

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

**CONFLICTO ENTRE EL PADRE Y LA MADRE
POR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, EN EL MOMENTO DE LA
SEPARACIÓN**

MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2014

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

**CONFLICTO ENTRE EL PADRE Y LA MADRE
POR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, EN EL MOMENTO DE LA
SEPARACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

“ABOGADO Y NOTARIO”

Guatemala, noviembre 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic. Heber Aguilera Toledo
Vocal:	Lic. Mauro Danilo García Toc
Secretario:	Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

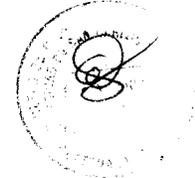
SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. Mario Adolfo Soberanis
Secretario:	Lic. René Siboney Polillo Cornejo

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 de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

7AV. 8-56 Zona 1 Edificio
El Centro Cel. 59384991
Jorge Mario Yupe Cárcamo
ABOGADO Y NOTARIO

Lia Jorge Mario Yupe Cárcamo
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 28 de Abril de 2014.

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
RECORRIDO
02 MAY 2014
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Hora: _____
Firma: _____

Estimado Doctor Mejía:

De conformidad con el nombramiento de fecha veintitrés de febrero de dos mil catorce, como Asesor de tesis del estudiante **MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ**, intitulado **"CONFLICTO ENTRE EL PADRE Y LA MADRE POR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DERIVADO DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO"** he realizado el asesoramiento de la presente investigación y en su oportunidad, sugerí algunas correcciones de tipo gramatical, redacción y recomendaciones, las cuales considere en su momento eran necesarias para la mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema, la formulación de la hipótesis y su comprobación; en cuanto a la recolección de la información recopilada por el estudiante **MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ**, fue de gran apoyo en su investigación ya que la bibliografía es considerablemente actual.

Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis, fueron acordes y de utilidad para el desarrollo del mismo. Se utilizó el método analítico, para establecer y entender el derecho de los padres y los conflictos civiles que pueden derivar de él en materia de familia, aspectos de relevancia jurídica en la comprobación de la hipótesis; el sintético, se encargó de determinar su regulación jurídica en el país; el deductivo, sirvió para el establecimiento de la ubicación de los casos y formas en donde se observa más la presencia del problema que se plantea.

Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
ABOGADO Y NOTARIO



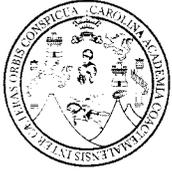
La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de interés para la ciudadanía guatemalteca, especialmente en materia de derecho civil, específicamente en materia de familia; siendo el mismo un aporte significativo y realizado con esmero por parte de él sustentante, la redacción empleada durante el desarrollo de la tesis considero fue la adecuada, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis.

En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación ha estado apegado a las pretensiones del autor, en virtud que cumple con los requerimientos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación; es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis asesorado.

Deferentemente,

Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Abogado y Notario
Colegiado 6,517

Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 05 de mayo de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO JORGE ESTUARDO REYES DEL CID, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ, intitulado: "CONFLICTO ENTRE EL PADRE Y LA MADRE POR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DERIVADO DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO".

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

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.

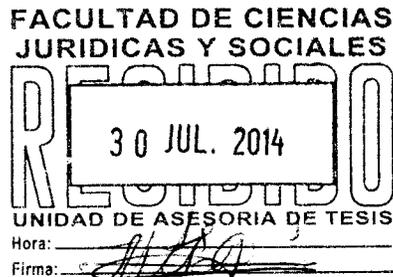




Jorge Estuardo Reyes del Cid
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 4 de Junio de 2014.

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
Su Despacho.



Estimado Doctor Mejía:

En cumplimiento a la resolución emitida por esa Unidad de Asesoría de Tesis de fecha cinco de mayo de dos mil catorce, en la que se me nombró como Revisor de Tesis estudiante **MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ**, intitulado **“CONFLICTO ENTRE EL PADRE Y LA MADRE POR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DERIVADO DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO”** me dirijo a usted con el objeto de informar sobre mi labor, y para el efecto me permito:

OPINAR:

- a) Luego de analizar el desarrollo del trabajo de tesis, se estableció el contenido científico y técnico de la investigación, el primero es de vital importancia por el conflicto que se deriva entre padre y madre en el ejercicio de la patria potestad derivado de la separación o divorcio, que afecta física y psicológicamente a los hijos.
- b) La metodología utilizada fue por el método deductivo, el cual permitió obtener propiedades generales a partir de los particulares, analizando cada uno de los temas y subtemas para llegar a obtener la esencia de la investigación; en el inductivo, se estudiaron los hechos generales para llegar a conclusiones particulares. Las técnicas de investigación empleadas fueron: la documental, que se basó en información necesaria para un adecuado argumento en dicho contenido; observación directa, de cómo se han producido hechos objeto de la investigación para fundamentar el conflicto de la patria potestad derivado de la separación o divorcio entre el padre y la madre que afecta a los hijos.



