

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS REQUISITOS LEGALES QUE DEBEN CUMPLIRSE
PARA QUE LA PATRIA POTESTAD SEA OTORGADA A FAVOR DEL PADRE**

YENIFER DURDANET GUERRA GONZALEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS REQUISITOS LEGALES QUE DEBEN CUMPLIRSE
PARA QUE LA PATRIA POTESTAD SEA OTORGADA A FAVOR DEL PADRE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YENIFER DURDANET GUERRA GONZALEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2013

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

DECANO: M.A. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Lic. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretaria: Lic. Carlos Pantaleón Asencio

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares
Vocal: Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Secretario: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández

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



Licenciado
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

Guatemala 21 de agosto del año 2013

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Doctor:

Después del nombramiento recaído en mi persona con fecha tres de octubre del año dos mil ocho asesoré la tesis de la bachiller Yenifer Durdanet Guerra González, denominada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS REQUISITOS LEGALES QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE LA PATRIA POTESTAD SEA OTORGADA A FAVOR DEL PADRE”**; manifestándole lo siguiente:

1. Después del análisis de la tesis, se establece que la misma es un útil aporte que se relaciona con la importancia legal de analizar jurídicamente los requisitos legales para otorgar la patria potestad a favor del padre.
2. Al desarrollar los capítulos de la tesis se emplearon diversos métodos de investigación, los cuales fueron de bastante utilidad para llevar a cabo el trabajo de investigación de forma metódica y ordenada. Con el método descriptivo, se estableció la importancia de la patria potestad; con el método sintético, se describieron sus requisitos legales; y con el método deductivo, se indicó su regulación legal.
3. La sustentate redactó su tesis utilizando un lenguaje acorde y de interés para la ciudadanía guatemalteca, estudiantes y profesionales interesados en la obtención de bibliografía que tenga relación con la normativa jurídica.
4. El tema de la tesis resulta ser de bastante interés y se redactaron las conclusiones, recomendaciones, citas bibliográficas y bibliografía en base a los lineamientos exigidos por la Unidad de Asesoría de Tesis.
5. Los objetivos de la tesis, dieron a conocer el derecho de familia en Guatemala. También, la hipótesis formulada fue efectivamente comprobada al señalar los requisitos legales que tienen que cumplirse para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre.



Licenciado
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

La tesis reúne los lineamientos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito *DICTAMEN FAVORABLE*, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
3ª. Avenida 13-62 zona 1
Tel: 22327936
Asesor de Tesis
Colegiado 6220

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



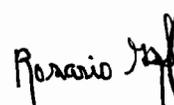
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 20 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante YENIFER DURDANET GUERRA GONZALEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS REQUISITOS LEGALES QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE LA PATRIA POTESTAD SEA OTORGADA A FAVOR DEL PADRE. 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/iyf.


 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO




 SECRETARIA





DEDICATORIA

- A MI DIOS:** Por ser el pilar de mi vida y quien supo guiarme con su sabiduría por el buen camino, darme las fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas y fracasos que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.
- A MI MAMÁ:** Por ser el instrumento por medio del cual “hoy soy lo que soy”, por su apoyo, sus consejos, su inmenso amor, su ayuda en los momentos difíciles y por ser mi mayor ejemplo en perseverancia, coraje para conseguir mis objetivos y por enseñarme a valerme por mí misma.
- A MIS HERMANOS:** Alex, Marvin, Gabriela y Joselin, por ser un destello de luz cuando hubo oscuridad, porque sus palabras me llenaban de esperanzas y de motivación para seguir adelante cada día.
- A MIS ABUELITOS:** Alfredo y Eloísa (QPD), que aunque ya no esté presente siempre lo estará en mi mente y en mi corazón, gracias por los valores, principios y carácter que sembraron en mi vida.



A MIS TÍOS: William, Darío, Brenda y Álvaro, por haber fomentado en mí el deseo de superación y el anhelo de triunfo en mi vida.

A MIS PRIMOS: Cindy, Bricelda, Rubén y Darwin, por su amor incondicional y por ser motivación e inspiración en mi vida.

A ARTURO: Por su apoyo incondicional, por su cariño y por su confianza en mí.

A MI NOVIO: Roberto, por su amor, su cariño, su confianza, su estímulo y su apoyo constante e incondicional, por ser alguien especial en mi vida y por demostrarme que en todo momento cuento con él.

A CRISTY Y PATY: Quienes son mi segunda familia, por el privilegio que Dios me da de poder contar con su cariño, apoyo y comprensión en los buenos y malos momentos de mi vida.

A MIS AMIGOS: Por su apoyo incondicional y por nunca dudar que lograría este triunfo.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrir sus puerta y prepararme para un futuro competitivo a través de



sus distinguidos docentes quienes con su profesionalismo y ética me llenaron de sus conocimientos y me formaron como profesional de bien.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho de familia.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Finalidad del derecho de familia.....	3
1.3. Breve historia del derecho de familia.....	4
1.4. Caracteres.....	6
1.5. Problemática social del derecho de familia.....	8
1.6. Problemática política, patrimonial, teleológica y axiológica.....	8
1.7. Jurisdicción familiar.....	10
CAPÍTULO II	
2. Protección jurídica de la familia.....	13
2.1. Igualdad jurídica.....	14
2.2. Parámetros.....	16
2.3. Derechos de la personalidad.....	18
2.4. Los derechos fundamentales de ámbito personal.....	23
2.5. Protección a la persona en la legislación ordinaria.....	25
2.6. Protección civil.....	25
2.7. Normativa encargada de la protección de la persona.....	26

2.8. Importancia de los derechos de la persona.....	27
---	----

CAPÍTULO III

3. La capacidad de obrar y la patria potestad.....	31
3.1. La edad como causa modificativa a la capacidad de obrar.....	31
3.2. Situación jurídica del menor de edad.....	33
3.3. La mayoría de edad.....	35
3.4. La incapacidad.....	36
3.5. Causas de incapacitación.....	40
3.6. Procedimiento de incapacitación.....	41
3.7. Instituciones tutelares.....	43

CAPÍTULO IV

4. La justicia de familia.....	49
4.1. Selección del juzgador.....	50
4.2. Importancia.....	51
4.3. Obstáculos.....	53
4.4. Falta de acción.....	54
4.5. Programas y acciones a favor de la familia por parte del Estado.....	55
4.6. Falta de acciones a la prueba de ácido desoxirribonucleico en los juicios ordinarios de paternidad.....	57

CAPÍTULO V

5. Los requisitos legales que tienen que cumplirse para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre.....	61
5.1. Reseña histórica.....	61
5.2. Definición y naturaleza.....	63
5.3. Regulación legal.....	64
5.4. Características.....	65
5.5. Sujetos y titularidad.....	66
5.6. Titularidad y ejercicio individual.....	67
5.7. Estudio legal de los requisitos legales que tienen que cumplirse para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre.....	69
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se eligió, debido a la importancia legal de analizar los requisitos legales que tienen que cumplirse para otorgar la patria potestad a favor del padre. Esos requisitos, consisten en un ámbito de poder concreto defendido frente a todos y conferido al padre en cuanto persona, ámbito de poder acotado por el cumplimiento de los deberes de protección y educación y por el beneficio del hijo, pero en el que corresponde a los padres elegir entre las diversas opciones posibles cual es la más beneficiosa para el hijo.

Sin embargo, tal carácter aparece empañado por su sistema instrumental y por el dato de que las facultades que en la patria potestad comportan no son de libres sino de obligado ejercicio, y no se dan en interés de quienes las ostentan.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que por ello se habla de patria potestad como función y no como derecho subjetivo, que recae sobre personas de limitada capacidad de obrar, que son los menores e incapacitados y que tiene una finalidad esencialmente tuitiva: cuidado, alimentación, educación, formación integral.

La hipótesis de la tesis se comprobó, al señalar que en principio los padres en su condición de representantes y administradores de los bienes de sus hijos menores o incapacitados, pueden realizar actos dispositivos sobre los mismos. Sin embargo, el ejercicio inmoderado de sus facultades dispositivas podrá suponer un grave e irreparable perjuicio para los intereses patrimoniales del menor o incapaz,



consecuentemente, se establece, a modo de control a su actuación y por ello se tienen que analizar los casos en que se otorga la patria potestad a favor del padre, siendo esencial su análisis para verificar que se cumplan con los requisitos legales.

Los métodos utilizados para desarrollar la tesis fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas empleadas fueron: bibliográfica y documental, con las cuales se recolectó la información jurídica y doctrinaria relacionada con el tema de tesis investigado.

La tesis se dividió en cinco capítulos: el primero, señala el derecho de familia, definición, finalidad del derecho de familia, breve historia, características, problemática social del derecho de familia, problemática política, patrimonial, teleológica y axiológica; el segundo capítulo, indica la protección jurídica de la familia, igualdad jurídica, parámetros, derechos de la personalidad, los derechos fundamentales de ámbito personal, protección a la persona en la legislación ordinaria, protección civil, normativa encargada de la protección de la persona; el tercer capítulo, determina la capacidad de obrar y la patria potestad, la edad como causa modificativa a la capacidad, situación jurídica del menor de edad, la mayoría de edad, la incapacidad, causas de incapacitación, procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares; el cuarto capítulo, muestra la justicia de familia, selección del juzgador, importancia, obstáculos, falta de acción y el quinto capítulo, analiza los requisitos legales que se tienen que cumplir para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre.



CAPÍTULO I

1. Derecho de familia

El derecho de familia es de interés social y contiene normas de carácter obligatorio, y esa obligatoriedad emana del deber moral y de los principios naturales en que se funda como la institución humana más antigua y como elemento esencial para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, debido a que mediante ella, la comunidad no solamente se provee de sus miembros, sino que también se encarga de prepararlos y formarlos para que cumplan con su papel social asignado, de una forma benéfica y satisfactoria.

Se encarga del reconocimiento de las relaciones interpersonales conyugales y familiares, ya que establece las reglas para contraer matrimonio, fija la filiación, establece los derechos y obligaciones de los miembros de la familia, así como también determina las formas de disolución del vínculo matrimonial y por ende las consecuencias y obligaciones que surgen cuando ese vínculo se rompe, estableciendo a quien le corresponde cumplir con la obligación alimenticia.

El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: "Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común". El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: "Deberes del Estado. El



Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

El derecho de familia tiene como finalidad normar las relaciones familiares, así como delimitar los derechos y obligaciones de cada parte integrante del núcleo familiar.

1.1. Definición

“Derecho de familia es el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”.¹

También, se define al indicar que el derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho de orden patrimonial y personal cuyo objeto exclusivo es presidir la organización, vida y disolución familiar.

¹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Pág 35.



“El derecho de familia es la parte del derecho privado que se vincula con el derecho público, para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar en cuanto a su constitución, organización y disolución”.²

“Derecho de familia es el conjunto de norma jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos”.³

Se define de la siguiente manera: “Derecho de familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización, disolución de la familia como grupo en sus aspectos personales y de orden patrimonial”.⁴

1.2. Finalidad del derecho de familia

El objeto de estudio del derecho de familia es la familia, siendo la misma el conjunto de personas que se encuentran unidas por vínculos de consanguinidad de conformidad con la legislación vigente.

Su adopción se encuentra fundada en base a personas llamadas padres y los hijos de ellos que viven en un hogar cultivan los afectos necesarios y naturales con intereses comunes de superación y progreso.

² Borda, Guillermo. **Manual de derecho de familia**. Pág 75.

³ **Ibid.** Pág 90.

⁴ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español**. Pág 133.



1.3. Breve historia del derecho de familia

El sencillo hecho natural de nacer, hace de la familia una necesidad de tipo ineludible, debido al estado de debilidad, imponiendo a los padres para con su hijo, obligaciones que forman el sólido fundamento de la familia.

De ello, se desprende que la familia consiste en el grupo de personas esencial, cuya importancia social radica en ser el núcleo irreducible de toda sociedad o conglomeraciones de hombres.

