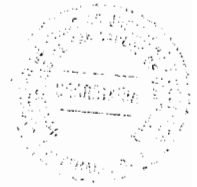
3.7. Restablecimiento de la patria potestad

Se restablece la patria potestad, en los siguientes casos, según el Artículo 277 del Código Civil:

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

2º Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º. Del Artículo 274 del Código Civil, no haya habido reincidencia y hubiesen existido circunstancias atenuantes.

3º Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º., de este artículo.”



3.8. Fundamento legal

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),

3.9. La guarda y custodia

La guarda y custodia de un menor de edad o un adulto declarado judicialmente en estado de interdicción, seguramente es la parte medular de la patria potestad, porque se refiere a la protección efectiva de la persona a cuyo favor se instituye, puesto que implica convivir con esa persona, compartiendo penas y alegrías. Esto tiene gran importancia que sella psicológicamente y físicamente a la persona favorecida, que incide inevitablemente en la formación de su personalidad cuándo se trata de menores.

Vistas así las cosas, fácilmente se nota que los otros ingredientes de la patria potestad, que son la representación legal del menor o del declarado legalmente incapaz, y la administración de sus bienes, son medidas de cumplimiento de menor alcance.



3.10. Definición de guarda y custodia

La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres, por lo cual los padres quedan como guardianes de su hijo, lo pueden obligar a que habite con ellos; además de hacerlo regresar a su domicilio de ser necesario, incluso se encuentran facultados para solicitar la intervención de la fuerza pública. Por eso se indica: "La Custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres."²⁸

El hijo menor no tiene el derecho de abandonar el domicilio familiar. La obligación de permanecer en el hogar conyugal hace que se le atribuya como su domicilio legal el de sus padres.

El mismo autor al referirse a la guarda indica que es de carácter obligatorio en las siguientes palabras "La guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse".²⁹

De dicha obligación no pueden deshacerse los padres por conveniencia de ellos, pues de ser así cometerían un ilícito, porque no pueden abandonar a un

²⁸ Rivero Hernández, Francisco, **El interés del menor**. Pág. 259.

²⁹ **Ob. Cit.**, Pág. 260.



hijo que esta sometido a su guarda y custodia. Lo cual implica darle alimentación, cuidados y educación.

Esta figura se contempla en el Código Civil español en el capítulo V, título X, libro I. Sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se han venido cumpliendo cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia.

A estas situaciones atiende el Artículo 303 del Código Civil, autorizando al Juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del pseudo-pupilo y establecer medidas de control y vigilancia del pseudo-tutor. “Los actos realizados por el guardador de hechos en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad” (Artículo 304 del Código Civil).

Siempre en busca del bien del pupilo, el Juez tiene poderes extraordinarios en el establecimiento de la tutela. Por lo demás, es él quien, teniendo noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al tutor; preside la formación del inventario de los bienes del pupilo y determina qué dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados.



Mientras la constitución no se perfecciona, asume el Ministerio Público la representación o defensa del menor o el presunto incapaz.

3.11. Finalidad de la guarda y custodia

La guarda y custodia es una medida, que en definitiva, lo que busca es la protección de los menores de edad o los mayores incapaces, a fin de que ellos puedan subsistir y en el caso de los menores de edad, educarse.

Esta medida que se da en la naturaleza, la ha recogido la ley y la ha perfeccionado, dándole el carácter de asistencia social.

3.12. La tutela

La palabra tutela se deriva del verbo latino tueor, defender, cuidar, proteger, ya con base conceptual, la tutela es anterior al derecho romano. “Los pueblos primitivo –escribe Castán-, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quien ejercían sobre ellos una especie de ius dominicale. Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban



ejercitando sobre él el mismo poder dominical... En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era esta establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. La tutela era, pues, legítima y familiar. Mas tarde, desenvolviéndose la intervención del padre (tutela testamentaria) y de la autoridad pública (tutela dativa), pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en este momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente concebimos”.³⁰

La tutela puede ser absoluta y en ocasiones compartida, para el desarrollo es necesaria que la tutela sea compartida por los padres fines de semana o días festivos, según sea el criterio del juez que considere o no la tutela compartida, siempre en mejoras del menor.

3.13. Clases de tutela

Las clases de tutela las establece el Código Civil de 1877 distinguiendo cuatro clases: natural, testamentaria, legítima y judicial, pero la tutela natural era confundida prácticamente por la patria potestad.

³⁰ Espín Canovas, **Manual de derecho civil español**. Tomo II. Pág. 226.