Jorge Estuardo Reyes del Cid
ABOGADO Y NOTARIO

- c) Se utilizó redacción sencilla y de fácil comprensión, siendo el tema de interés para la bibliografía del país, dividiéndose la investigación en cuatro capítulos
- d) La contribución científica de la tesis determina que consecuencias que se provoca a hijos producto de las separación o divorcio de los padres.
- e) Las conclusiones del trabajo de tesis tienen congruencia con el tema tratado y así mismo propone recomendaciones adecuadas.
- f) La bibliografía empleada es acorde y se relaciona con los pies de páginas del trabajo de tesis.

Por lo anterior expuesto considero que el trabajo del bachiller **MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ**, satisface y reúne los requisitos de forma y de fondo para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por ende, emito **DICTAMEN FAVORABLE**; para que pueda continuar con la tramitación correspondiente, así mismo expresamente declaro que el estudiante anteriormente mencionado no es pariente del suscrito dentro de los grados de ley.

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

Deferentemente,

JORGE ESTUARDO REYES DEL CID
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Jorge Estuardo Reyes del Cid
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado Activo 4470

ID Y ENSEÑAD A TODOS



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

RS

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 29 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MYNOR OMAR XIRÚM SUCUQUÍ, titulado CONFLICTO ENTRE EL PADRE Y LA MADRE POR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DERIVADO DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO. 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/srrs
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 SECRETARIA
 GUATEMALA, C. A.

[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 DECANATO
 GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme culminar mi meta propuesta, por ser mí guía, darme sabiduría, y por darme la vida, gracias porque sin tí jamás hubiera llegado a realizar este hermoso sueño mi amantísimo Dios.
- A MIS PADRES:** Roberto Xirúm Pérez y Olga Violeta Sucuquí, por el apoyo necesario que me brindaron.
- A MI ESPOSA:** Kehily Elvira Arriola López, por el apoyo incondicional que me ha brindado y por estar en las buenas y las malas y por ser la mujer más bella de mi vida.
- A MI HIJO:** Anthony Omar Xirúm Arriola, por ser el regalo más hermoso que Dios me ha dado, y que mi ejemplo le sea digno de imitar.
- A TODA MI FAMILIA:** por los consejos y apoyo moral y psicológico que me han brindado a lo largo de mi vida.
- A MIS SUEGROS:** Julio René Arriola Iriarte y Olga Aracely López Hernández, por el apoyo incondicional de padres que me han brindado a lo largo de mi carrera profesional, Dios los bendiga.
- A MIS CUÑADAS:** Shelby Arriola, Gaby Arriola y Vicky Hernández, por su apoyo moral y sus oraciones.
- A:** La Gloriosa y Tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme formado en sus aulas y permitirme realizar este gran sueño, porque fue en esta Facultad, donde



encontré a los mejores profesionales y los mejores amigos,
donde fui siempre bien recibido.

A USTEDES

ESPECIALMENTE: Por compartir este momento tan especial en mi vida.



ÍNDICE

Pág

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho civil.....	1
1.1. Origen.....	1
1.1.1. Diversas conceptualizaciones doctrinarias.....	3
1.2. Derecho de familia.....	4
1.3. Definición de familia.....	7
1.3.1. Antecedentes de la familia.....	8
1.3.2. Origen de la familia en Guatemala.....	10
1.3.3. Importancia de la familia.....	11
1.4. Generalidades de la filiación.....	12
1.4.1. Clasificación de la filiación.....	14
1.5. Parentesco.....	19
1.5.1. Concepto.....	20
1.5.2. Clases de parentesco.....	20
1.5.2.1. Parentesco por consanguinidad.....	21
1.5.2.2. Parentesco por afinidad.....	22
1.5.2.3. Parentesco civil.....	23
1.5.3. Métodos para computar el parentesco.....	23
1.5.4. Diferentes etapas del parentesco en el Código Civil.....	24



CAPÍTULO II

	Pág
2. Patria potestad.....	27
2.1 Antecedentes.....	28
2.2 Concepto.....	30
2.3 Promoción de la acción de pérdida o suspensión de la patria potestad...	32
2.4 Separación de la patria potestad.....	33
2.5 Suspensión de la patria potestad.....	34
2.6 Pérdida de la patria potestad.....	36
2.7 Restablecimiento de la patria potestad.....	38
2.8 Enajenación de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad.....	39
2.9 Patria potestad compartida.....	40
2.10 Ejercicio unilateral de la patria potestad.....	43
2.11 Tenencia unilateral.....	44
2.12 Tenencia compartida.....	47
2.13 Derechos y obligaciones que nacen del ejercicio de la patria potestad con relación a los padres.....	49
2.14 Los hijos ante la patria potestad en cuanto a sus obligaciones.....	51
2.15 La separación y el divorcio.....	52

CAPÍTULO III

3. La separación y el divorcio.....	57
3.1. Divorcio-sanción.....	57
3.2. Divorcio remedio.....	58



	Pág.
3.3. Modificación y disolución del matrimonio.....	61
3.3.1. Clasificación.....	61
3.3.2. Causas determinadas para la separación o el divorcio.....	61
3.3.3. Efectos de la separación.....	63

CAPÍTULO IV

4. Estudio del conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, derivado de la separación o divorcio.....	65
4.1 Consecuencias en el menor provocadas del conflicto entre el padre y la madre.....	68
4.2 El interés superior del niño/a. Su aplicación en la mediación de los conflictos familiares derivados del ejercicio de la patria potestad.....	71
4.3 Obligaciones y responsabilidades de los padres.....	83
4.4 Obligaciones y responsabilidades de los hijos.....	85
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	91



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se debe a la importancia, que deriva de la disposición constitucional referente a que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. La justificación del presente estudio, se estableció porque es necesario analizar el conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, derivado de la separación o divorcio.