“En la antigüedad, la familia se encontraba constituida por pequeñas tribus, encontrándose unidas entre sí, en todo lo material, quedando de esta forma unidos los lazos de parentesco, dependiendo todos de un mismo autor, en donde el ancestro común los unía bajo su potestad, y a su muerte la familia se dividía en diversas clases de ramas”.⁵

Existen diversas creencias a creer que la familia no es una institución jurídica, pero entre sus miembros nacen obligaciones y derechos, que se encuentran regulados por el derecho, pues bien, manteniendo sin confusiones ni concesiones indebidas el modelo de la familia, no existe una visión superficial y precipitada que conciba al matrimonio y a la familia como el fruto de la voluntad humana.

⁵ **ibid.** Pág 22.



La familia es una institución natural, debido a que forma parte del grupo social básico creado por vinculaciones de parentesco o matrimonio presente en toda sociedad. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros la protección, compañía, seguridad y socialización. La estructura y el papel de la misma varían de conformidad con la sociedad.

La familia debe tomarse en consideración como la matriz de la sociedad, la célula fecunda de la historia y el fundamento de una sociedad en paz, y además debe entenderse que la familia en sí, responde a una serie de necesidades esenciales y primordiales de las personas que la integran, dentro de las cuales se pueden tomar en consideración las siguientes: alimento, vestido, vivienda, solidaridad, afectividad y recreación, pero no siempre la familia puede cumplir con el rol que le ha tocado jugar dentro de la sociedad, en donde las sociedades rodeadas de un sin número de acciones y efectos negativos dentro de los que sobresalen las guerras, drogas, violencia a todos los niveles, incluso intrafamiliar, desigualdades sociales y delincuencia entre otras.

La familia que desde sus orígenes cargaba con el duro peso de la formación de los formadores de las sociedades, se ha visto atacada por problemas sociales que limitan su función social.

La evolución experimentada por las sociedades y los cambios existentes en donde ya no es el padre de familia quien ostenta el poder y todos los derechos pues se enfrenta a una mujer que se suma el quehacer productivo, llevando ésta, en un gran por ciento de



los casos, la alimentación del hogar, fruto de su esfuerzo académico, haciéndose necesario y urgente que la familia sea objeto de profundo estudio conjuntamente con sus normas particulares y sus instituciones, de forma que se asegure su importancia jurídica y se determine la existencia de los derechos que protegen a sus integrantes, motivo por el cual surge el derecho de familia.

El surgimiento del mismo, permite la modificación del sistema jurídico existente, en donde se establecen de forma legal las normas que resguardan de manera general el derecho de esta institución milenaria.

Enfocando de esa forma el derecho de familia, se establece que el mismo tiene que ser tomado en consideración y entendido como una expresión a la institucionalidad y a la conciencia en la que se expresa el agrupamiento de normativas que establecen la regulación de las relaciones familiares, de sus instituciones y efectos.

1.4. Caracteres

Las características del derecho de familia son las siguientes:

- a) Sus normas jurídicas de carácter público.
- b) Las sentencias no alcanzan la calidad de cosa juzgada.



- c) La autonomía de la voluntad es restringida y no pueden extinguir o modificar una relación interpersonal del grupo familiar sin intervención del juez.
- d) Sus normas son para la regulación de la comunidad familiar.
- e) Tiene un contenido ético, debido a la gran influencia que ejercen sobre él las ideas morales y religiosas.
- f) Predomina el carácter personal.
- g) Es un derecho que se sobrepone al derecho particular de cada uno de sus miembros.
- h) El derecho de familia tiene un carácter intuitu personae, y de ello deriva que se acepte la representación para el desempeño del rol de cada uno de sus miembros.
- i) Es una rama del derecho privado, de la que resulta que sus derechos son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles.
- j) Es un derecho que rompe la división bipartita del derecho.



1.5. Problemática social del derecho de familia

El punto de vista sociológico tiene por objeto la organización y la solidaridad doméstica, para la determinación de si la familia es el más natural y el más antiguo de los núcleos. Es decir, la verdadera cédula de la sociedad debido a que se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad y las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita para el mantenimiento saludable y próspero, o sea, la comunidad política consiste en el lazo mayormente sólido de la sociedad como campo inmediato de desarrollo.

La filiación fue determinada por virtud de la madre, adquiriendo el hijo las costumbres y condiciones jurídicas de la misma. En sentido amplio, la familia abarca en general a todos los que descienden de un antepasado común para abarcar los parientes en línea recta y línea colateral hasta determinado grado del derecho.

1.6. Problemática política, patrimonial, teleológica y axiológica

“La solidaridad política se encuentra bajo la dependencia en gran medida de la solidaridad de la familia, debido a que caso contrario se encontraría en grave peligro su existencia”.⁶

El Estado tiene que intervenir mediante sus órganos, con la finalidad de que celebren determinados actos del derecho de familia, debido a que el mismo es el encargado de

⁶ Ibarrola, Antonio. **Derecho de familia**. Pág 89.



controlar la actividad de los que se encargan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela.

La familia ha perdido mucho de su antigua cohesión, y el Estado cada vez más se acentúa e intensifica más su acción sobre la sociedad y el derecho privado no se detiene ante los umbrales de la familia.

En relación a las sentencias de familia, las mismas no solamente tienen valor de actos administrativos en cuanto a la jurisdicción voluntaria, sino también verdaderos actos jurisdiccionales.

Las normas jurídicas determinan los bienes que constituyen el patrimonio de la familia, bienes que son inalienables, y no pueden sujetarse a gravámenes reales, ni embargos y serán transferibles.

“El patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica. Consiste, en un conjunto de bienes pertenecientes a la titular de ellos que quiere decir del resto de su patrimonio, por su función y por las normas que la ley dicta en su protección”.⁷

⁷ **Ibid.** Pág 91.



1.7. Jurisdicción familiar

“La jurisdicción familiar consiste la función soberana del Estado que se lleva a cabo mediante actos encaminados a la solución de un litigio o controversia, a través de la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido”.⁸

Tres son las características definitorias del acto jurisdiccional, siendo las mismas las siguientes:

- a) Es provocado por el gobernado.
- b) Origina una relación triangular entre el Estado y las partes en litigio.
- c) Se encuentra destinado a resolver un litigio.

La jurisdicción constituye la función específica de los jueces, asimismo representa la extensión a los límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, territorio o de cuantía.

Por razón de la materia, la jurisdicción puede ser familiar, esto es aquella que tramita y resuelve los juicios derivados de los conflictos de derecho relacionados con la familia.

⁸ Moreno Quezada, Bernardo. **Derecho civil de la persona y de la familia**. Pág 44.



El término jurisdicción también se emplea para la designación del conjunto de órganos gubernamentales que desempeñan la función jurisdiccional, es decir, que tienen la facultad de juzgamiento para solventar litigios de trascendencia jurídica.

El poder judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional y como representante del Estado, es el encargado principal del cuidado y protección de la familia, toda vez que es el órgano facultado para atender los problemas que generan las relaciones entre sus miembros, tanto al interior de la misma como hacia el exterior.





CAPÍTULO II

2. Protección jurídica de la familia

La esfera privada de la persona, en los valores más básicos, había sido objeto de reflexión jurídica, que determinó la categoría de derechos de la personalidad, y gozaba de protección en el ordenamiento, a través de normas de naturaleza civil, penal o administrativa. La Constitución Política adopta sus principios y criterios al Estado social y democrático de derecho y ha creado mecanismos de protección orientados por dos criterios o principios básicos: la dignidad de la persona y el principio de igualdad.

La conexión del preámbulo con los artículos 2, 3 y 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ha sido ya puesta de relieve, como indiciaria de un valor cardinal.

Ahora, sólo conviene subrayar que el principio de reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad sirve de cláusula de cierre al elenco de derechos reconocidos y amparados por la Constitución Política. Se tiene que producir una interpretación extensiva de los derechos reconocidos, que amplíe la protección de los bienes y valores a conflictos o colisiones, invasiones o inmisiones aún no conocidas ni perfiladas por la Constitución Política.



“La persona tiene dignidad como un valor o soporte básico, como una parte de certeza prejurídica, que el ordenamiento ha de reconocer y tutelar. La Constitución Política así lo consagra: cualquier elemento normativo o no del ordenamiento que lo desconozca, menosprecie o lo haga desmerecer ha de quedar desplazado del ordenamiento por inconstitucional”.⁹

2.1. Igualdad jurídica

Este principio viene establecido por el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a cuyo tenor: "Libertad e igualdad. 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."

No es el único texto en que la Constitución habla de igualdad ya que la expresión aparece también en los artículos 4, 47, 50, 102 inciso e) y 146, entre otros ante la igualdad formal que caracterizó los regímenes del primer liberalismo. Se supera la idea de igualdad ante la ley, para tener relación con la realidad social en la que se desenvuelve la vida humana a la búsqueda de dos objetivos que no prevalezcan más diferencia entre los seres humanos que la que derive de su propia libertad, del libre desarrollo de su personalidad, alejándose de los actores exógenos, heredados,

⁹ Baqueiro Rojas, Edgar. **Derecho de familia y sucesiones**. Pág 56.



impuestos o predeterminados; y, además, el legislador y los demás poderes públicos consideren al ciudadano en contexto, asumiendo las desigualdades que la sociedad provoca para promover una sociedad que tienda a la igualdad, es decir, a justa distribución de oportunidades de desarrollo, de riqueza, de cargas donde las diferencias sean imputables a las propias decisiones individuales.

Lo que de un lado implica una idea promocional de la igualdad; de otro, la necesidad de un ordenamiento en que las normas consideren animen o constaten la desigualdad de facto en que se encuentran los ciudadanos, dando así lugar a normas diferenciadoras, contra los postulados del ideario de la Revolución Francesa y de los sistemas liberales que, considerando solamente la igualdad, pretendían un derecho formado por leyes generales y abstractas, laboradas para la generalidad sin tener en cuenta las diferencias reales de los ciudadanos.

Se trata, en definitiva, de una corrección de los criterios individualistas en aras del principio de solidaridad.

Por ello, la igualdad se construye ahora como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la arbitrariedad del poder y es, por tanto, un principio negativo limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos y reacciona, pues permite reaccionar frente a las actuaciones de tales poderes cuando sean arbitrarias.



“Conviene precisar que la igualdad no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados”.¹⁰

La Constitución Política, no prohíbe la diferenciación sino la discriminación. La diferenciación justificada y razonable no es reprobable. Pero, ello responden a una arbitrariedad que prohíbe el Artículo 4 del texto constitucional.

2.2. Parámetros

Para distinguir entre diferenciación justificada y razonable y discriminación por parte de los poderes públicos hay que atender a los siguientes parámetros que exponemos:

- a) La desigualdad de los supuestos de hecho: si las situaciones son diferentes, es lógico que el trato sea también diferente.

Ello exige que quien alega el derecho o el principio de igualdad, ofrezca un término de comparación, o sea, el tertium comparationis que permita llegar a la conclusión de que ha sido tratado de forma desigual.

¹⁰ **Ibid.** Pág 109.



- b) La diferencia de trato ha de tener una finalidad razonable: no ha de ser gratuita y ha de ser constitucionalmente admisible, esto es, que no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado.

- c) Ha de ser racional, como adecuación del medio a los fines perseguidos: si se quiere, como conexión efectiva entre el trato desigual que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

- d) Ha de ser proporcional: entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida.

El principio de igualdad se proyecta sobre la actuación de los poderes públicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Ahora bien, como el Ejecutivo se encuentra sujeto a la Ley y al derecho y bajo el control de los tribunales ordinarios, la aplicación efectiva del principio de igualdad se realizará en esa instancia judicial.

Respecto al poder legislativo, el principio de igualdad actúa con un carácter material apreciando la Corte de Constitucionalidad si la disposición legislativa muestra una finalidad y una razón objetivas que excluyan el reproche de puro voluntarismo selectivo en que la discriminación consiste. Ese control constitucional se proyecta en dos planos:

- El contenido de la ley: se busca ahí si el trato desigual que la ley impone tiene una justificación objetiva y razonable.