Actualmente el Código Civil distingue tres clases de tutela: testamentaria, legítima y judicial.

a) Tutela testamentaria

Con relación a la tutela testamentaria la dispone el Artículo 297 del Código Civil “La tutela testamentaria se instituye por 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 instituye heredero o legatario, si este 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.”

b) Tutela legítima

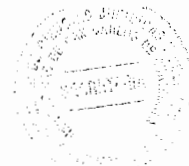
Para establecer lo relativo de la tutela legítima, la determina el Artículo 299 del Código Civil: “ La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1º Al abuelo paterno.

2º Al abuelo materno.

3º A la abuela paterna.

4º A la abuela materna.



5° A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre estos el mayor de edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la presencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvente, idoneidad y preparación, que constituyan una garantía para el desempeño satisfactorio del cargo.

c) Tutela judicial

El Artículo 300 del Código Civil establece: que “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo.” Esta clase de tutela 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 institución tutelar.

La tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción, corresponde, como lo establece el Artículo 301 del Código Civil a:



“1º Al cónyuge;

2º Al padre y a la madre

3º A los hijos mayores de edad

4º A los abuelos...”

Otras disposiciones respecto a la tutela, después de especificar quienes pueden ejercer la tutela testamentaria, la legítima y la judicial, el Código Civil, en orden que resulta lógico se ocupa de la inhabilidad y excusas para la tutela, así como de la remoción de los tutores y protutores.

De manera que la tutela es una figura, que puede ser ejercida por los abuelos, como lo es la tutela legítima, la tutela judicial es cuando el juez nombra a una institución, para hacerse cargo de un menor para velar por el y tutela testamentaria, es el testador designa quien va a ser la persona que ejercerá la tutela el pro-tutor, que fiscalizara el que hacer del tutor.





CAPÍTULO IV

4. Caso de los padres no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad

Con la interpretación de la patria potestad de los padres no casados comúnmente la patria potestad es otorgada a la madre y en su defecto al padre si la madre no pudiera hacerse cargo de los hijos menores, pero existe confusión por la verdadera y legal patria potestad de los menores, ya que en ningún Artículo del Código Civil establece a quienes debe de cederse la patria potestad de los padres no casados, ya que es una situación atípica que se encuentra con una laguna de ley en el momento de ejercerla.

4.1. Los padres no casados

Es muy frecuente dentro de la sociedad guatemalteca, la convivencia entre parejas, quienes por diversidad de circunstancias, no han decidido contraer matrimonio y lo que implica o las repercusiones que tiene para las mismas y para los hijos, una institución como la otra.

La unión de hecho, significa una unión libre entre dos personas, hombre y mujer, y que tienen los mismos fines que tienen los cónyuges en el



matrimonio, respecto a la unión de hecho, esta puede ser declarada y no declarada.

El Artículo 173 del Código Civil indica: “Cuando procede declararla. La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.”

Cuando los padres no se encuentran casados, pueden suscitarse una serie de circunstancias dentro de la pareja, de las cuales, precisa citar las siguientes:

- a) Que en una convivencia entre dos personas, hombre y mujer, puede deberse a que no tengan interés en el matrimonio, ya sea por razones religiosas, culturales, económicas, pero que cumplen los fines para los cuales se creo el matrimonio, es decir, conviven juntos, se ayudan recíprocamente, tienen hijos, los educan, los cuidan, etc, para lo cual estaríamos ante una unión de hecho no declarada.

- b) Puede que exista dentro de la paternidad y maternidad, únicamente una relación de noviazgo, la pareja no ha convivido juntos pero si lo han



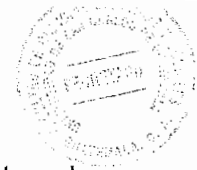
pretendido hacer y por diversidad de circunstancias, no lo han hecho, pero esa convivencia temporal que han tenido, y que tiene mucha diferencia con la señalada en el inciso anterior, hace que tengan hijos y que por lo tanto, adquieran derechos y obligaciones para con éstos.

- c) Puede ser que entre la pareja, de un hombre y una mujer, exista una unión de hecho declarada, es decir, que hayan querido formalizar y legalizar su unión a través de los procedimientos legales establecidos.

Al respecto, luego de citar argumentos doctrinarios y reales de lo que significa la unión de hecho o la convivencia, así como de la designación de padres no casados, existe un marco jurídico o legal.

La filiación de la madre para con el hijo, es una filiación natural y ésta no resta más que sea probada con el simple nacimiento y la constancia de ello, es por eso que en cuanto a la filiación y paternidad, la ley, es decir, el Código Civil lo regula con respecto a la paternidad que se deriva de la filiación matrimonial y la paternidad que se deriva de la filiación extramatrimonial. En todo caso, la protección del menor es predominante y para cada uno de estos aspectos la ley es especial y específica al regularlos adecuadamente.