La problemática se sustenta, en que se deriva de la existencia del conflicto entre el padre y la madre, por el ejercicio de la patria potestad de los hijos procreados durante el matrimonio, derivado de la separación o divorcio, perjudicando física y psicológicamente a los hijos principalmente sin son menores de edad.

Los objetivos propuestos en la investigación son: Analizar el conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, derivado de la separación o divorcio; estudiar la figura de la patria potestad en el derecho civil guatemalteco; determinar las obligaciones del padre y de la madre con relación a los hijos; establecer la importancia de efectuar un análisis de la relación paterno filial que une a los padres con sus hijos; y, a analizar jurídica y doctrinariamente la institución de la patria potestad, estudiar la suspensión o pérdida de la patria potestad.

La hipótesis propuesta fue: Se considera la existencia de conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, en el momento de la separación o el divorcio, el cual fue comprobado.



La investigación de mérito se integró con cuatro capítulos, a los cuales a continuación se hace referencia: el capítulo uno, se refiere al derecho civil; el capítulo dos, contiene lo relacionado a la patria potestad; el capítulo tres, se refiere a la separación y el divorcio; y, el capítulo cuatro, contiene el estudio del conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, derivado de la separación o divorcio

El método utilizado en la investigación fue el método deductivo, mediante la cual partiendo de premisas generales se llega a una conclusión particular; el inductivo que determinó la importancia del estudio del conflicto, entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad; el analítico, que descompuso el todo constituyente del principio, para conocerle y entenderle; el sintético, que reconstruyó un todo a partir de los elementos distinguidos, por el análisis y jurídico técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social; además, la técnica de interpretación del derecho. Las técnicas de investigación usadas fueron: Bibliográficas y documentales, estadísticas, ficheros, observación directa, cuestionario estructurado, entrevistas e interpretación de la legislación.

CAPÍTULO I

1. Derecho civil

“La expresión derecho civil, además de hacer referencia a una rama muy importante del derecho, no logra la deseada y necesaria precisión terminológica. Derecho, es la expresión genérica: civil, la específica. Sin embargo, una y otra, unidas, no sintetizan el contenido de esa disciplina”.¹

Se considera que el derecho civil es una rama del derecho que tiene singular importancia por la relación directa que tiene con el Derecho de familia, pues desde el origen de la persona en la fecundación hasta la muerte, existe una diversidad de actos y hechos que se relacionan con la persona y por consiguiente con esta rama del Derecho.

1.1. Origen

"Del derecho romano, se deriva la denominación derecho civil. Generalmente se acepta que la acepción fundamental del ius civil, con Justiniano, lo caracterizó como el derecho de la ciudad, de los ciudadanos romanos, contraponiéndolo al ius gentium, el derecho común a todos los pueblos, con relación a Roma. Por lo tanto, el derecho civil, en su acepción indicada, fue en un principio concebido como todo el derecho de todo un

¹ Brañas Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 6.



pueblo, comprensivo de lo público y de lo privado, en acepción estricta que pierde importancia práctica en el año 212 de la era cristiana, al promulgar Caracalla el edicto que otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio".²

"En la edad media, la expresión ius civile ya no significa derecho de una ciudad, de un pueblo; significa, nada más y estrictamente, derecho romano, cuya influencia es notoria en toda esa época, al extremo de llegar a ser el derecho común de cada pueblo, hasta que las singularidades nacionales se imponen y propician la creación, aunque sea lentamente, de los derechos propios".³

"En la edad moderna, ya avanzada ésta, el derecho civil deja de comprender lo público y lo privado en sentido unitario, separándose paulatinamente, en gradación histórica no determinada con exactitud, las ramas que en fechas más o menos recientes constituyeron el derecho público, hasta quedar el derecho civil como derecho esencialmente privado, en especial al iniciarse la corriente doctrinaria que sirvió de base al movimiento codificador, exponente, de la total declinación de la influencia del derecho romano ante el avance arrollador de los derechos nacionales de cada nación".⁴

Como puede determinarse, el derecho civil tiene una larga historia desde Roma hasta nuestros días, por lo que su importancia es irrefutable para su aplicación en diversas

²Ibid.

³ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**. Pág. 24.

⁴Ibid.



situaciones de la familia, de los bienes, de los derechos reales, sucesiones, obligaciones y registros entre otros.