- El alcance de la ley: en principio debe ser general y abstracta, de alcance universal. Si se trata de una ley singular habrá de estar justificada por la singularidad del supuesto de hecho, pues el principio de igualdad actúa aquí para impedir la creación arbitraria de supuestos de hecho que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad. Luego requerirá la ley singular una efectiva y real singularidad del supuesto de hecho.

En cuanto a los órganos del poder judicial, en la tarea de aplicación de la ley, el principio de igualdad juega en sentido formal, puesto que los órganos judiciales están sujetos sólo a la ley y son independientes en el ejercicio de su función, no pesa sobre ellos la exigencia de resolver en los mismos términos sobre supuestos que se pretenden iguales pues cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa.

En definitiva, se trata de excluir decisiones judiciales arbitrarias, irracionales o puramente subjetivas.

2.3. Derechos de la personalidad

Con las expresiones derechos fundamentales o derechos de la personalidad se suele hacer referencia a un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones varias de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual,



definiendo de este modo un tipo de poder y de protección sobre bienes o valores esenciales para la persona.

El elenco de tales derechos y la delimitación de los mismos ha ido incrementándose y fortaleciéndose a lo largo de los siglos en las normas políticas básicas de los Estados.

Estos derechos, que para la mayoría se conciben dentro del esquema general de los derechos subjetivos, aunque no falten opiniones contrarias, protegen manifestaciones concretas de la personalidad.

“La dificultad dogmática para esta concepción se encuentra en que el modelo o paradigma de derecho subjetivo que se ha construido como un poder libre de un sujeto sobre una realidad de mundo exterior o sobre la conducta de otra persona, en el sentido de poder exigir de otra persona una determinada conducta”.¹¹

Cuando se piensa en un derecho subjetivo que tiene por objeto bienes interiores de la propia persona como su vida, su integridad y su honor, etc., como faceta o manifestaciones de la propia personalidad, parece inadecuado el modelo o paradigma, pero es claro, que los bienes y valores que satisfacen necesidades y aspiraciones del hombre, y respecto de las cuales tiene por ello intereses, pueden también centrarse dentro de sí mismo, por lo que la técnica de protección de derecho subjetivo, bien

¹¹ Chávez Asencio, Manuel. **Derecho de familia**. Pág 111.



que adaptada a la especificidad del objeto y a la enorme trascendencia que en este campo se ha de reconocer a las condiciones éticas y sociopolíticas, es la aplicable.

En resumen, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, en cuanto permiten a su titular, o sea a la persona, al igual que en todos los demás reclamar el respeto general, y en caso de lesión, impetrar el auxilio de la justicia y la oportuna sanción del infractor.

En la doctrina suelen calificarse como derechos innatos u originarios, con alguna excepción se adquieren por y desde el nacimiento, sin formalidad ni requisito alguno complementario. Son concebidos al hombre por el derecho natural y por el solo hecho de ser hombre. Pero es éste un carácter discutido, pues no tiene sentido hablar de derechos más allá del ordenamiento jurídico, cuando no se trate, precisamente, de clarificar la legitimación de un sistema que no los reconozca. Quiere con ello decirse, sin embargo, que tales derechos protegen atributos o bienes que tienen un valor prejurídico, o bien que protegen y defienden bienes esenciales, que constituyen el núcleo más profundo de la personalidad.

También se califican como derechos de carácter absoluto, en cuanto son oponibles erga omnes e imponen una obligación negativa a todos, excluyendo cualquier conducta que venga a lesionar su contenido. Se cuestiona la categoría de derechos absolutos, argumentando que el epíteto absoluto obliga a quienes lo utilizan a precisar de inmediato que ello no significa que el derecho tengan un contenido infinito o ilimitado.



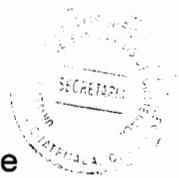
Por ello, para evitar confusiones y circunloquios, sugiere la calificación de derechos generales, en cuanto a que todos pertenecen y a todos obligan.

“Otra de las características fundamentales de los derechos de la personalidad consiste en su extrapatrimonialidad, en cuanto, en sí mismos considerados, deben ser excluidos del comercio de los hombres, porque carecen de valoración económica concreta, aunque su lesión pueda dar origen a un resarcimiento pecuniario, mediante la indemnización de los daños morales causados”.¹²

Por ende, la falta de valoración económica implica que los derechos de la personalidad no pueden ser objeto de expropiación, ni de embargo, ni de ejercicio por otro; ya que nada aportarían a un tercero y, sin embargo privarían a su titular de facultades inherentes a la persona que el sistema jurídico considera indisponibles. Los derechos de la personalidad se hallan claramente caracterizados por su inherencia a la persona, que no puede ser despojada de tales derechos, ni sufrir en ellos por las circunstancias que atravesase ni por las condiciones de salud, situación, etcétera, e incluso por la condición de nacional o extranjero. Así, la ley establece que los extranjeros gozan también de tales derechos.

La inherencia a la persona significa, ante todo, que los derechos de la personalidad corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo, sin necesidad, por tanto, de circunstancias, requisitos o situaciones sociales de orden complementario.

¹² Moreno Quezada, Bernardo. **Derecho civil de la persona y de la familia**. Pág 23.



Toda persona tiene derechos de la personalidad, que el ordenamiento-jurídico debe reconocer de forma general y necesaria, si bien, claro es, dentro de los parámetros axiológicos de convivencia generalmente aceptados y legalmente establecidos.

Consecuencia de esta inherencia es que los derechos de la personalidad sean:

Intransmisibles: esto es, no pueden ser objeto de comunicación o transferencia a favor de otra persona por título alguno, son sustraídos a la libre disposición de su titular.

Indisponibles: salvo ciertas disposiciones parciales y concretas, que no excluyan la titularidad para el futuro. Por ejemplo, utilización de la imagen, disposición de alguna parte del cuerpo para ciertas finalidades.

Irrenunciables: lo que se traduce en la nula eficacia de cualquier acto por el que definitivamente un sujeto se desprenda de alguno de los derecho, aunque cabe la renuncia en concreto y para actos singulares de algún derecho.

Imprescriptibles: no hay plazo ni término para su ejercicio, en general, aun cuando puede haberlo para el ejercicio de determinadas acciones de defensa.

La doctrina veía, fundamentalmente, dos clases o tipos: bienes o derechos esenciales que son vida, integridad y libertad y bienes o derechos sociales e individuales que son honor, intimidad, imagen, derecho moral de autor y nombre.



La distinción se basa en la esfera de protección y en el bien protegido, según fuere un atributo básico para la existencia misma de la persona o afectara a su proyección respecto de los demás.

2.4. Los derechos fundamentales de ámbito personal

Otros derechos contenidos en los artículos 35, 71 y 104 de la Constitución Política como la libertad de expresión, libertad de enseñanza, derecho a la huelga presentan, en general, la respuesta del ordenamiento a problemas y conflictos en que el tratamiento constitucional se complementa con normas procedentes de otros sectores del ordenamiento penal, administrativo, laboral, etc. y obedecen, además, a una tradición doctrinal o jurisprudencial científicamente formada en otras disciplinas jurídicas.

Un grupo de derechos fundamentales como la propiedad y herencia comprende problemas específicamente jurídico-civiles, pero un buen planteamiento docente inclina a dejar su tratamiento para el lugar adecuado según el plan de la asignatura generalmente aceptado, cuando ya se han explicado otros instrumentos conceptuales más complejos.

Quedan, en cambio, los derechos fundamentales que se han denominado, recogiendo la terminología y clasificación derechos de ámbito personal y de la esfera privada, en que se expresa la protección de los bienes y valores de la persona que constituyen el núcleo más profundo de la personalidad, y el presupuesto del tratamiento de la persona como sujeto del derecho en relación directa con los demás.



Tales derechos, además, reciben, en general, la mayor parte de ellos y de la protección constitucional, un tratamiento delineado por doctrina y jurisprudencia jurídico-civil. Y aun cabría decir que la protección constitucional se opera desde conceptos y perfiles que han sido históricamente formados por la ciencia del derecho civil.

Por otra parte, es de resaltar la importancia que reviste la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y la Comisión, con ocasión del Consejo Europeo de Niza, es el texto más notable de los elaborados hasta ahora en la Unión Europea en lo que afecta al derecho de la persona.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en un único texto, el conjunto de derechos civiles, políticos y sociales de los ciudadanos europeos y de otras personas que, sin serlo, viven en el territorio Unión.

Sistemáticamente estos derechos se agrupan en seis capítulos, respectivamente referidos a la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Los mismos son reconocidos se basan fundamentalmente en ellos y en las libertades reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión, la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la Carta Comunitaria fundamental de los trabajadores, así como en otros convenios internacionales a los que se han adherido la Unión Europea y sus Estados miembros, así como en los reconocidos en las Constituciones de estos mismos



Estados y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.5. Protección a la persona en la legislación ordinaria

Una serie de eventuales atentados o violaciones de los derechos y valores de la persona son asumidos por el legislador, como típicos y sancionados mediante la imposición de penas. Se tutelan así la mayor parte de las manifestaciones de la personalidad y de las violaciones de los derechos fundamentales como la vida, integridad, honor, etc., cuando se producen voluntaria e intencionalmente o por imprevisión o negligencia inexcusables y se ajustan a la previsión normativa del tipo, dando entonces lugar a un juicio de reproche por parte de los jueces y tribunales que determina para el infractor la privación de ciertos derechos y la imposición del deber de reparar el daño, o sea, la responsabilidad civil, que puede no ser patrimonial, aunque regularmente se repara mediante un resarcimiento pecuniario.

La legislación se interpreta desde los criterios constitucionales, pero la cobertura de los bienes e intereses que ofrece contribuye, mediante un efecto de la interpretación constitucional.

2.6. Protección civil

Los bienes y valores de la persona pueden dar lugar, en caso de violación o infracción, a la defensa por el titular ante los jueces y tribunales que, sin perjuicio de



que pueda abocar en mecanismos de protección constitucional, pueden producir decisiones de protección por parte de los tribunales ordinarios en el doble orden de impedir la prosecución del ataque o lesión, y de acordar la reparación de los daños causados, lo que se traducirá en la imposición de una obligación de reparación que comprenderá también el daño moral, por la vía de preceptos como el Artículo 1645 del Código Civil.

Este precepto constituye también un remedio residual, que entra en juego en defecto de otro u otros, para conseguir la reparación de daño, o que puede acompañar otras pretensiones dirigidas a restaurar la situación de los derechos o libertades infringidas por la acción de particulares.

La tutela civil de los derechos de la persona ha sido perfilada desarrollada por leyes y disposiciones que en materia de derechos fundamentales deben siempre ser interpretadas desde la primaria constitucional que instaura el Artículo 2 de la Constitución Política de la República.

2.7. Normativa encargada de la protección de la persona

Se ha de tener en cuenta la legislación de la protección constitucional y de la definición de derechos fundamentales. Destacan entre el conjunto de disposiciones las siguientes: Ley de la Tercera Edad, Decreto 80-96; Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96; Ley de Protección al



Consumidor y Usuario, Decreto 006- 2003; Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27-2003, y Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

2.8. Importancia de los derechos de la persona

Las múltiples interrogantes, éticas y jurídicas, que plantean las nuevas líneas de investigación abierta, han sido ajenas para el legislador guatemalteco, a diferencia de lo que sucede en el seno de la Unión Europea. En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sigue los pasos de otras organizaciones internacionales, como la UNESCO, la Organización Mundial de la Salud o el Consejo de Europa, al establecer en su Artículo 3 que toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

“Se tienen que respetar en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de personas. La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, consiste en la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.¹³

El polimorfismo de las cuestiones aludidas en este precepto y la multiplicidad de dudas éticas, sociales y jurídicas que plantean, explican que, si bien los pasos dados

¹³ **Ibid.** Pág 25.



hasta ahora en la Unión Europea en orden a la armonización o unificación del derecho en estos temas no han sido ni mucho menos definitivos, sí se esta trabajando con creciente intensidad en lograr un marco común que al menos permita la adopción de un estándar mínimo en esta temática. La tarea del legislador guatemalteco en esta materia es nula y desesperanzadora.