El Artículo 199 del Código Civil establece: "Paternidad del marido. El marido es padre del hijos concebido durante el matrimonio, aunque éste sea



declarada insubsistente nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio:

1. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados;
2. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.

También, existen las formas de impugnación de la paternidad por parte del marido, y al respecto el Artículo 201 del Código Civil indica: “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del maridos si éste no impugna su paternidad.”

Este se puede plantear cuando hay conocimiento de un embarazo previo a la celebración del matrimonio o cuando existe n las pruebas suficientes de el embarazo, por tal razón se establecen los ciento días de la celebración del matrimonio, si en caso fuese antes el marido podría impugnar la paternidad del menor nacido.

La reputación de la paternidad solo puede darse por parte del padre, puede solicitarlo ante juez de primera instancia, para demostrar en forma científica si es o no el padre biológico de un niño nacido en el rango de los ciento ochenta días después de la separación.



“Sigue formulando la manera aludida que la impugnación no puede tener lugar:

1. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez;
2. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; y
3. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido”.

En el caso de la paternidad y filiación extramatrimonial, el problema resulta para la mujer no casada mucho mayor, y fundamentalmente para el hijo.

Sin embargo, el Artículo 209 del Código Civil indica: “Igualdad de derechos de los hijos. Los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge”.

En este caso, el reconocimiento puede ser voluntario o bien obligado a través de una sentencia o bien a través de la confesión judicial prestada ante autoridad competente judicial.



4.2. Interpretación judicial respecto a los hijos

El hijo tiene todos los derechos que le son inherentes como tal y que se encuentran establecidos en la Convención Internacional sobre los derechos del niño, que constituye ley vigente en el país y por lo tanto aplicable por parte de los jueces.

El menor tiene entre los derechos fundamentales:

- a) Derecho a ser reconocido por su padre legítimo.
- b) Derecho a la vida, a la protección a la seguridad, a la educación, recreación, etc.
- c) Derecho a la salud.
- d) Derecho a que se relacione con sus padres cuando estos no fueren casados o bien se encuentren separados o divorciados.
- e) Derecho a que sus padres lo alimenten

Al respecto, el Artículo 262 del Código Civil respecto de lo anterior anotado, indica: “ No obstante lo preceptuado en los Artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y pueda disponer también,



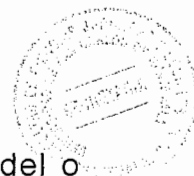
mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo”.

En el caso de los padres no casados, existe una disposición legal que resulta contradictoria a la norma señalada en el Artículo 261 del Código Civil que dice textualmente: “Madre soltera o separada. Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.

Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166.

En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley y a la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente”.

En la actualidad si se sustrajera a un menor de edad de padres separados que legalmente tenga la guarda y custodia del menor, recaería en secuestro por sus acciones y encuadraría en un delito penal.



Debe de establecerse en forma legal que contara con la patria potestad del o de los menores para no tener discrepancias y recaer en un delito, se solicita legalmente la patria potestad de los hijos menores ante un juez de primera instancia.

4.3. Análisis del Artículo 262 del Código Civil y sus repercusiones en la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, cuidado, tutela especial, en el caso de discordia y decisión sobre el interés superior del menor

El Artículo 262 del Código Civil, establece que el menor puede tomar la decisión de quien puede quedarse a cargo de de la guardia y custodia de algún de sus padres contradiciendo el Artículo 261 del mismo Código, al indicar que cuando los padres no fueren casados o teniendo la declaración de unión de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que esta convengan al poder del padre, sin tomar en cuenta la decisión de los menores que tuvieran el derecho de escoger con quien se desearan quedar.

4.4. Aspectos generales

Es importante realizar una distinción de la figura jurídico familiar de patria potestad, guarda y custodia y cuidado de los menores.



Para efectos del presente trabajo, como ha quedado establecido, el ejercicio de la patria potestad, es una facultad que le corresponde con exclusividad a los padres, sean éstos casados o no.

En el caso del ejercicio de la guarda y custodia, ello implica, pese a que se ha hecho una denominación formal de la institución, en el presente análisis, únicamente se quiere dejar sentado el hecho de que el ejercicio de la patria potestad, difiere sustancialmente del ejercicio de la guarda y custodia, así como del ejercicio de la figura del cuidado de un menor.

En cuanto al ejercicio de la guarda y custodia, puede ser una facultad que la ley le otorga al padre o a la madre, cuando éstos se encuentren separados o divorciados, o bien no se encuentren casados, y en éste caso, también, ambos, indistintamente, uno y el otro, también ostentan las calidades de padres, por lo tanto, también, se encuentran en ejercicio de la patria potestad del menor ambos padres, pero uno de ellos, por las circunstancias de que se encuentran separados, divorciados o bien no son casados, en cuanto a quien tiene en su poder al hijo, y que comúnmente es la madre, ella, ejerce la guarda y custodia del hijo.