1.1.1. Diversas conceptualizaciones doctrinarias

De Diego, citado por Brañas, define al derecho civil "como el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social".⁵

Sánchez Román, citado por Brañas, refiere que "derecho civil es el conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia, y los que existen entre los individuos de una sociedad para la protección de intereses particulares".⁶

Para Castán Tobeñas, citado por Brañas, "el derecho civil no puede ser definido con precisión, y que resulta más conveniente seguir la trayectoria histórica de esa rama del derecho para lograr, en términos generales, una mejor comprensión de su origen y de su concepción actual".⁷ Esta postura, en apariencia la más cómoda, refleja ciertamente la dificultad de precisar en una definición el concepto predominante o pertinente del

⁵Op. Cit. Pág. 7

⁶Ibid. Pág. 7.

⁷Ibid. Pág. 8.



derecho civil, sin embargo, puede aceptarse como la más certera, porque en última instancia no interesa tanto definir apropiadamente la materia, como interesa el desarrollo y la comprensión de su contenido.

1.2. Derecho de familia

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

"Derecho de familia, es la rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y en general, a la institución fundamental de la familia, se constituye en toda la sociedad. Sistema de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al estado civil de las personas".⁸

⁸Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 302.



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

“En el curso de la evolución histórica del derecho de familia, siempre ha venido éste situado entre las ramas fundamentales del derecho civil”.⁹ (sic)

De lo anterior, Antonio Cicu, “hizo una exposición sistemáticas de la materia, aceptando que generalmente se le trata como una parte del derecho privado; disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho. Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta. Dice Cicu de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción, pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan”.¹⁰

⁹Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Pág. 14.

¹⁰**Ibíd.** Pág. 19.



Cicu admite, que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. "Si el derecho público es el Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia, no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado, es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público".¹¹

Para Rojina Villegas, " se puede considerar que el derecho de familia, pertenece al derecho privado, aunque tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables y que tampoco importa que regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son las que se derivan de la patria potestad marital y tutela, pues fundamentalmente se trata de relaciones entre particulares, y que si bien el Estado podrá tener cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieran a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos o funciones, o bien a las relaciones de aquellos con los particulares".¹²

¹¹ **Ibid.** pág. 19.

¹² **Ibid.** pág. 10.



1.3. Definición de familia

Si se piensa en la familia como en un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida o se relación con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto, la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre, se está en el primero, ante un concepto popular y en el segundo ante el concepto propio de la familia.

Para Francisco Messineo, citado por Alfonso Brañas, la familia en sentido estricto, "es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido natural), y que constituye un todo unitario, y agrega que, en sentido amplio, pueden incluirse en el término familia, personas difuntas o por nacer, familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción), familia civil."¹³

Para Puig Peña, la familia "es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la

¹³Ibid. Pág. 104.

conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida."¹⁴

Rojina Villegas, citado por Alfonso Brañas, expone que "la familia en sentido estricto comprende sólo a los padres e hijos, entre tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia, que en el parentesco por adopción, como el adoptado adquiere la situación jurídica de un hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal, queda incorporado a la familia del adoptante, por lo cual se puede concluir que la familia en el derecho moderado está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción."¹⁵

1.3.1. Antecedentes de la familia

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

¹⁴Op. Cit. Pág. 4.

¹⁵Op. Cit. Pág. 105.



organización social, tradicionalmente atribuida a algunos pueblos primitivos, en que el mando residía en las mujeres, que por muchos autores se considera con la monogamia (regla predominante en la sociedad, considerado como el sistema social que hace del matrimonio, la unión de un sólo hombre, con una sola mujer. Sólo mediante el divorcio es posible una nueva unión. Se opone a la poliandria, que es el matrimonio de una mujer con varios hombres, y a la poligamia definida como el matrimonio de un hombre con varias mujeres) base de la familia como ahora es concebida, porque permite la estabilidad de una familia de un solo hombre para una sola mujer, creando condiciones económicas, afectivas de ambos padres en forma constante favorables para los descendientes.”¹⁶

“Para Engels, antes de 1870 no existió una historia de la familia, predominando al influjo de los cinco libros de Moisés, con la forma patriarcal de la familia como la más antigua; siendo hasta 1861, con la publicación de la obra de Derecho moderno de Bachofen, se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morgan”.¹⁷

Los posteriores y los nuevos estudios, han hecho aun mayormente difícil aunar criterios a propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las regiones y pueblos. Además que

¹⁶Op. Cit. Pág. 6.

¹⁷ Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado**, Pág. 45.



la familia tradicionalmente en los últimos siglos, tiende a sustituirse por nuevos modelos.

1.3.2. Origen de la familia en Guatemala

El origen de la actual familia guatemalteca, se encuentra a principios del siglo XVI, con la conquista española. Las corrientes colonizadoras, formadas casi exclusivamente por hombres procedentes de clases desposeídas de España, que, al establecerse, se vieron obligadas a unirse con las mujeres aborígenes. Este fue el nacimiento de los criollos, hijos de españoles nacidos en América y mestizos hijos de españoles con aborígenes. El sistema cerrado impuesto por la corona española determinó que al menos hasta el siglo XIX, ésta fuera la composición étnica predominante. Aun con la independencia guatemalteca desde España, la composición social no cambió mucho.