Los temas implicados en los avances son extraordinarios entes amplios y complejos, por ejemplo, el consentimiento informado en relación con la realización de pruebas y su compatibilidad con derechos fundamentales como la dignidad e integridad de las personas, la patentabilidad de la materia viva, las perspectivas jurídicas en tomo a la clonación humana, la investigación sobre las células madre.

Los peligros que encierra el uso inadecuado de los datos obtenidos a través de la realización de pruebas genéticas, y la posibilidad de que de ese mal uso se deriven nuevas formas de discriminación entre los seres humanos, han sido puestos de manifiesto ya en varias ocasiones.

Los datos genéticos constituyen un tipo de información muy completo y específico, susceptible de revelar datos no sólo sobre el individuo en cuestión, sino también sobre los miembros de su familia.

Por otra parte, las esperanzadoras perspectivas terapéuticas que plantea la investigación con células madre procedentes de embriones humanos en los primeros estadios de su desarrollo y, más en concreto, la posibilidad de obtenerlas



a partir de práctica de clonación o terapia de sustitución celular mediante transferencia nuclear, unido al silencio normativo sobre la cuestión, ha planteado a nivel mundial, la necesidad de autorizar explícitamente este tipo de prácticas o, por el contrario, la conveniencia de prohibirlas.





CAPÍTULO III

3. La capacidad de obrar y la patria potestad

Existen determinadas circunstancias que afectan con mayor o menor permanencia a las personas y que se caracterizan, además, por ese su carácter estable, por traducirse en limitaciones de su capacidad de obrar.

Estas causas de modificación de la capacidad de obrar pueden tener su fundamento en la naturaleza o en un imperativo de la ley, y todas aquellas en conjunto, determinan el estado individual de la persona, no debiendo confundirse lo que es verdadera capacidad de obrar con las condiciones psíquicas adecuadas para obrar válidamente.

3.1. La edad como causa modificativa a la capacidad de obrar

“La edad de la persona marca el tiempo de vida transcurrido desde su nacimiento hasta un determinado momento. Esta circunstancia temporal, con repercusión innegable en el mundo de lo normativo, es considerada por el derecho como factor determinante de la mayor o menor capacidad de obrar”.¹⁴

La edad tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico para la producción de algunos efectos jurídicos, como acontece en caso de desaparición de una persona a

¹⁴ Zannoni, Eduardo. **Derecho de familia**. Pág 99.



fin de estimar su posible fallecimiento, de conformidad con el Artículo 63 del Código Civil; o para excusarse del cargo de tutor, entre otros supuestos. Al margen de estas posibles consecuencias, la edad tiene un significado específico, que es el de marcar las fases en la evolución y desarrollo de la persona, con gran trascendencia en las primeras etapas de su vida, pues el hombre cuando nace o goza plenamente de todas sus facultades físicas y psíquicas, éstas se desarrollan conforme se va desenvolviendo el período normal de su formación.

Según lo dispuesto en el Artículo 8 del Código Civil, la mayoría de edad se fija en el ordenamiento a los 18 años. Y por otro lado, el legislador limita la capacidad de obrar del menor de edad, que es sometido al cuidado y protección de sus padres o del tutor según sea el caso.

En el derecho actual es regla general el venir establecida una determinada edad, igual para todos los sujetos, a partir de la cual se presume adquirida de modo automático la aptitud general para poder actuar por sí mismo en el mundo del derecho.

Ciertamente, en vez de atender a particulares aptitudes físicas o intelectuales de cada individuo, se presenta más acertado hoy en día determinar la concesión de la capacidad de obrar o de ejercicio de la persona partiendo de presumir que genéricamente al llegar a una determinada edad todo sujeto ha adquirido la suficiente madurez para por sí mismo poder ejercitar sus derechos, defender sus intereses y asumir obligaciones, respondiendo personalmente de sus actos jurídicos.



Dentro del Código Civil y otros cuerpos legales se pueden señalar una serie de edades a cuyo cumplimiento se encuentra supeditado el ejercicio de determinados derechos o la asunción de algunas obligaciones: así la mujer mayor de 14 años y el varón mayor de dieciséis pueden contraer matrimonio siempre que medie la autorización de sus padres según los artículos. 81 y 94 Código Civil; además la mujer mayor de 14 años tiene capacidad civil para reconocer a sus hijos sin necesidad de consentimiento alguno, de conformidad con el Artículo 218 del Código Civil; a los 14 años una persona puede celebrar un contrato de trabajo según el Artículo 259 del Código Civil y artículos 31 y 150 del Código de Trabajo; de acuerdo con el artículo 303 del Código Civil a los menores que hayan cumplido 16 años del tutor debe asociarlos en la administración de los bienes; la aptitud para ser testigo en juicio se adquiere a los 16 años según el Artículo 143 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.2. Situación jurídica del menor de edad

Con la minoría de edad se hace referencia a la situación de la persona desde que nace hasta que cumple la mayoría de edad a los 18 años. Esta situación del menor se caracteriza, de un lado, por las restricciones que sufre en su capacidad de obrar y, de otro, por su dependencia de otras personas que asumen su protección; éstos pueden ser los padres, titulares de la patria potestad, o el tutor.

El estado de menor de edad se caracteriza por su trascendencia sobre la capacidad de obrar, a diferencia de otros estados como la nacionalidad o filiación. Por ello, el



estudio que del mismo tiene que versar necesariamente sobre los actos que el menor puede realizar por sí mismo, y aquellos que le están vedados.

Otro aspecto que conforma el status del menor de edad, lo constituye la especial protección que sobre el mismo se establece a través de la patria potestad o la tutela, que ejercen respectivamente los padres titulares de la misma.

Esta relación se integra por una serie de facultades y deberes concebidos en interés del menor de edad; de ahí que tengan distinto contenido aquellos que corresponden a los padres y al tutor, y los que se atribuyen al hijo o pupilo, respectivamente.

Una facultad común a los padres titulares de la patria potestad y a los tutores, es la representación legal del hijo o pupilo para los actos que no esté capacitado para realizar por sí mismo.

“Implica un fenómeno de sustitución del menor por parte del representante, que se coloca en la posición del primero para realizar un acto jurídico, cuyas consecuencias afectan directamente a la esfera personal o patrimonial del menor”.¹⁵

La representación legal constituye así, pues, la otra cara de la moneda de la incapacitación del menor, pues para los actos que éste último no pueda realizarse legítima al representante, a fin de que el menor no quede desprotegido en la defensa de sus derechos. Sin embargo, no se puede predicar una plena identidad

¹⁵ **Ibid.** Pág 135.



entre una y otra, ya que hay actos que el representante no puede realizar por el menor, y éste tampoco está capacitado para actuar por sí mismo. Supuesto que se da en relación a determinados actos de carácter personalísimo, como el matrimonio o el testamento.

3.3. La mayoría de edad

La mayoría de edad supone el reconocimiento por parte del legislador de la madurez psíquica de la persona para gobernarse por sí misma, que se asienta en una presunción legal de que esta madurez se alcanza igualmente por todos en el momento que se cumple una determinada edad, con independencia de las aptitudes individuales.

El ordenamiento jurídico en la legislación guatemalteca fija una única edad, que es la de los 18 años.

En el ámbito del derecho privado la mayoría de edad supone el tránsito de una situación de dependencia y limitación de la capacidad de obrar, que es la minoría de edad, a una situación de independencia y plena capacidad de obrar. Por cumplimiento de mayoría de edad se extingue, de un lado, la patria potestad y la tutela y de otro se amplía la capacidad de obrar del individuo que llega a su plenitud.



3.4. La incapacidad

La incapacitación es la máxima limitación a la capacidad de obrar de la persona que admite el ordenamiento jurídico, esto es, la privación de capacidad de la persona. Por consiguiente, la incapacidad se traduce en la carencia de aptitud para que la persona que tiene capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma.

Ahora bien, como la capacidad de obrar se caracteriza por ser susceptible de graduación, se puede tener más o menos capacidad de obrar y por la posibilidad de imponer sobre ella restricciones a su ejercicio, la incapacitación se manifiesta como una limitación graduable de la capacidad de obrar, que por ello, no impone las mismas restricciones a todos los sujetos.

En todo caso, se trata de un status que afecta exclusivamente a las personas físicas, es un estado civil de la persona física. Por ello, incapaz para el derecho es la persona física que tiene restringida su capacidad de obrar por declarar una sentencia judicial que concurre alguna de las causas o circunstancias que le impida gobernarse por sí misma. Aparte de la edad, que obra automáticamente como causa modificadora de la capacidad de obrar, existen una serie de causas que producen el mismo efecto, pero para cuya aplicación será necesaria una declaración previa de incapacidad.

De este modo la situación jurídica de las personas se basará, no en sus cualidades o condición natural, sino en una causa objetiva: en la declaración judicial con lo que se



da una mayor estabilidad al estado de las personas y se logra mayor seguridad para terceros.

Se trata, por tanto, de un acto judicial que modifica el estado civil de una persona, sometiéndola a una especial tutela y que exige un procedimiento previo.

"Sus efectos son constitutivos de la incapacidad jurídica y de la tutela subsiguiente. Naturalmente que para que tal declaración proceda, se impone la prueba de una incapacidad de hecho, sin la cual la incapacidad no sería posible. Dentro de las causas de incapacitación están las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma".¹⁶

La enfermedad debe ser objeto de atención de los poderes públicos, a los que les corresponde organizar y tutelar la salud pública, en el marco de derecho a la salud que reconoce el Artículo 94 de la Constitución Política de la República.

El legislador se preocupa asimismo de la protección de la esfera privada de aquellas personas que, por tener disminuida su capacidad natural como consecuencia de alguna enfermedad o deficiencia, no pueden gobernarse por sí mismas. A esta finalidad responde el procedimiento de incapacitación, por el que se restringe la capacidad de obrar de estas personas, y se les somete al cuidado y

¹⁶ **Ibid.** Pág 145.



protección de otras, que pueden ser los padres titulares de la patria potestad, o el tutor y protutor.

Esta es una figura relativamente reciente en la historia de las instituciones de derecho privado, ya que aparece en el siglo XIX; aunque se pueden encontrar precedentes a la misma en las restricciones que se imponía a la capacidad de obrar de determinadas personas a las que, por sus aptitudes individuales o por su comportamiento antisocial, se les sometía a la custodia de otra persona o institución, como ha ocurrido tradicionalmente con los enfermos mentales o con los pródigos.

Como se ha dicho, la incapacitación supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de sus derechos, que afecta a los principios constitucionales de igualdad y libertad.

Por ello, su regulación y aplicación ha de estar rodeada de todas las garantías que requieren estos derechos fundamentales. En este sentido la existencia de un procedimiento judicial para declarar la incapacitación, constituye por sí una garantía para el presunto incapaz; pero ésta sería insuficiente, si las causas de incapacitación no estuvieran fijadas legalmente, pues la decisión sobre la misma no puede quedar al arbitrio del juzgador, de los particulares interesados.

Asimismo, la determinación concreta de las causas que pueden dar lugar al procedimiento de incapacitación, deben responder también a los principios constitucionales expuestos; lo dicho impide que se tomen en cuenta



comportamientos o circunstancias, que puedan atentar contra el principio de no discriminación consagrado en el Artículo 4 de la Constitución; es decir que no resistan el juicio de racionalidad que viene exigiendo la jurisprudencia constitucional.