Al respecto, el Artículo 260 del Código Civil dice: "Los hijos deben vivir con sus padres casados o unidos. Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin



permiso de ellos dejar casa paterna o materna o aquella en que sus padres los ha puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores”.

En este caso, la guarda y custodia, también, como figura jurídico familiar, puede ser entregada por el juez competente a otro familiar, que no sea precisamente el padre o la madre, sino el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela materna, la abuela paterna, tío paterno, tía materna, etc.

En el caso del cuidado de los hijos, esta formalmente establecido que la guarda y custodia, constituye una institución jurídico familiar que permite que el juez competente, entregue para su cuidado a una persona, que puede ser familiar o no, de un menor que no tiene próxima la atención que necesita por parte de su padre, madre o parientes, y que es una institución que es muy utilizada en el Derecho de la Niñez y la Adolescencia, en donde entrar a funcionar las instituciones de cuidado de menores.

4.5. Problemática en caso de los padres no casados y el ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia

Tal como lo establece la ley, dentro de la figura legal, indistintamente como lo señala el Artículo que precede, los padres sean o no casados, están



obligados ambos a el cuidado y sustentar a sus hijos aun se encuentren separados o divorciados, tienen la obligación.

El Artículo 253 del Código Civil regula: "Obligaciones de ambos padres. El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad".

De manera que sean o no del matrimonio los padres tienen la responsabilidad de velar sus hijos.

El Artículo 167 del Código Civil indica: Obligación de los padres separados. Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación".

Por la misma razón los padres que están separados tienen las mismas obligaciones de velar por sus hijos, no importando que estén separados, pero comúnmente cuando están separados se fija una pensión para asegurar el resguardo y la protección de los hijos menores.



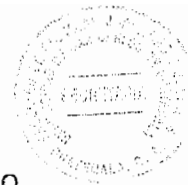
El Artículo 256 del Código Civil indica: Pugna entre el padre y la madre. Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo”. Como se indico en el Artículo 167 del Código Civil, la responsabilidad no se finaliza la responsabilidad por pugnas entre los padres.

4.6. Análisis del Artículo 262 del Código Civil

El Artículo 262 del Código Civil textualmente dice: “El interés de los hijos es predominante. No obstante lo preceptuado en los Artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y pueda disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo”.

En el análisis de la anterior norma, es conveniente hacer mención de lo siguiente:

- a) Esta norma es congruente con lo regulado en la Convención

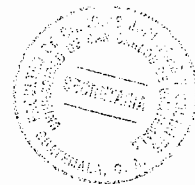


- b) Internacional sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que en todo caso, debe velarse por el interés superior del niño.
- c) El primer supuesto que regula la norma se debe a que en el caso de existir pugna entre el padre y la madre, o bien en el caso de que a éstos se le siga un procedimiento de suspensión o pérdida de la patria potestad, ya sea a los dos padres, o bien a uno de ellos, se hace necesario en resguardo del cuidado del menor, que el juez, al tener conocimiento de esa circunstancia, tendrá que adoptar las medidas pertinentes para el resguardo y protección del menor.
- d) La ley le faculta al juez que pueda disponer, temporalmente y mientras resuelve en definitiva la situación jurídica del menor en cuestión que salga del hogar en donde se encuentran sus padres y dejarlo al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.
- e) Que como ha quedado establecido anteriormente, la institución de la guarda y custodia, tiene la naturaleza que se refiere al cuidado y protección debidamente responsabilizado a la persona quien lo tenga, y que comúnmente para efectos de la realidad social y cultural guatemalteca, es una característica propia del ejercicio de los padres, cuando por separación o por no encontrarse casados, o bien se encuentren divorciados, existe la guarda y custodia de hecho o legal



que se le otorga a uno de los padres de éste menor, y en todo caso, a un pariente, cuando existan circunstancias que así lo aconsejen.

- f) Que se hace una mala interpretación de la institución de la guarda y custodia, de conformidad con el Artículo 262 del Código Civil, toda vez, que también, pese a que en un supuesto regula que puede el juez decretar la guarda y cuidado o custodia del menor a un pariente más cercano, también, le faculta y no debe ser así, a que pueda entregarlo bajo esa denominación de guarda y custodia a otra persona de reconocida honorabilidad, y que lógicamente, no sería un pariente, y con el agravante de que esa guarda y custodia, mal interpretada por el legislador, también, puede decretarla a favor de un director de un centro educativo, lo cual también, ya sería incongruente porque para ello, existe la institución de la tutela legal, tal como lo regula el Artículo 308 del Código Civil que textualmente dice: "Tutores legales. 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", siendo que en el anterior aspecto, corresponde a un Juez de la Niñez y la Adolescencia su conocimiento.