Las Constituciones Políticas promulgadas en 1945, 1956 y 1965, incluyen entre sus disposiciones, un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan y goza también de protección en la legislación penal, el Artículo 242 regula el delito de negación de asistencia económica, en el cual se lee: “Quien estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, será sancionado con prisión de seis meses salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de



su obligado”, y el Artículo 244 del mismo cuerpo legal estipula “Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que estas se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año”. El Artículo 283 del Código Civil, regula quienes están obligados recíprocamente a darse alimento, asimismo el Artículo 285 del decreto citado, norma sobre el orden para prestar alimentos en caso que el obligado no pueda hacerlo.

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

1.3.3. Importancia de la familia

"A través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o no menos, la familia ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada y que juega una

función importante, no sólo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar."¹⁸

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en el Artículo 25, dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto, poniendo de manifiesto el interés del conglomerado de las naciones de esa importante forma de la organización social, que da como existente.

1.4. Generalidades de la filiación

Se pueden establecer dos conceptos de la filiación: uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas y un progenitor determinado; el otro, jurídico, según el cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.

¹⁸ Brañas, **Op. Cit.** Pág. 74.



Para Planiol-Ripert "Puede definirse la filiación como el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre".¹⁹

Rojina Villegas, citado por Alfonso Brañas, "refiere que la filiación constituye un estado jurídico a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que son hechos jurídicos. Afirma que se refiere a la filiación, y que se encuentra una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad,

¹⁹ *ibid.* Pág. 194.



como ocurre en el estado de minoría o mayoría de edad o incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón".²⁰

Como aporte personal, se considera que la filiación es el nexo que une a una persona con otra, ya sea en línea recta por descendencia directa unos de otros o por otra clase de parentesco reconocidos en la ley sustantiva civil guatemalteca.

1.4.1. Clasificación de la filiación

Es importante hacer mención de esta clasificación, puesto que genera las ramas de la descendencia, de conformidad como lo establece el Código Civil como a continuación se detalla:

Filiación matrimonial. Con relación a las expresiones filiación y paternidad, que el Código Civil emplean conjuntamente, opina Puig Peña, que existe el problema de determinar si estos dos términos son correlativos o tiene cada uno substantividad de concepto y contenido, opinando que algunos autores, como Cicu y Planiol, se fijan sólo en el término filiación, como si alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado civil, y que otros, por el contrario, se fijan sólo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de

²⁰ **Ibid.** Pág. 195.

la paternidad, prueba de la paternidad, y por último, la tendencia a ver los dos términos en una relación sumada, como la del código español que tiene el epígrafe de la paternidad y filiación, al igual que el de Guatemala; considera dicho autor que todo no es más que cuestión de palabras, pues se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, ya que una supone y lleva consigo la otra, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre; en una punta de la relación paterno filial están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación; ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas".²¹

Filiación extramatrimonial. Los preceptos de la ley de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia, es decir, se parte de la relación surgente por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

De conformidad con las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que dicha ley reconoce las siguientes clases de filiación:

- Filiación matrimonial, la del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Artículo 199.

²¹ **Ibid.**

- 
- Filiación cuasi matrimonial, la del hijo nacido dentro de unión de hecho debidamente declarada y registrada. Artículo 182.
 - Filiación extramatrimonial, la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada. Artículo 209 y 182.
 - Filiación adoptiva, la del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta. Artículo 228.

“Puig Peña opina que existe el problema de determinar si estos dos términos son correlativos o tiene cada uno substantividad de concepto y contenido, opinando que algunos autores, como Cicu y Planiol, se fijan sólo en el término filiación, como si alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado civil, y que otros, por el contrario, se fijan sólo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de la paternidad, prueba de la paternidad, y por último, la tendencia a ver los dos términos en una relación sumada, como la del código español que tiene el epígrafe de la paternidad y filiación, al igual que el de Guatemala; considera dicho autor que todo no es más que cuestión de palabras, pues se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, ya que una supone y lleva consigo la otra, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre; enana punta de la relación paterno filial están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos,



y por ello se llama filiación; ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas”.²²

Para Rojina Villegas, filiación natural es el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Necesariamente, no basta la existencia del vínculo sanguíneo o familiar; ese vínculo debe constar fehacientemente, es decir, en el registro civil, ya por voluntad de los interesados, ya mediante resolución judicial.

“Debe tenerse presente que cuando la filiación no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, por el sólo hecho del nacimiento y con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declara la paternidad, según lo establece el Artículo 210 del Código Civil, precepto que, atribuye plenamente la maternidad por el solo hecho del nacimiento, y reconoce las antedichas dos clases de reconocimiento de la paternidad. Por supuesto, no queda excluido el caso excepcional de que la madre reconozca al hijo, o bien, se demande la declaración de maternidad (por ejemplo, si no consta quién es la madre en la partida correspondiente del registro civil).”²³

El Código Civil, después de admitir las dos clases de reconocimiento (voluntario y forzoso), dispone que el reconocimiento voluntario puede hacerse: En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil, conforme el Artículo 211, inciso

²² **Ibid.** Pág. 196-197.

²³ **Ibid.** Pág. 207.