En este sentido parece que las causas de incapacitación han de fundarse en las aptitudes personales del sujeto, que le impidan o dificulten ejercer responsablemente el ejercicio de sus derechos, desde la perspectiva de la defensa de sus propios intereses y, acaso, en algunos comportamientos individuales que pongan en peligro o atenten los legítimos intereses de otras personas; debiéndose ponderar por el legislador en este último supuesto, la idoneidad o adecuación de este tipo de medidas en relación a esos intereses que se quieren defender.

La incapacitación es, pues, un estado civil de la persona que se constituye por sentencia judicial dictada en juicio contradictorio, fundada en causa legalmente prevista, y que tiene como efecto la limitación de la capacidad de obrar, y sometimiento del incapaz a la custodia o la asistencia de la patria potestad o de la tutela.

En sede de capacidad la norma general, es la plena capacidad de obrar, la incapacitación es una restricción a la capacidad de obrar de la persona y es uno de los estados civiles reconocidos en nuestro ordenamiento.



3.5. Causas de incapacitación

Según el Artículo 9 del Código Civil son causas de incapacitación la enfermedad mental que priva de discernimiento a quienes la adolecen, las personas que abusan de bebidas alcohólicas o de estupefacientes.

La enumeración de estas causas contenidas en el Artículo consta de varios elementos bien diferenciados. Uno se refiere a las enfermedades mentales. La referencia a las enfermedades y deficiencias revisten tal grado de generalidad, que permite incluir en las mismas cualquier alteración psicofísica que pueda padecer la persona, en la que se deben incluir la toxicomanía y el alcoholismo, tal como se desprende de la lectura íntegra del precepto. Estas enfermedades o deficiencias han de ser permanentes, en el sentido de que sea previsible, por las características de las mismas, su duración prolongada; es requisito que se justifica por la trascendencia que para la persona tiene la incapacitación, cuya constitución y extinción no puede depender de cualquier alteración transitoria de sus facultades.

Las mismas características del procedimiento de incapacitación no permitirían este tipo de actuaciones. Con ello se excluyen los estados o situaciones de duración como la enajenación mental transitoria, estados hipnóticos temporales, depresiones anímicas provocadas por estrés, etc.

El segundo elemento se refiere a las consecuencias que las mencionadas enfermedades y deficiencias puedan tener en la persona afectada: que le impidan



governarse por sí misma. Es decir, que incidan de tal manera sobre la capacidad natural de la persona que ésta no pueda actuar responsablemente en la defensa de sus propios intereses, que le priva del discernimiento, tal como lo señala el Artículo 9 del Código Civil. Esto último es lo que constituye el criterio delimitador de las causas de incapacitación, el que se justifica que se inicie un procedimiento de incapacitación, y el que fijará en última instancia el grado de incapacidad que se disponga en cada caso.

3.6. Procedimiento de incapacitación

Se comprenderá que privar de la capacidad de obrar a una persona que, en principio y como regla, goza de ella, es una cuestión sumamente grave.

Por consiguiente, es cuestión que queda única y exclusivamente encomendada a la autoridad judicial.

Sólo el juez, tras el correspondiente proceso y mediante sentencia, en virtud de las causas establecidas en la Ley, podrá declarar incapaz a una persona.

En este sentido, la declaración judicial de incapacitación es la que da carta de naturaleza a esta figura, y la diferencia de todos aquellos supuestos, en los que simplemente existen personas que tienen disminuidas sus facultades para gobernarse, por sí mismas, sin que se haya producido una intervención judicial al respecto.



Pues, sólo se puede hablar de incapacitación cuando tal estado civil ha sido declarado por el juez en juicio correspondiente.

En cuanto a la legitimación para iniciar el procedimiento de incapacitación le corresponde solicitarla indistintamente a la Procuraduría General de la Nación, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir.

En cuanto a la tramitación judicial hay que tomar en consideración el procedimiento regulado en los Artículos del 407 a 410 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La sentencia de incapacitación que recaiga tras el procedimiento seguido al efecto no tiene carácter definitivo, si sobrevienen nuevas circunstancias, parece aconsejable proceder a una nueva declaración, que puede tener por objeto dejar sin efecto la anterior, o modificar su contenido respecto a la capacidad de obrar del incapaz, ésta puede ser solicitada por quienes tienen derecho a pedirla o el mismo declarado incapaz.

Es decir, la sentencia por la que se declara la incapacitación es revisable, ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, dado que las condiciones físicas o psíquicas del incapacitado pueden varias mejorando o empeorando.



3.7. Instituciones tutelares

Las restricciones a la capacidad de obrar que con carácter general se disponen para determinadas personas, como el menor de edad y el incapacitado, deben ir acompañadas de un tipo de protección, que sustituya y asista en el ejercicio de sus derechos y cuide, en su caso, de su persona y bienes. Esta función la cumplen con distinto alcance los padres a través de la patria potestad que ejercen sobre los hijos, el tutor nombrado por el juez, el tutor designado también judicialmente y, para supuestos concretos, el defensor judicial.

La patria potestad, que corresponde únicamente a los padres, se ejerce sobre el hijo menor de edad o que siendo mayor estuviere incapacitado. Los padres titulares de la patria potestad asumen la representación legal de los hijos, además de otras funciones destinadas al cuidado, alimentación y formación de los mismos.

En defecto de los padres titulares de la patria potestad, bien porque hayan fallecido o hayan sido privados de la misma, la representación de los menores de edad y de los incapacitados la asume el tutor designado por el juez. Generalmente el tutor cumple también otras funciones referidas a la persona del pupilo, cuyo contenido puede variar para estos últimos dependiendo del alcance de la incapacitación y de las competencias atribuidas por el juez.

Todas estas instituciones cumplen con el cometido de atender a la protección de la persona que, en mayor o menor medida, tiene limitada su capacidad de obrar; pero



no todas tienen el mismo significado ni asumen la misma función, pues su fundamento es diferente; por lo que cabe cuestionarse la oportunidad de abordar su estudio en sede de derecho de la persona cuando, desde el punto de su naturaleza, encuentran mejor ubicación en otra parte del derecho civil. Esta reflexión se puede aplicar a la patria potestad, que es una institución típica del derecho de familia, ya que se asienta en la relación jurídica paterno filial que se establece entre padres e hijos, donde adquiere toda su dimensión y encuentra su pleno significado. Por lo que parece aconsejable remitir su estudio al derecho de familia.

Respecto a la tutela también es una institución tutelar, que es sustitutiva de la patria potestad.

“La tutela es la institución destinada a completar la capacidad de obrar de ciertas personas mediante la designación por el juez de la persona que ha de cumplir esa función tuitiva de los intereses del tutelado o pupilo, o bien mediante declaración de voluntad”.¹⁷

Esta institución tutelar tiene un interés público, que se ejerce bajo la salvaguarda de los tribunales de justicia. Consecuencia de ello es que la vigilancia de la misma se somete por parte del control judicial, que deberá ser informado sobre el ejercicio de la tutela anualmente.

¹⁷ Valpuesta, Eduardo. **Derecho de familia**. Pág 90.



La tutela testamentaria se encuentra contenida en el Artículo 297 del Código Civil, es la que se instituye por testamento del padre o madre o adoptante sobreviviente para los hijos que estén bajo su patria potestad.

La tutela legítima se encuentra regulada en el Artículo 299 del Código Civil que corresponde a los familiares del menor o declarado incapaz en el orden que se encuentra estipulado en el mencionado precepto.

La tutela judicial es la que procede por nombramiento de juez competente cuando no haya tutor testamentario ni legítimo contenido en el Artículo 300 del Código Civil.

La tutela legal no se encuentra específicamente mencionada en el Código Civil, sin embargo en el artículo 308 de ese cuerpo legal se estipula que los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social son tutores o representantes legales de los menores o incapacitados que acojan en dichos establecimientos.

Procede constituir la tutela en los supuestos en los que una persona, por tener limitada la capacidad de obrar, necesite la asistencia de un representante legal que le sustituya en el ejercicio de sus derechos y cuide, en su caso, de su persona y bienes, cuando esta función la ejerzan los padres a través de la patria potestad.

La iniciativa para su constitución corresponde a los parientes llamados a ejercerla, en este caso estamos hablando de la tutela legítima.



El nombramiento ha de hacerlo el juez. Para la designación de la persona o personas que deban ejercer el cargo de tutor, el juez deberá tener en cuenta la designación hecha por los padres en el testamento. Cuando es legítima de acuerdo al orden establecido, y cuando no existan estos dos tipos de tutela, se acudirá a la tutela judicial. En este caso, se le reconoce al juez un cierto margen de arbitrio en su elección, que deberá justificarse en el interés del menor.

El nombramiento puede recaer en un solo tutor o en varios, a los que se les puede atribuir funciones diferentes.

Asimismo, se debe considerar que para el nombramiento de tutor, es fundamental tomar en cuenta lo regulado el Código Civil en los artículos 314 a 318, preceptos que contienen las causales de inhabilidad y excusas para el ejercicio de la tutela.

“El contenido de la tutela vendrá determinado en cada caso por la resolución de incapacitación, que es la que fija la extensión y límites a la capacidad de obrar, así como el régimen de la tutela que ha de quedar sometido el incapacidad”.¹⁸

Al margen de esta disposición concreta, en el Código Civil se recogen una serie de reglas de carácter general sobre el ejercicio de la tutela que se deben tener en cuenta por si procede su aplicación al caso concreto.

¹⁸ **Ibid.** Pág 40.



En el ámbito personal las relaciones entre el tutor y el menor o incapacitado se caracterizan por el respeto y obediencia que el segundo debe al primero y por la obligación del protutor de velar por los derechos del pupilo. En el aspecto patrimonial, se regulan los actos en los que el tutor debe recabar la autorización judicial. Estos actos están enumerados en el Artículo 332 y se refieren a contratos, que por su trascendencia pueden afectar de manera importante al patrimonio del menor.

Finalmente, el tutor no podrá representar al pupilo, o contratar con éste o sus causahabientes en los supuestos especialmente prohibidos en el Artículo 336 del Código Civil.

Las causas por las que se extingue la tutela son las siguientes:

Por sobrevenirle al tutor o protutor alguna de las incapacidades mencionadas en el Artículo 314 del Código Civil; por remoción del cargo de tutela y protutela por alguna de las circunstancias numeradas en el Artículo 316 del Código Civil.

Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado, por la adopción del pupilo menor de edad; y por fallecimiento de la persona sometida a tutela.

El defensor judicial desempeña su labor de representación, asistencia y protección en determinados casos. Esta figura responde a la necesidad que se puede plantear en cualquier momento, de defender los intereses de aquel que tiene limitada la capacidad



de obrar, cuando no pueden cumplir este cometido las instituciones específicamente destinadas a ello, como la patria potestad y la tutela. Por ello tiene una vigencia transitoria y su contenido se limita a actuaciones muy puntuales.



CAPÍTULO IV

4. La justicia de familia

“El problema del acceso a la justicia, en general, erróneamente se cree resuelto con poner a disposición de los usuarios del servicio un órgano jurisdiccional que atienda sus demandas”.¹⁹

Sin embargo, esto solamente soluciona el problema del acceso al órgano jurisdiccional, pues acceder realmente a la justicia como tal implica la existencia y consecución de una serie de condiciones que al ser cumplidas aproximarían más al usuario al ideal de acceso a la justicia, por lo menos aunque sea desde uno de los tantos puntos de vista que pudieran existir dentro de un proceso, como tantos actores intervengan en el mismo.

En el caso de la justicia de familia, es necesario situar el siguiente análisis dentro de lo sucede en los tribunales de justicia de familia de Guatemala actualmente, sin profundizar en aristas que podrían presentarse en algunos juzgados por estar ubicados en una población con escasos recursos económicos, sino más bien observando el problema de una manera general con el objeto de establecer algunos de los problemas prácticos más evidentes que se presentan en la administración de justicia en Guatemala y que seguramente también sufren de alguna u otra forma otros países latinoamericanos, y que obstaculizan la realización del ideal de acceso a la justicia de familia, así como algunas alternativas de solución.

¹⁹ Rodríguez Silva, María Elena. **Derecho de familia**. Pág 114.