4.7. Normas internacionales en protección de los menores

Las normas internacionales de protección de menores, conviene su análisis a partir del surgimiento del derecho Infantil. Es una legislación destinada a proteger los derechos del menor.

En el marco de la ley, los niños están considerados bajo dos aspectos: en cuanto individuos, siempre han gozado de una posición especial, en particular en lo relativo a lo que se les consiente hacer.

Dentro de la familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran los padres (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos.

a) Relación de padres-hijos

En la mayor parte de los sistemas legales desarrollados, los intereses del menor prevalecen sobre cualquier otra cuestión. La relación entre padres e hijos queda reflejada en el plano legal en la expresión 'responsabilidad de los padres' para con el hijo, responsabilidad que conlleva una serie de obligaciones, como la educación del hijo y la decisión de a qué escuela va, aunque el énfasis primordial recae sobre el deber de criar al niño.



Esto amplía la postura legal anterior más elemental, el deber que existe en derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño, a todos los aspectos asociados a la condición de ser padres. Desde el momento en que los padres reconocen a su hijo, adquieren esta responsabilidad, y la seguirán teniendo aunque se divorcien o separen.

En caso de conflicto, aunque no esté reconocida por la ley esta responsabilidad, se puede acudir a un tribunal para solicitar que se otorgue el reconocimiento. Si el hijo es ilegítimo, la responsabilidad corresponde sólo a la madre, aunque el padre puede acudir a un tribunal para pedir que se le otorgue esta responsabilidad.

b) Cuando los menores son objeto de disputas

Este tipo de disputas surge cuando los padres comienzan a tener dificultades dentro de su relación.

En tales casos los tribunales tienen el poder para determinar lo que sucederá con los hijos. Un principio importante, sin embargo, es que el tribunal no debe pronunciarse si es posible resolver la cuestión por medio de un acuerdo entre los padres, ya que se considera que esto es lo mejor para el niño.



En tales casos, la cláusula más importante es la de residencia, que determina dónde han de vivir los hijos.

En la gran mayoría de los casos se concede a la madre, aunque algunos niños residan con el padre, siendo posible dividir la residencia entre ambas partes. Este tipo de cláusula suele venir acompañada de una cláusula de contacto, que permite que el progenitor que no vive con los niños pueda verlos de forma periódica y con regularidad.

Otras cláusulas hacen referencia a temas específicos y son utilizadas para resolver desacuerdos concretos, como el tipo de escuela a la que asistirá el niño.

Las cláusulas de medidas prohibidas, que se utilizan casi siempre en los casos de mayor dificultad, pueden impedir que uno de los padres se lleve al niño al extranjero si existe el temor de que no tenga intención de regresar.

En todos los casos en que los niños sean parte implicada, el tribunal está obligado a considerar el bienestar del niño como primer elemento a tener en cuenta. En estos casos no se siguen las reglas estrictas de presentación de pruebas, tomándose en consideración cualquier factor relevante antes de adoptar una decisión.



c) La protección del menor

Una parte esencial de las leyes de protección al menor hace referencia a las competencias de que disponen las agencias estatales (por lo común los servicios locales de asuntos sociales o instituciones benéficas) para intervenir cuando se cree que los niños se encuentran en una situación de riesgo. Estas agencias corren el peligro, por una parte, de ser criticadas por no tomar ninguna medida que hubiera podido evitar daños graves al niño, o incluso su fallecimiento, y por otra, de ser acusadas de exceso de celo profesional al apartar a los niños de sus familias.

Este segundo aspecto ha dado como resultado la restricción, en el derecho contemporáneo, de los amplios poderes discrecionales con que cuentan los asistentes sociales y la participación de los tribunales, en una etapa bastante temprana del problema, para dictar medidas que debían aplicar dichos asistentes. La ley refuerza la política de los servicios sociales de intentar resolver los problemas sin romper la familia.

Con este fin se utiliza por lo general la cláusula de supervisión, que proporciona una base formal a la labor del asistente social.

Los casos graves o más complicados pueden necesitar una cláusula de asistencia, que deja la responsabilidad de los padres en manos de la



autoridad local, lo que conllevará que el niño sea apartado de su familia y enviado con otra. Si los problemas se resuelven el niño volverá con su familia, pero si no es así, se pedirá al tribunal que permita que el niño pueda ser dado en adopción, si es pequeño, o pueda ser ingresado en alguna institución de auxilio a la infancia hasta que alcance la mayoría de edad.