1), o por acta especial ante el mismo registrador. La redacción de la ley es impropia, pudo haber especificado con más claridad que el reconocimiento puede efectuarse cuando el mismo padre comparece a inscribir el nacimiento reconociendo la paternidad del hijo; y por acta especial ante el registrador civil cuando el reconocimiento se haga con posterioridad al asentamiento de la partida. Por escritura pública, según el Artículo 211, inciso 3) es lógica la exigencia de esa formalidad, en razón de la importancia y derechos sucesorios, en el nombre, en la patria potestad, en la tutela, en la obligación alimenticia, etcétera. Además resulta medio adecuado cuando el padre no tiene su domicilio en el lugar en donde fue inscrita la partida de nacimiento del hijo, puesto que le permite hacer el reconocimiento en lugar distinto.

El Código Civil de 1877 también exigió que el reconocimiento se hiciera en escritura pública, cuyo testimonio debería presentarse al registro civil dentro de los ocho días siguientes (Artículos 229 y 464). Asimismo el Código Civil de 1933, en el Artículo 171, ese requisito tenía carácter obligatorio, sin el plazo de presentación del testimonio. Por testamento, según el Artículo 211, inciso 4).

Los anteriores son medios de reconocimiento, esencialmente solemne por la propia solemnidad del acto testamentario. Ahora bien, debe tenerse presente que si bien lo normal es que el testamento se otorgue en escritura pública (testamento común abierto), puede otorgarse con intervención del notario, pero no en escritura pública (testamento cerrado), o ante un oficial, bajo cuyo mando se encuentran, los militares en campaña (testamento especial militar), o ante el jefe de la prisión, en caso de necesidad, por el preso (testamento especial del preso), o ante las autoridades



marítimas que indica la ley cuando se testa a bordo durante un viaje marítimo, testamentos en los cuales también puede hacerse constar el reconocimiento del hijo, toda vez que la ley, si bien exige que se haga por testamento, no se refiere a ninguna forma específica de éste.

Por confesión judicial según el Artículo 211, inciso 5). Esta modalidad de reconocimiento ni aparece en el Código de 1877 ni en el de 1933; esa clase de confesión no encierra, en realidad y si bien se ve, un reconocimiento voluntario propiamente dicho, puesto que se hace ante un juez, a requerimiento de la parte interesada. La confesión judicial puede obtenerse, bien como prueba anticipada para preparar el juicio de filiación, bien como un medio de prueba en el curso del juicio (Artículos 98 y 130 del Código Procesal Civil y Mercantil. Se trata de lo que podría denominarse un reconocimiento cuasi voluntario, porque indudablemente la voluntad del reconociente es decisiva para la configuración de esta forma de reconocimiento.

1.5. Parentesco

El parentesco es una institución de importancia en el derecho civil y particularmente para la familia, porque de ahí se desprenden los integrantes de un núcleo familiar.



1.5.1. Concepto

El concepto de parentesco fue ampliándose paralelamente al desarrollo del derecho. Antiguamente, el nexo sanguíneo era determinante: por ejemplo, se definía el parentesco como "la relación o conexión que hay entre personas unidas por los vínculos de la sangre,"²⁴ sin perjuicio de reconocerse tangencialmente otras clases del mismo (el civil y el espiritual).

Para Sánchez Román, citado por Puig Peña, "el parentesco es la relación, unión o conexión que existe entre varias personas en virtud de la naturaleza de la ley o de la religión".²⁵

Para Rojina Villegas, "el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho".²⁶

1.5.2. Clases de parentesco

De los conceptos anteriores se infieren las distintas clases de parentesco generalmente admitidas, de las cuales una sola de ellas no tiene mayor relevancia para el derecho.

²⁴Escriche, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. Pág. 1380.

²⁵**Op. Cit.** Pág. 181.

²⁶**Op. Cit.** Pág. 187.



En el orden resultante de la importancia que de los preceptos legales se advierte en cuanto a esta materia, puede decirse que las distintas clases de parentesco son:

1.5.2.1. Parentesco por consanguinidad

Generalmente definido como el que existe entre personas unidas por vínculos de la sangre, o sea entre las personas que descienden una de otra, o que sin descender una de otra, proceden de una misma raíz o tronco, aclarándose que "los que descienden uno de otro son los ascendientes y descendientes: los que descienden de una misma raíz son los hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc., los cuales se llaman colaterales".²⁷

Para Rojina Villegas, "el parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común".²⁸ Planiol refiere que: "La serie de parientes que descienden uno de otro, forma lo que se llama una línea. Es este el parentesco directo; se representa por medio de una línea recta yendo de uno de los parientes al otro, cualquiera que sea el número de intermediarios. En cuanto al parentesco que une a dos personas que descienden de un autor común, se llama parentesco colateral; su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan la extremidad inferior de los lados, y el autor común el vértice. Por tanto, los parientes colaterales no se hallan en la misma línea, forman parte de dos líneas diferentes, separadas a partir del autor común, el cual representa el punto de

²⁷ Brañas, **Op. Cit.** Pág. 249.