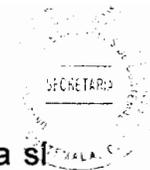
4.1. Selección del juzgador

Además de los requisitos generales que deberá llenar una persona para optar al cargo de juez o magistrado, indicados en el Artículo 207 de la Constitución Política de la República, para ser juez o magistrado de familia la legislación guatemalteca establece requisitos específicos que están contenidos en la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206.

Siendo los mismos los siguientes: como requisitos obligatorios exige tener más de treinta y cinco años de ser abogado colegiado; y como requisito no indispensable, pero deseable, ser jefe de hogar.

La redacción poco afortunada del Artículo, que parece suponer que dicho cargo deberá ser ejercido por el género masculino, puede encontrar su explicación en que la ley fue creada, cuando poco o nada habían influenciado las corrientes feministas en el medio y en cuanto al último requisito, debería ser elevado y a la categoría de obligatorio, pues nada como la sensibilidad, madurez y sensatez que lleva consigo la paternidad o maternidad que constituye una herramienta insustituible para el juez de familia.

La rama de familia, por la naturaleza de los asuntos sometidos a su jurisdicción y por su contenido ético, exige que quien juzga no sólo llene aquellos requisitos, sino que esté investido de una verdadera autoridad moral que de garantía de imparcialidad al momento de juzgar. Imparcialidad porque mal puede juzgar un ebrio o una ebria,



violento e irresponsable, ya que en cada caso se estaría juzgando y absolviendo a sí mismo.

Más que ninguna otra rama del derecho, el ramo de familia exige del juzgador, no sólo una preparación y especialización jurídica adecuada, sino la ausencia de prejuicios morales y religiosos que podrían influir en su buen juicio.

La aplicación de un examen psicométrico diseñado específicamente para determinar los aspectos, así como una investigación socioeconómica dirigida a establecer los aspectos externos de la conducta del aspirante a juez en su ámbito privado servirían para establecer si llena el perfil adecuado para ser juez de familia.

4.2. Importancia

El equipo de trabajo del juez de familia, además de los requisitos generales que debe llenar cualquier persona que aspire a laborar en el Organismo Judicial, debe llenar los requisitos de moralidad y méritos reconocidos que indica el Artículo 7 de la Ley de Tribunales de Familia.

Efectivamente, el Artículo 7 de la Ley, indica que los nombramientos serán hechos adoptando para ello el sistema de selección más adecuado, a fin de que los nombrados sean personas de moralidad y méritos reconocidos.



De acuerdo a este Artículo, la Ley exige de los auxiliares judiciales de los juzgados de familia que no sólo llenen los requisitos que debe cumplir cualquier persona que desee trabajar para el Organismo Judicial, sino que además sean personas que demuestren poseer tales cualidades.

Puede ser que el Organismo Judicial no haya creado los mecanismos para hacer cumplir esta disposición porque considera que no sólo los empleados que laboren en los juzgados de familia deben llenar esos requisitos, sino todos los trabajadores del Organismo Judicial, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial.

Allí, se encuentran los requisitos de ingreso al régimen de oposición en donde la literal c) exige que el aspirante deberá ser de reconocida honorabilidad. Pero en mi opinión, no hay contradicción entre ambos artículos, el 16 de la última línea citada y el 7 de la Ley de Tribunales de Familia, pues la primera es una ley de carácter general aplicable a todas las personas que deseen laborar en cualquiera de los juzgados y tribunales del organismo judicial.

Es, por así decirlo, el primer escollo que salvar. Pero si una persona desea laborar en un juzgado de familia, deberá salvar el segundo escollo, que es cumplir con los requisitos del Artículo 7 de la Ley de Tribunales de Familia, que es la ley que específicamente regula lo relativo a la organización de estos juzgados con jurisdicción privativa. Concretamente, deberían excluirse como trabajadores del ramo de familia a



personas contra quienes haya habido necesidad de iniciar demanda para obtener alimentos o se hayan dictado medidas de seguridad de violencia intrafamiliar.

Los jueces y auxiliares judiciales deberían estar siendo capacitadas de manera continua sobre la nueva Ley de Adopciones, se nota ausencia de cursos específicos sobre derecho de familia.

Existe falta de consenso para resolver algunas situaciones específicas, evidenciándose este fenómeno principalmente en la violencia intrafamiliar.

4.3. Obstáculos

En cada departamento del país existen delegaciones de instituciones que persiguen objetivos afines a los de los órganos jurisdiccionales de su localidad, o que sirven de apoyo a éstos, tales como brindar protección y apoyo a la familia y/o a la niñez, sin embargo la falta de una adecuada comunicación genera que cada institución trabaje aisladamente, llegando incluso y sin proponérselo, a obstaculizarse mutuamente.

Esto se podría evitar si se lograra reunir a los representantes de los órganos jurisdiccionales y de las instituciones en torno a una mesa común, en la que se discutiera la forma más eficaz de realizar cada uno sus funciones de una manera coordinada, sin que esto se considerara como una interferencia, compartiendo información y unificando líneas de acción para la consecución de los fines.



“En un espacio como ese, las primeras reuniones se aprovecharían para que los representantes de cada una de las instituciones indicadas se conociera personalmente, compartiera teléfonos y direcciones, y asumiera el compromiso de atender personalmente las inquietudes o dudas de los demás”.²⁰

Lo anotado, puede darse de forma personal o a través de un teléfono directo, así como para unificar líneas de trabajo, no sólo en lo atinente a la problemática de la niñez víctima, sino en cuanto a la violencia intrafamiliar.

4.4. Falta de acción

Este tema es un problema generalizado en todo el país y que exige una pronta solución, específicamente en lo que respecta a la violencia intrafamiliar, pues de nada sirve otorgar medidas de seguridad a favor de las víctimas, si se quedan solamente en el papel y la institución encargada de hacer efectiva la protección brindada por el órgano jurisdiccional no cumple con su función, o acude al lugar de los hechos cuando ya es demasiado tarde para la víctima.

Poco se puede hablar de acceso a la justicia cuando las órdenes de los jueces son burladas fácilmente y no se cuenta con un órgano que haga efectiva la coertio de que están investidos los jueces en virtud de la jurisdicción.

²⁰ **Ibid.** Pág 78.



Las consecuencias de esta mala práctica son desastrosas, pues en cuanto a las partes, la incapacidad de la policía para cumplir y hacer cumplir las órdenes judiciales emanadas de los juzgados de familia, provoca en las víctimas un sentimiento de frustración y desconfianza en las autoridades, teniendo frente a sí mismas como única alternativa afrontar el peligro o buscar soluciones arriesgadas muchas veces al margen de la ley en de protegerse a sí mismos, a sus hijos o a sus familiares de una acción injusta en su contra.

En cuanto al agresor, percibe el mensaje negativo de que la ley no puede compelerlo a comportarse dentro del marco de legalidad, pues se burla fácilmente de las órdenes judiciales y descubre que puede realizar cualquier acción ilegal sin temor a sufrir las consecuencias que las mismas comportan.

La factura se paga el órgano jurisdiccional también es alta, ya que en general la desconfianza en el aparato de justicia genera ingobernabilidad, y específicamente la autoridad del juez queda mal, reduciéndose cada vez más a una autoridad existente sólo en las páginas de los códigos.

4.5. Programas y acciones a favor de la familia por parte del Estado

Para que la labor de los juzgados de familia alcance sus fines más remotos, es necesario el establecimiento de programas que coadyuven con la labor de los jueces. Estos deberían ser programas estatales tales como escuelas para padres, grupos de apoyo a las víctimas de violencia intrafamiliar, programas de rehabilitación de los



agresores los que aún son susceptibles de ser rescatados, guarderías y casas cuna para que las madres puedan trabajar, especialmente las madres solteras, una oficina de consejería matrimonial, programas que ofrezcan talleres de superación y de una adecuada autoestima.

Por supuesto que muchos de estos programas ya existen, pero generalmente se concentran en la ciudad capital y no ha existido una campaña de difusión entre la población, por lo que se hace necesario descentralizarlos y darlos a conocer para que las personas sepan que tienen recursos de los cuales valerse.

Por supuesto, es importante que se den a conocer a los órganos jurisdiccionales pues los jueces con dificultad logran conseguir la forma de contactar a estas instituciones.

Cuantas madres solteras han tenido que entregar sus hijos a los maridos por no atreverse a pedirles pensión alimenticia por temor a represalias y por carecer de una persona a quien confiarle la delicada tarea de cuidar de sus hijos mientras ellas se encuentran trabajando.

Además, cuantas injusticias se cometen día a día en el campo del derecho de familia por no darles a las personas una alternativa, una oportunidad.



4.6. Falta de acceso a la prueba de ácido desoxirribonucleico en los juicios ordinarios de paternidad

La declaración judicial que recae en esta clase de procesos, se derivan una serie de consecuencias para las partes, que interesan al derecho de familia, y en general, a la sociedad.

Por ejemplo, si la pretensión de filiación fuese acogida por el juez, al declarar que A es el hijo de B, nace a la vida jurídica un nuevo estado de familia, que apareja la patria potestad, la cual a su vez entraña una serie de derecho de familia, que va desde el derecho de alimentos hasta los derechos hereditarios, pasando por una amplia gama de instituciones propias de nuestra rama.

El veintiséis de agosto de dos mil ocho entró en vigencia el decreto 39-2088 que reformó los artículos 200 y 221 del código civil y que legisla expresamente la prueba molecular genética del ADN –ácido desoxirribonucleico- como prueba de la paternidad, pues su incorporación al proceso siempre ha sido posible a través del procedimiento previsto para los medios científicos de prueba. La novedad consiste en la presunción legal del Artículo 2 del Decreto indicado, que reforma al Artículo 221 del código civil adicionándole un numeral, pues de la negativa del demandado para someterse a la prueba de ADN el juez puede extraer la certeza de la paternidad pretendida. Esta conclusión admite prueba en contrario, lo cual supone un juicio ordinario posterior de impugnación de la paternidad cuya prueba nos remite, por lógica, nuevamente a la prueba de ADN.



Sin embargo, esto no resuelve totalmente el problema del acceso a la justicia en este tipo de procesos que por sus implicaciones, como se apuntó tienen especial relevancia en el derecho de familia, pues para lograrlo, esta prueba debería ser accesible a los interesados a través de un servicio estatal gratuito y además rápido, que permita respetar el plazo del periodo de prueba, y difundir su existencia del servicio entre la población.

La práctica de la prueba de ADN es sumamente cara y por lo tanto, imposible de costear para la mayoría de la población guatemalteca.

No hay justicia cuando ésta es sólo posible para aquellos que pueden pagarla, es necesaria y urgente la creación y difusión del servicio nacional gratuito de pruebas de ADN para establecer la paternidad, con filiales en las principales ciudades del país, para que las personas del interior de la República puedan también hacer realidad el ideal del acceso a la justicia de familia en esta clase de procesos.

En encomiable y ejemplar la posición de vanguardia que respecto a este tema ha adoptado, que ha sentado un precedente y ha dado un paso de grandes dimensiones hacia la consecución real del acceso a la justicia de familia con la creación de la Ley de Paternidad Responsable, la cual le da indiscutible prioridad a las necesidades, derechos y oportunidades de la niñez y juventud costarricenses.



Es Guatemala, ya se nota un avance en la materia, pero se tiene que estar atento para el análisis y la discusión de estos nuevos vientos de cambio que poco a poco pueden ir mejorando el panorama que hasta ahora se presenta para nuestra niñez guatemalteca.





CAPÍTULO V

5. Los requisitos legales que tienen que cumplirse para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre

“La filiación es la relación jurídica que une a ciertas personas, que pueden ser progenitores o no y que determina en aquéllos y en éstos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección, cuidado, alimentos, educación e inserción social de estos últimos”.²¹

Pues bien, las relaciones jurídicas entre padres e hijos que se generan, precisamente, por la filiación reciben el nombre de relaciones paterno filiales.