Para los casos más difíciles se ha mantenido la antigua jurisdicción de tutela del Tribunal Supremo de la Corte Suprema de Justicia, lo que confiere a este órgano la responsabilidad de los padres y será quien trate de forma detallada el futuro y bienestar del niño.

d) Los alimentos de los hijos.

Recientemente se ha producido un avance en el derecho, estableciendo los mecanismos jurídicos, que garantizan en el caso que los padres estén separados.

El progenitor que no viva con el niño pague el costo de la manutención y educación del hijo, reemplazándose así los inadecuados métodos aplicados hasta entonces.



Según como lo establece el Artículo 278 del Código Civil: “La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.”

Este nuevo régimen ha recibido numerosas críticas. Los padres o madres ausentes se quejan de que las cláusulas que se aplican imponen exigencias que son desproporcionadas y onerosas, sobre todo para aquéllos que tienen ya una segunda familia.

e) Derecho internacional

En 1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños debieran tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor.

La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión.



Guatemala siendo un Estado que aplica las leyes o normativas internacionales dentro de su territorio, se encuentra obligado a desarrollarlas de tal manera que los niños vivan una vida digna, pues ellos son la nueva generación del país y si no se les da una buena educación, no se les proporcionan valores, no tienen acceso a la salud, y todo lo relacionado a una vida normal, no tendrán en el futuro una sociedad estable ni en pro del desarrollo, pues sólo vivirán para satisfacer sus necesidades primarias de manera unitaria.

“La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos, a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor.”³¹

³¹ www.bibliojurídica.org/variosautore.htm. (20 de agosto 2012.)





CAPÍTULO V

5. Necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos

La necesidad de adecuación jurídica del Artículo 262 del Código Civil, a la realidad social y legal para que los padres no casados, crea una dificultad en la aplicación de la patria potestad a los padres ya que si no cuenta con la patria potestad los abuelos paternos o maternos pasarían a la guarda y custodia o incluso a la tutela o a un centro educativo si fuese necesario.

5.1. Artículos relacionados a la patria potestad

En relación a la patria potestad, el Artículo 252 del Código Civil indica: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”



Las obligaciones señaladas en el Artículo 253 del Código Civil indican que:

“El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.”

Y para las representaciones el Artículo 254 del Código Civil dice: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.”

Como el Artículo 255 del Código Civil expone: “Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes, la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el artículo 115 o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado.”

Y cuando hay pugnas entre los padres, sean casados o no, el Artículo 256 del Código Civil determina: “Siempre que haya pugna de derechos e intereses



entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.”

Cuando los padres son menores el Artículo 257 del Código Civil expresa que “Si los padres fueren menores de edad la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre.”

Cuando son hijos adoptivos el Artículo 258 del Código Civil afirma: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado.”

Si existe capacidad relativa en el Artículo 259 del Código Civil se dice que: “Los mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento.”

La obligación de los hijos se indica en el Artículo 260 del Código Civil indica: “Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar casa paterna o materna o aquélla en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.”



Cuando los padres son solteros o divorciados el Artículo 261 del Código Civil aclara: “Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166.

En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente.”

El Artículo 262 del Código Civil, conceptúa que: “No obstante lo preceptuado en los artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.”



5.2. Análisis legal

Después de lo establecido en los anteriores capítulos, es de considerar que existe la necesidad de adecuar a través de reformas, el Artículo 262 del Código Civil en congruencia con lo que regula la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para que dicha norma, no solamente sea positiva, vigente y que sea congruente con la realidad jurídica, social, cultural de la sociedad y la familia guatemalteca, en el tema de la guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad en el caso de los padres que se encuentren separados o divorciados.

La Convención establece en el Artículo 12 “Los Estados partes que se garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño, con tal fin, se dará una participación al niño y oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

A) Garantías de los menores

Los Estados partes a través de dicha Convención, garantizan a los menores:



1. El derecho a la vida, al desarrollo integral de su persona
 2. A que no sean objeto de actos ilícitos o retención ilícita.
 3. A la libertad de expresión de su pensamiento u opinión, conciencia y religión.
 4. A difundir ideas e informaciones de todo tipo
 5. Libertad de asociación y celebración de reuniones pacíficas
 6. De la obligación común de los padres para su manutención
 7. A la adopción en condiciones adecuadas
 8. A la atención especial de menores incapacitados
 9. A la salud, atención médica, educacional, de recreación y esparcimiento.
- B) En el caso de las disputas entre el padre o la madre, respecto a la guarda y custodia de éste, el juez competente, podrá determinar con quien se quedará el menor de manera temporal, mientras resuelve en definitiva,



auxiliado, por una serie de elementos, como puede ser el informe de la Trabajadora Social o Trabajador Social o bien de un psicólogo, psicóloga, psiquiatra, etc.