²⁸ **Op. Cit.** Pág. 188.



bifurcación; las dos líneas se prolongan a cada uno de los lados, explicando esto la expresión colateral; cada uno de los parientes está, con relación al otro, en una línea paralela a la suya."²⁹

El parentesco por consanguinidad es determinante de numerosos efectos jurídicos, en especial aquellos relativos a la familia, sea en forma de preeminencia por razón del mismo (patria potestad, tutela legítima, etcétera), sea en lo referente a obligaciones legales (prestación de alimentos), o bien a manera de prohibiciones (impedimentos matrimoniales, celebración del contrato de compraventa entre marido y mujer); sin olvidar importantes efectos en el ámbito del derecho público.

1.5.2.2. Parentesco por afinidad

Puig Peña dice que esta clase de parentesco "se origina por la unión que existe entre un cónyuge y los parientes del otro."³⁰

Del parentesco por afinidad, sólo surgen determinantes y restringidos efectos jurídicos, como por ejemplo, el de constituir impedimento absoluto para contraer matrimonio; no produce efectos en cuanto a la obligación alimenticia, salvo entre los cónyuges o al orden de sucesión intestada.

²⁹ **Ibid.** Pág. 189.

³⁰ **Op. Cit.** Pág. 182.



1.5.2.3. Parentesco civil

"Se denomina también parentesco por adopción, debido a que nace en razón de la misma. Tiene, necesariamente los alcances y efectos que cada legislación le reconoce. Para Puig Peña, el parentesco civil es el originado por la adopción, haciéndose parientes en virtud de ella el adoptante y el adoptado, y éste y la familia del adoptante".³¹

El Artículo 229 del Código Civil, regula que el parentesco que se establece entre adoptante y adoptado no se extiende a los parientes de uno y otro. Asimismo, el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél, y el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca, conforme lo establecen los Artículos 236 y 237 del mismo cuerpo legal, precisamente para evitar algún ardid en materia de sucesiones.

1.5.3. Métodos para computar el parentesco

Por su claridad y concisión, es suficiente citar a Puig Peña, quien primero se refiere a la forma en que se computa el parentesco y después a los sistemas. "La computación del parentesco se hace por las líneas y los grados: Línea es la serie de personas que proceden de un mismo tronco. Grado es la distancia que media entre dos parientes. La línea puede ser: recta, constituida por la serie de personas que proceden unas de otras

³¹ **ibid.**



por vínculo inmediato de generación y colateral que comprende la serie de personas que aún sin estar engendradas entre sí, proceden todas de un mismo tronco. La recta puede ser ascendente o descendente, según que desde la persona de que se trate se suba al tronco común o se baja hasta el último descendiente. La colateral puede ser igual o desigual, según que los parientes comprendidos en ella disten o no los mismos grados del tronco común”.³²

1.5.4. Diferentes etapas del parentesco en el Código Civil

El Código Civil de 1877, en sistemática que abandonaron los códigos posteriores, regula el parentesco dentro de las disposiciones relativas a la sucesión o modo de adquirir el dominio por herencia, en los Artículos 959 al 968.

La regulación legal del parentesco ha variado muy poco, especialmente entre el Código Civil de 1933 y el ahora vigente, cuyas disposiciones relacionadas con esta materia son casi idénticas.

El Código Civil, Decreto Ley 106, reconoce tres clases de parentesco, el de consanguinidad, dentro del cuarto grado; el de afinidad, dentro del segundo grado; y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado; dispone,

³² *Ibid.*



además que los cónyuges son parientes, pero no forman grado, de conformidad con el Artículo 190.





CAPÍTULO II

2. Patria potestad

“Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período. En el Derecho argentino el ejercicio de la patria potestad corresponde, en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado; en el caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular, o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia; en caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro de los padres; en caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por uno solo de los padres, a aquél que lo hubiere reconocido; en caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren, y en caso contrario a aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida en forma sumaria; respecto de los hijos no voluntariamente reconocidos, a quien fuese declarado judicialmente padre o madre”.³³

Tiene su origen natural y legal a la vez la patria potestad: a) por nacimiento de legítimo matrimonio; b) por legitimación mediante siguientes nupcias entre los padres de uno o

³³Ossorio, **Op. Cit.** Pág. 702.



más hijos; c) por reconocimiento de la filiación natural) por obra exclusiva de la ley, en virtud de la adopción, y e) como resultado de los hechos, ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado.

2.1. Antecedentes

"El concepto de patria potestad (se origina del latín patrius, a que se refiere al padre y potestad, potestad, dominio, autoridad) ha evolucionado a través de los tiempos. En Roma se origina, y es en el primitivo derecho romano donde alcanza su expresión más significativa como una de las manifestaciones del poder paterno, del poder del padre de familia, quien podía vender, mutilar y aun matar al hijo, en acendrado rigorismo que pronto fue desapareciendo".³⁴

"La historia de esta institución muestra, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad poder (derecho) a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo del padre, a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre".³⁵

"El pater familias de Roma ejercía su poder doméstico no sólo sobre la mujer propia y los hijos, sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos; si bien sus facultades se concretaban más especialmente en la prole. Esta

³⁴ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, Pág. 354.