5.1. Reseña histórica

Siendo la misma la siguiente:

- a) Roma: en el derecho romano clásico las relaciones paterno- filiales quedan encuadradas en la potestad del pater familias, poder que alcanza no sólo a los hijos, sino también a los descendientes de los hijos a la esposa, propia y de los hijos, en los supuestos de matrimonio cum manu. Además, la patria potestad romana se caracteriza por su carácter patriarcal que corresponde al padre

²¹ Aguilar. **Ob.Cit.** Pág 178.



absoluto y supone el *ius vitae ac necis* y la propiedad de los bienes de los sometidos.

Sin embargo, en el derecho romano postclásico y justiniano la patria potestad va suavizando alguno de sus caracteres. Así, se estructuran los peculios como ámbitos de independencia patrimonial de los hijos respecto de los padres como los peculios profecticio, castrense, cuasicastrense y adventicio.

Por el desarrollo de la actividad comercial, militar y administrativa, se limita el *ius vitae ac necis*, por influencia del cristianismo.

- b) Edad Media: se deja sentir la influencia de la concepción germánica influida, a su vez, por el cristianismo, que concibe la potestad paterna como temporalmente limitada hasta el matrimonio o la entrada al servicio de las armas y confiere mayor autonomía patrimonial al hijo.

Así, en los países sujetos al derecho consuetudinario, se afirma que en sus costumbres no se recoge la institución de la patria potestas, queriendo significar su alejamiento de la concepción romana.

Igualmente, en el derecho visigodo, y pese a continuar la tradición legislativa del Bajo Imperio, comienza a hablarse de *naturalis pietas*, se procura la protección de los intereses del hijo y se sanciona la muerte del hijo, su exposición, el infanticidio y el *ius vendendi*.



Sin embargo, las partidas suponen la recepción en el derecho castellano de la concepción justiniana de la patria potestad, esto es, de la patria potestad concebida con carácter perpetuo, sólo suavizada, en el plano personal, por la pietas y las limitaciones a los iura vtas ac necis y vendendi; y en el plano patrimonial por la doctrina de los peculios. No obstante, las leyes 47 y 48 de toro establecieron la emancipación por el matrimonio del hijo.

5.2. Definición y naturaleza

El término patria potestad proviene de dos acepciones latinas que corresponden a dos ideas claramente definidas: patria, que quiere decir padre, y potestad, que equivale a decir poder, consecuentemente, patria potestad equivale a poder del padre.

“Las relaciones paterno filiales alcanzan su máxima expresión jurídica a través de lo que tradicionalmente se conoce como patria potestad, con la que se pretende atender fundamentalmente las necesidades de los hijos menores de edad o los hijos mayores de edad que se encuentren en estado de interdicción”.²²

Esta institución se concreta en una potestad que el derecho positivo atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de su función: el cuidado y la capacitación del hijo. De ahí, que se afirme que la patria potestad es un conjunto de facultades que se confieren para el cumplimiento de deberes, lo que pone de manifiesto

²² **Ibid.** Pág 189.



el Artículo 253 del Código Civil al regular las obligaciones de ambos padres para con los hijos.

Patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad o incapacitados a efectos de su protección y formación. La patria potestad es un derecho que los padres tienen el derecho de ostentar la patria potestad de los hijos y a la vez, constituye también una obligación.

5.3. Regulación legal

Esta figura esta regulada en el libro I, Título II, Capítulo VII del Código Civil de los artículos 252 a 277. La rúbrica que aparece en el código con el término patria potestad se debe modificar con el análisis de las relaciones paterno filiales, con lo cual queda este título más vinculado a la paternidad y filiación y resulta más coherente con la rúbrica y contenido de algunos artículos, que no se corresponden con el de la patria potestad: el deber de respecto filial, que dura siempre; la facultad de relacionarse con el hijo el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad.

La regulación de la patria potestad en nuestro Código civil se estructura sobre tres ejes fundamentales:

- a) La patria potestad como función dual del padre y de la madre.



- b) Erigir en principio básico el respecto a la personalidad del hijo, regla y medida de la educación y trato que haya de recibir.
- c) Acentuar en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del juez, en consideración del interés del hijo.

5.4. Características

Como efecto directo de la filiación por naturaleza o por adopción, la patria potestad goza de su mismo carácter personalísimo y, consecuentemente, es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y es una función dual, debido a que su ejercicio corresponde a los padres.

Su irrenunciabilidad deriva, además de ser la patria potestad una institución de orden público y de que su renuncia se pronunciaría en perjuicio de tercero: el hijo, así como de que supondría incumplimiento de los deberes tuitivos atribuidos a los padres, sancionado civilmente con su privación y penalmente constitutivo del delito de negación de asistencia económica.

También se caracteriza la patria potestad por ser general en cuanto abarca la totalidad de los intereses del hijo menor de edad o incapacitado, tanto personales como patrimoniales, y cuando confiere a los padres las más amplias facultades de representación y administración, sin perjuicio de las exclusiones y limitaciones que legalmente se establecen.



Por último, la patria potestad tiene carácter temporal, pues teniendo como finalidad la protección de personas con limitada capacidad de obrar a los menores de edad o incapacitados, se extinguirá cuando éstas alcancen plena capacidad.

5.5. Sujetos y titularidad

El Artículo 252 del Código Civil dispone que la patria potestad la ejercen sobre los hijos menores, conjuntamente el padre y la madre. Por tanto, se concibe la patria potestad como función dual, atribuida al padre y a la madre en igualdad de condiciones, con ello se inscribe decididamente el derecho en la corriente comparatista de la patria potestad conjunta.

Por la misma razón, el ejercicio de la patria potestad también es conjunto, lo que significa que tendrá que concurrir el consentimiento de ambos progenitores para llevar a cabo actos de representación del hijo menor y de administración y disposición de sus bienes.

No obstante, ser la regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre, en igualdad de condiciones, con ello se inscribe decididamente el derecho en la poderosa corriente comparatista de la patria potestad conjunta.



Por la misma razón, el ejercicio de la patria potestad también significa que tendrá que concurrir el consentimiento de ambos progenitores para llevar a cabo actos de representación del hijo menor y de administración y disposición de sus bienes.

5.6. Titularidad y ejercicio individual

No obstante, ser la regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre, se contempla en el Código algunas excepciones a este principio, esto es, una serie de supuestos en que basta el consentimiento de uno de los padres para adoptar decisiones en la esfera jurídica del hijo menor o el mayor declarado en estado de interdicción.

La actuación unilateral de uno de los padres se justifica por cuanto la aplicación rígida de la regla de actuación conjunta, la haría impracticable en muchos casos.

“La titularidad de la patria potestad es individual cuando la filiación se encuentra legalmente determinada respecto de sólo uno de los progenitores; cuando uno de los padres haya sido separado de la patria potestad por disipar los bienes de los hijos, o por su mala administración; por muerte de uno de los padres y cuando el hijo es adoptado por una sola persona. Por consiguiente, la titularidad individual es la que designa a uno de los progenitores, es la contrafigura de la patria potestad dual que, en



determinados supuestos, indeterminación de la filiación respecto del otro progenitor, exclusión legal y privación judicial se justifica”.²³

El ejercicio individual compete a uno de los progenitores, como excepción a la regla general del ejercicio conjunto, aunque sea solidario, que el área de las excepciones pueda superar a la de la regla, no altera la estructura lógica de ese planteamiento legal. Ostentando ambos padres la patria potestad el ordenamiento prevé determinados supuestos en que el ejercicio corresponde exclusivamente a uno de ellos, de manera que el consentimiento u oposición del otro, caso de que se dé, resultan irrelevantes. Este ejercicio individual puede ser genérico, esto es, para cualquier acto relacionado con el ejercicio de la patria potestad, o específico, es decir, para actos concretos.

El ejercicio individual de la patria potestad puede darse como resultado de los siguientes supuestos: a) por la suspensión de la patria potestad, en virtud de resolución judicial, que puede producirse por cualquiera de las causas enumeradas en el Artículo 273 del Código Civil; b) por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, cuando haya sido declarado judicialmente; c) separación o divorcio de los padres.

De acuerdo al Artículo 268 del Código Civil si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial.

²³ Valpuesta. **Ob.Cit.** Pág 79.



El tutor especial puede cumplir tanto funciones representativas respecto del menor o incapacitado, como asistenciales. Su nombramiento corresponde al juez.

5.7. Estudio legal de los requisitos legales que tienen que cumplirse para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre

En concordancia con su carácter de función, el contenido de la patria potestad se formula en el Artículo 253 como un conjunto de deberes y facultades, y se ejercerá siempre en beneficio de los hijos. Son derechos y obligaciones que afectan tanto el ámbito personal y patrimonial.

El beneficio del hijo actúa como límite a la legitimación de los padres, de manera que aquellas actuaciones de los mismos que no respondan a tal finalidad resultarán extralimitadas, sin perjuicio de que cabría hablar de una presunción iuris tantum de actuación en beneficio del hijo.

Igualmente, el control judicial del ejercicio de la patria potestad ha de tener como punto de referencia el beneficio del hijo según el Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Conforme el Artículo 253 del Código Civil, la patria potestad comprende, en la esfera personal del hijo, los siguientes deberes y facultades:



- a) Velar por los hijos: en sentido amplio, el deber de velar por los hijos es expresión de la finalidad tuitiva de la patria potestad, y comprende las demás facultades y deberes de los padres enumerados en los artículos 253 y 254 del Código Civil.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que también ha de velar por sus hijos el progenitor apartado de ellos, e incluso el que no tenga patria potestad sobre los mismos; y puesto que en estos supuestos el progenitor no puede ejercitar las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, su deber queda concentrado a la vigilancia y control de las actuaciones del otro progenitor, y aun de otros familiares y allegados.

Pues bien, también cuando el deber de velar se cumpla en el marco de la patria potestad cabe entenderlo en este sentido específico, en el sentido de cuidar con extrema diligencia, de vigilar y controlar la actividad del otro progenitor y las relaciones con terceras personas.

- b) Tener a los hijos en su compañía: contemplado como deber, el de tener a los hijos en compañía implica la comunidad de vivienda, razón por la que establece el domicilio de los hijos constituidos en patria potestad será el de sus padres y su incumplimiento puede determinar la adopción de medidas judiciales, la privación de la patria potestad y la comisión de falta.

No obstante, los padres pueden determinar, con carácter transitorio y en beneficio del hijo su separación física por estudios, vacaciones, enfermedad, y se



contemplan en el ordenamiento determinados supuestos en que el menor no convivirá con sus padres, o al menos con alguno de ellos:

- c) En el caso de separación de los padres, en que los hijos convivirán con uno u otro progenitor.
- d) Cuando los padres encomienden la guarda del hijo a la entidad pública correspondiente, justificando no poder atenderlo por propia enfermedad u otras circunstancias graves. A su vez, tal entidad pública puede dar al menor en acogimiento a otra familia, con consentimiento de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad.
- e) Por privación a los padres de la potestad de guarda y custodia.
- f) Alimentarlos: la obligación de alimentarlos a que están sujetos los padres respecto de sus hijos menores de edad e incapacitados se encuentra sometida a régimen especial, comprendido en los artículos 278 a 292 del Código Civil.
- g) Educarlos y procurarles una formación integral: corresponde a los padres el deber y la facultad de educar a sus hijos y procurarles una formación integral, pudiendo entenderse el primer término en el sentido de actuación directa de los padres y el segundo en referencia al derecho que sus hijos reciban formación.



En los centros docentes que elijan, incluida la religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones, según el Artículo 167 del Código Civil los padres quedan sujetos en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos.

No obstante, la educación del menor ha de tener el objeto el pleno desarrollo de su personalidad, de manera que prevalecerá el interés del hijo sobre el de sus padres, especialmente cuando mayor sea su madurez. Asimismo, la educación del menor deberá respetar los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales y alcanzar, cuando menos, la enseñanza básica, por ser obligatoria.