5.3. Análisis real y social

La situación real de la sociedad guatemalteca, representa que en el caso de los guatemaltecos, y de las familias de guatemaltecos, en un alto porcentaje se encuentra constituido por parejas que no han contraído matrimonio, en otro porcentaje, por aquellas parejas que no han convivido en unión de hecho declarada, y en otros casos, por parejas que se encuentran conviviendo en unión de hecho no declarada.

Esta condición de las familias del Estado de Guatemala es inadecuada para la vida de los niños ya que ellos adquieren una cultura en la que no aprecian el matrimonio, porque el ejemplo que les dan sus padres no es lo adecuado y de esta forma ellos repiten la misma historia de sus antecesores, esto provoca un porcentaje menor de matrimonio o unión de hecho.

Resulta contradictorio lo normado en el Código Civil con respecto al ejercicio y preferencia en la patria potestad del padre con relación a la madre, por lo que indica el Artículo 261 del Código Civil, que le da prioridad en el ejercicio de la patria potestad a la mujer cuando ésta se encuentra separada o soltera.



En la actualidad las personas tienen una vida muy liberal ya no se puede decir que sólo los hombres tienen vicios o están en una vida desordenada porque las mujeres viven de esta manera, así que se debe de reformar el Artículo 261 del Código Civil, para tener igualdad de condiciones y oportunidades en lo que respecta a la patria potestad pues los padres también pueden desarrollar esta labor algunas veces mejor que las madres.

La misma Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 4 señala: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

En el caso del Artículo 262 del mismo cuerpo legal, estableciendo el interés superior del menor, en caso de pugna entre el padre o la madre, o bien cuando se demande la suspensión, separación o pérdida de la patria potestad de los padres, el juez puede decidir en función del interés superior del niño, que el menor quede bajo el cuidado, pero que en este caso, es encontrarle por parte del juez la figura legal al entregar al menor:

a) A un pariente cercano



b) A una tercera persona de reconocida honorabilidad, no indicando si debe ser o no pariente.

c) A un centro educativo

Y en estos casos, se refiere a la guarda y custodia y no precisamente a alguna otra institución, como puede ser el cuidado, el depósito, haciendo un mal uso y una mala interpretación de la guarda y custodia del menor.

Por tal razón la guarda y custodia de los hijos menores con relación a los padres separados, como lo indica los Artículos del 252 al 277 del Código Civil, Decreto Ley Número 106, señala lo relacionado a la patria potestad indicando como es otorgada hasta como se pierde y los casos de padres menores, hijos adoptivos y otros casos especiales en la cual la patria potestad se encuentra.

Y la necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, es muy importante poderlo establecer de una forma más claras, de la forma legal que se requiera, porque el interés de los hijos es predominante, como es indicado en el Artículo 262 al indicar, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes

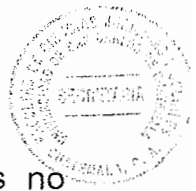


que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo, de los cuales no se cuenta con instituciones educativas para resguardo de los menores e incluso personas de honorabilidad que queden para el cuidado del menor, de lo cual no es cumplido por los excesos casos de maltrato infantil y en peligro tantos hijos menores que no tienen el resguardo de un menor, porque incluso con los padres o padre e incluso con las parejas de uno de los padres cuando están separados, la violencia se sigue dando constantemente.



CONCLUSIONES

1. La legislación queda limitada al no otorgar con claridad el procedimiento sobre guarda y custodia de los menores de edad en relación con sus padres.
2. El Estado no protege los derechos de los menores de edad por encontrarse en la guarda o custodia de uno de los progenitores, que se crean con las confusiones en relación a la guarda y custodia del menor de edad con relación a los padres no casados.
3. Las parejas de convivientes cuando no existan disputas entre las partes, ven perjudicado la guarda y custodia de los menores de edad por no estar establecido en una forma clara el procedimiento en el Código Civil Decreto Ley Número 106.
4. La escasa información de la materia e incluso poco avance en la ley de menores de edad deja desprotegido con la guarda y custodia a los menores de edad.



5. En el momento de separación de las parejas en matrimonio o los no casados al momento que se determine a quien se otorgue la guarda y custodia, no existe un procedimiento acuerdo de protección para determinar a quien se le otorga a menores de edad en custodia.