El Artículo 253 del Código Civil establece la facultad de los padres de corregir a los hijos, obviamente a de ser de forma razonable y moderadamente. Estos límites determinan la finalidad marcadamente educativa de esta facultad y la exclusión de cualquier medida por respecto a la personalidad del menor, así como cualquier otra que ponga en peligro su salud o integridad física o moral. El exceso de corrección legitimará la adopción por el juez de las medidas que considere oportunas y puede ser sancionado con la privación de la patria potestad y la comisión de falta contemplada en el Artículo 483 numeral 6º del código penal.

“En resumen, los deberes de los padres respecto de los hijos son: a) cuidar, alimentar, educar y corregir a los hijos; b) la representación legal de los hijos



menores o civilmente incapacitados; c) administración de los bienes de los hijos; d) entregar a sus hijos los bienes que les pertenezcan a los hijos, así como rendir cuentas de su administración cuando éstos alcancen la mayoría de edad”.²⁴

Los deberes de los hijos son los siguientes:

- a) Obedecer a los padres: este deber forma parte del contenido específico de la patria potestad, como correlativo a las facultades de los padres; pero no por ello tiene carácter absoluto, sino limitado por el interés del hijo y el respeto a su personalidad. Consecuentemente, no existe obligación de obedecer aquellas órdenes que excedan de estos límites, ni cabe aplicación de la eximente de obediencia debida a la actuación en cumplimiento de una orden del titular de la patria potestad.
- b) Respetar a sus padres: este deber de los hijos para con sus padres existe siempre, por lo que va más allá de la patria potestad y deriva propiamente de la filiación. Su cumplimiento ha de ser valorado conforme a los usos sociales y a las circunstancias, y su incumplimiento puede ser causa de cesación de la obligación de alimentos.
- c) Vivir en la casa materna o paterna, según sea quien ejerza la patria potestad.
- d) Prestar asistencia a sus padres en cualquier circunstancia.

²⁴ **Ibid.** Pág 200.



e) La representación de los hijos por sus padres.

Conforme al Artículo 254 del Código Civil, 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.

La ausencia de capacidad de obrar del menor determina la necesidad de acudir al mecanismo de la representación, o, cuando menos, a que se contemple su capacidad mediante una declaración de voluntad que salve la mencionada limitación. Y es natural, que tal representación se confiera por la ley a sus padres y se integre en la patria potestad, sobre todo teniendo en cuenta que tales facultades representativas se configuran como un poder deber en interés del hijo, y, como tal, irrenunciable.

En el caso de los padres menores de edad el Artículo 257 del Código Civil dispone 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.

No cabe duda que los hijos menores e incapacitados pueden ser titulares de derechos sobre bienes adquiridos a título gratuito u oneroso. Pues bien, dada la limitada capacidad del hijo menor o incapaz, la administración de sus bienes corresponde a sus padres. Por consiguiente, los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones de todo administrador.

Aquí se entiende administrador en sentido amplio, esto es, incluyendo actos de conservación y actos de disposición, de manera que los padres y el administrador que



pueda nombrar el disponente o causante, tendrán todas las facultades necesarias para gestionar los bienes, sin perjuicio de que para determinados actos sea necesaria autorización judicial.

El Artículo 264 del Código Civil preceptúa que no se puede administrar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público.

Si el que ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del grado de consanguinidad, o la procuraduría General de la Nación.

Los actos dispositivos que requieren autorización judicial previa son los siguientes:

- Todos los actos que excedan los límites de su ordinaria administración.
- Renuncia de derechos de que los hijos sean titulares.
- Actos de enajenación y gravamen a título oneroso que tengan por objeto bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, títulos valores, objetos de un costo significativo.



- Repudiación de herencias y legados y no aceptación de donaciones.

La autorización judicial ha de ser previa, por causa justificada de utilidad o necesidad, con audiencia de la Procuraduría General de la Nación. Asimismo, ha de concederla el juez de domicilio, con sujeción a las normas de jurisdicción voluntaria. En la solicitud ha de expresarse el motivo de la enajenación, gravamen, renuncia, repudiación o no aceptación, y se ha de justificar su necesidad o utilidad.

La suspensión de la patria potestad no implica que la misma deje de ejercerse, lo que se produce es un cambio subjetivo en su ejercicio, ya que se concreta cuando un modo no definitivo se ve impedido quien ostenta la patria potestad de ejercerla, esto significa que solo se configura una sustitución o un simple cambio del titular.

La suspensión o privación de la patria potestad puede producirse por resolución judicial o ex lege en los casos enumerados en el Artículo 273 del Código Civil: la patria potestad se suspende por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; por interdicción declarada en la misma forma; por ebriedad consuetudinaria; y por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas y estupefacientes.

Cabe hablar de pérdida de la patria potestad cuando ésta cesa totalmente. Supone extinción no necesariamente institucional sino sólo para el sujeto que la ejerce, de la patria potestad, pudiendo subsistir en cuanto al hijo, que quedará sometido a la potestad del otro titular o bien a la tutela. El Artículo 274 proclama que la patria potestad se pierde por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres,



dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; por dedicar a los hijos a la mendicidad o darles órdenes, consejo, insinuaciones o ejemplos corruptores; por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.

Por tanto, la privación de la patria potestad puede no ser definitiva, pues siempre queda abierta la posibilidad de que, dándole los requisitos de beneficio o interés del hijo y cese de la causa de privación, los padres recuperan la patria potestad por resolución judicial.

Por su extinción, la patria potestad termina no solamente para el titular, sino también para el hijo. La patria potestad se acaba por la muerte de los padres pero no si muere uno solo de los padres y el otro está en situación legal de ejercer la patria potestad o del hijo, por la mayoría de edad del hijo, por la adopción del hijo en cuyo caso cambiaría el titular del derecho ya que sería el adoptante a quién corresponde ejercitar este derecho y por el patrimonio del menor.

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



Conforme al Artículo 277 del Código Civil el juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede a petición de parte, reestablecer al padre o la madre en el ejercicio de la patria potestad en los casos regulados en esta norma. En todos estos supuestos debe aprobarse la buena conducta de que intente rehabilitar, pero lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.

Antiguamente la patria potestad se entendía como una facultad concedida al padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos sometidos a él, a quienes debía protección. La patria potestad supone una manifestación de la función tutelar a favor de los hijos y no en interés del titular. Alcanza a todos los hijos tanto biológicos como adoptivos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales. La patria potestad se caracteriza por la intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.

La reducción del poder de los padres viene establecida por las legislaciones, pues la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores. Y ello siempre, por supuesto, a través de procedimientos judiciales (juicios ordinarios civiles).

Normalmente los padres piensan que la patria potestad es una prerrogativa suya, sin embargo hay que entender que como cualquier derecho tiene una serie de obligaciones como son; el cuidado del menor tanto emocional como físicamente, deber de alimentarlo, educarlo, respetarlo y gestionar sus propiedades.



Una definición de la patria potestad bastante clara es la siguiente. Patria potestad es “el conjunto de facultades y deberes que corresponden a los padres para el cumplimiento de su función de asistencia, educación y cuidado de sus hijos menores”.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

La patria potestad es una figura jurídica que a lo largo de la historia del derecho a sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes.

En el derecho romano significaba un amplio poder que los padres o abuelos ostentaban sobre hijos o nietos a grado tal que esa potestad disciplinaria inclusive podría llegar hasta la disposición de la propia vida.

Este derecho se fue suprimiendo poco a poco hasta llegar a la actualidad en donde el poder del padre sobre los hijos no queda más que un moderado derecho de castigar cuando existe una causa justificada siempre y cuando no llegues a los golpes y maltrato hacia en menor.



Para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre, se tiene que llevar un proceso judicial de tenencia en donde el juez de familia debe seguir el proceso tomando en consideración determinados requisitos legales como lo son los siguientes:

- a) Demanda firmada por abogado.
- b) Certificación de partida de nacimiento del menor.
- c) Copia simple del documento de identidad de padre solicitante.
- d) Documentos que acrediten su pretensión, como la denuncia por abandono de hogar o violencia intrafamiliar.
- e) Durante el proceso el juez ordenará la visita de asistencia social, para que se puedan observar las garantías de donde vivirá el menor con su padre, si se guarda armonía familiar en donde vivía, así como una pericia psicológica al que pida la tenencia, si el caso lo amerita.

El tema de la tesis constituye un aporte significativo para la bibliografía guatemalteca, al ser de útil consulta tanto para profesionales como estudiantes al dar a conocer los requisitos legales que tienen que cumplirse para que la patria potestad sea otorgada a favor del padre.

CONCLUSIONES

1. Existe desconocimiento de la determinación de la filiación en la cual se establecen entre padres e hijos una serie de relaciones jurídicas que reciben la denominación paterno filiales y entre ellas, destacan las que se señalan durante la minoría de edad o incapacidad de los hijos, que se engloban en la llamada patria potestad en Guatemala.
2. Existen relaciones jurídicas entre padres e hijos no instrumentadas a través de la patria potestad, bien porque los padres han incurrido en supuesto de exclusión o privación de patria potestad, bien porque la patria potestad se ha extinguido y en estos supuestos la relación jurídica paterno filial siguen operando y determinan la existencia de deberes jurídicos específicos.
3. El poder legal de representación comprende todos los ámbitos de actuación en que el menor tenga intereses, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y el padre a quien se le entregue la patria potestad lleva a cabo sus actuaciones tanto a través de la representación directa en nombre del representado como en la indirecta.



4. Existe desconocimiento en cuanto a que la patria potestad se ejerce en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de encontrarse con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente, siendo fundamental al análisis legal de los requisitos legales para que la misma sea otorgada a favor del padre.



RECOMENDACIONES

1. Los tribunales de familia, tienen que señalar el desconocimiento de la determinación de la filiación en la cual se deben establecer entre padres e hijos una serie de relaciones jurídicas que reciben la denominación de paterno filiales y entre ellas se tienen que destacar las que se señalan durante la minoría de edad o incapacidad de los hijos y se engloban en la patria potestad.
2. La Procuraduría General de la Nación, debe dar a conocer la existencia de relaciones jurídicas entre padres e hijos mediante la patria potestad, sea debido a que los padres incurren en supuestos de exclusión o privación de la patria potestad o bien porque la misma se ha extinguido y en esos supuestos la relación jurídica paterno filial opera para determinar los deberes jurídicos.
3. El gobierno de Guatemala, tiene que señalar que el poder legal de representación abarca todos los ámbitos de actuación en que el menor tenga intereses, tanto personales como patrimoniales, siendo el padre a quien se le entregue la patria potestad el encargado de las actuaciones en nombre del representado como en nombre propio, siempre en beneficio del menor hijo.



4. Los juzgados de familia, tienen que señalar el desconocimiento en relación a que la patria potestad se tiene que ejercer en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres deben encontrarse la obligación de cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, siendo esencial el análisis legal de los requisitos que se necesitan para otorgarla a favor del padre.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia.** Guatemala: Ed. Universitaria, 2005.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. **Derecho de familia y sucesiones.** México, Colección Textos Jurídicos Universitarios., 2002.
- BORDA, Guillermo. **Manual de derecho de familia.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Atenas, 1984.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español.** Madrid, España: Ed. Reus, 1985.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. **Derecho de familia.** México: Ed. Limusa, 1993.
- IBARROLA, Antonio. **Derecho de familia.** México: Ed. Porrúa, 1990.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, Jesús Alfredo. **La separación del hecho matrimonial.** Madrid, España: Ed. Sitios, 1982.
- MORENO QUEZADA, Bernardo. **Derecho civil de la persona y de la familia.** Barcelona, España: Ed. Comares, 2002.
- RODRÍGUEZ SILVA, María Elena. **Derecho de familia.** México, D.F.: Ed. Praxis, 1993.



ZANNONI, Eduardo. **Derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1990.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Ley de Paternidad Responsable. Decreto Ley 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, 2008.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206 del Congreso de la República de Guatemala, 1963

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