RECOMENDACIONES



1. Por medio del Congreso de la República de Guatemala, se deben generar iniciativas y aprobar los proyectos con relación de guarda y custodia de los menores de edad.
2. El Estado necesita implementar mecanismos para proteger los derechos de los menores de edad, para asegurar una guarda y custodia adecuada sin crear confusiones entre la guarda y custodia de los padres no casados.
3. A través del Congreso de la República de Guatemala, se deben realizar reformas al Código Civil con relación a la guarda y custodia, deben de iniciar para mejorar la situación de menores de edad en abandono.
4. Los diputados del Congreso de la República de Guatemala, deben implementar tanto desde el Código Civil como en leyes especiales, la figura de la guarda y de la custodia, para proteger de inmediato a los menores de edad.





BIBLIOGRAFÍA

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. México D.F.: Colecciones de textos jurídicos universitarios. Ed. María segunda ed. 1975.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Talleres de Impresión de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1985.
- BRAÑAS, Alfonso. Revista de la Facultad. De Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. **Estatuto de las Uniones de Hecho**. Guatemala: Época IV. Octubre, Noviembre y Diciembre de 1948. No.1. Impreso No.57. Imprenta Universitaria. 1948.
- BONNECASE, Julien. **Biblioteca del derecho**. México: Enrique Figueroa Alfonso y Ed. Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. Distribuidor: Harla, S.A. de C.V. Ed. Mexicana, Reg. No. 1706. Tomo I. **Tratado elemental de derecho civil (Traité Élémentaire du Droit Civile)**. Traducción y Compilación: Enrique Figueroa Alfonso, enero-1998
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires Argentina: Ed Heliata, S.R.L. Viamonte 1730, piso 1 1979.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires Argentina: Ed Heliata, S.R.L. Viamonte 1730, piso 1 2000.
- CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal**. Vol. V. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1980.
- CARRILLO CASTILLO, Alfonso. **Implementación de un proceso registral único**. Ponencia del XVI Congreso Jurídico Guatemalteco. Colegio de Abogados y Notario de Guatemala.
- COUTURE, Eduardo. **Los fundamentos del derecho procesal civil y mercantil**. México: Ed. Porrúa. S. A., 1976.



CICU, Antonio, **El derecho de familia**, trad. Española, Buenos Aires, Argentina, 1947; J. CASTAN TOBEÑAS, **Derecho de familia**, Madrid, 1987; M.I. GARRIDO GOMEZ, **La política social de la Unión Europea**, Madrid, 2000.

DE CASSO Y ROMERO, Ignacio y CERVECERA, Francisco, y JIMÉNEZ - ALFARO, Francisco. **Diccionario de derecho privado**. Calambria, Barcelona, España : Ed. Labor S.A., 1967.

DE LOS MOZOS, José Luís. **La conversión del acto nulo**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1959.

Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed, II Tomos. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A. 2001.

Diccionario jurídico multimedia Espasa C.d. Room. 1999.

DIEZ SOTO, Carlos Manuel. **La conversión del contrato nulo**. Barcelona, España, Ed. Bosch. 1994.

Enciclopedia Encarta C.d. Room. 2005.

ESCRICHE, Joaquin. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. Nueva Edición por Don Juan B Guim, Librería de la Vda. De CH. Bouret;(s.f)

ENGELS, Federico. **El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**, México D. F. Ed, Quinto Sol S.A., 1860.

ESPÍN, CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, Tomo 2. Madrid España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1975.

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil**. Paris, Francia.(s.l.i.) 1982.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma, 1998.



OSSORIO MANUEL. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** México, D.F.: Ed. Heliasta, 1996.

PADILLA BELTRANENA, María Luisa, **Lecciones de derecho civil**, T.I. Guatemala: Ed. Academia Centroamericana Universidad Rafael Landivar, (s.f).

DE LEÓN PALACIOS. Óscar. **Cambios en la Sociedad ¿Muerte en la Familia?**. 1ª .ed. Guatemala: Ed. Óscar de León Palacios, (Colección para que todo el pueblo lea, Vol.15). 1995.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**, tomo I, volumen II, ed. 1958.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo II. 3ª ed. Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, **El interés del menor**. España: Ed. Dykinson, (s.l.i.) , 1999.

SANDOVAL de AQUECHE, María Eloisa. **Unión de hecho. Material de estudio para el curso de derecho civil**. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 2000.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado de la lengua española**, tomo I. Barcelona, España: Ed Ramón Sopena,

www.bibliojuridica.org/variosautore. (20 agosto 2012)

www.derecho. **Uniones de hecho**, (s.a.) (7 abril 2012)

Legislación:

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



Código Civil, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley Número 106, 1964.

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

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

Convenio Americano sobre los Derechos Humanos. 1968.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1968.

Declaración de los Derechos del Niño. 1958.

Convención de los derechos del Niño. 1989.