³⁵ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil**, Pág. 207.



soberanía doméstica fue reconocida expresamente en las doce tablas con carácter absoluto sobre vida y muerte de los hijos y sujetos al pater familias; aunque para privarles de la vida o de la libertad se estima que el jefe de familia debía convocar al Consejo de la misma, integrado por los miembros de la gens, especialmente los hermanos, que a su vez fueran también padres de familia. Absoluta en el contenido, la patria potestad lo era también en el tiempo, ya que duraba mientras el padre viviera, aunque podía salirse de su potestad para entrar en la de otro ciudadano, bien por matrimonio, adopción o arrogación. Los hijos, aun ganándolos por sí mismo, no eran dueños de bienes algunos, ni podían otorgar testamento mientras tuvieran padres".³⁶

Toda esa severidad primitiva fue atenuándose en la evolución del derecho romano con la desaparición del *jus vitae et necis*, con la creación de los peculios, con la emancipación, la manumisión y con otras instituciones liberadoras en mayor o menor grado de los sujetos a la *patria potestad*.

Con criterio más certero, la iglesia caracteriza a la patria potestad como autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda su familia. Fundada en la naturaleza, que ha establecido el amor de los padres y el reconocimiento de los hijos, que es su base, recibe su forma del Derecho Civil. Este ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado los derechos y le ha prescrito obligaciones. Es un derecho emanado de la naturaleza y confirmado por la ley,

³⁶ Espín, **Op. Cit.** Pág. 354.



que da al padre y a la madre, por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas y la administración y goce de los bienes de sus hijos. En la familia, el padre, como legislador, dicta reglas de conducta; como juez corrige y castiga con moderación a sus hijos; como tutor, cuida de su subsistencia y educación; y como señor, se sirve de su trabajo y bienes".³⁷ Se puede determinar con claridad que en el pater familias, prácticamente influyen lo que ahora se diferencia en el ámbito del Estado, como los tres poderes.

"La patria potestad, ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes, es más que todo, una función eminentemente que ampara y protege, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de estos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad".³⁸

2.2. Concepto

"Conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar e instruir a los hijos menores de edad, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad

³⁷ Brañas, *Op. Cit.* Pág. 232.

³⁸ *Ibid.*



de obrar. Al respecto la Exposición de Motivos del Código civil establece que “el concepto de patria potestad responde a necesidades de asistencia y educación de los hijos que los padres están en la obligación de atender”.³⁹

“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad. Esa noción preliminar de patria potestad, que refleja la situación actual de la institución, dista considerablemente del derecho romano, de donde procede en espíritu y casi totalmente en la letra: *patria potestad*. En este ordenamiento y condición de padre de familia implicaba una auténtica potestad o autoridad, compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos propiedad absoluta del padre, teniéndolo como bienes bajo su poder”.⁴⁰

“Con criterio más certero, la iglesia caracteriza a la patria potestad como autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda su familia. Fundada en la naturaleza, que ha establecido el amor de los padres y el reconocimiento de los hijos, que es su base, recibe su forma del derecho civil. Este ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado los derechos y le ha prescrito obligaciones. Es un derecho emanado de la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre, por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas y la administración y goce de los bienes de sus hijos. En la

³⁹ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. **Sistema de derecho civil**. Pág. 45.

⁴⁰ Espín, **Op. Cit.** Pág. 354.



familia, el padre, como legislador, dicta reglas de conducta; como juez corrige y castiga con moderación a sus hijos; como tutor, cuida de su subsistencia y educación; y como señor, se sirve de su trabajo y bienes".⁴¹

Se puede determinar con claridad que en el pater familias, prácticamente influye en lo que ahora se diferencia en el ámbito estatal, como los tres poderes del Estado.

"La patria potestad, ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes, es más que todo, una función eminentemente que ampara y protege, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad".⁴²

2.3. Promoción de la acción de pérdida o suspensión de la patria potestad

Respecto a quiénes pueden promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, el Código Civil dispone en el Artículo 276, que sólo podrán promoverla los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público, según quedó expuesto. En cuanto al

⁴¹ Brañas, **Op. Cit.** Pág. 232.

⁴² **Ibid.**



restablecimiento, el Artículo 277 únicamente regula que se hará a petición de parte, por analogía, ha de entenderse que esta acción corresponde también y solamente, a las personas indicadas en el Artículo 276, y al progenitor inocente, que conforme al mismo debe ser parte en el juicio, así como a los hijos mayores de catorce años o al tutor, según lo previsto en el incisos 3) del Artículo 277, y en todo caso, al padre o a la madre cuya patria potestad se halle en suspenso o la hubiese perdido.

Respecto a quiénes pueden promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, el Código Civil dispone en el Artículo 276, que sólo podrán promoverla los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público

2.4. Separación de la patria potestad

El Código Civil denomina separación de la patria potestad, cuando quien la ejerce disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, pueden solicitar la separación los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o el Ministerio Público, conforme lo regula el Artículo 269 del citado cuerpo legal.

Los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra, según lo dispone el Artículo 270 del Código Civil; y si a quien se halla bajo la



patria potestad se le hiciere alguna donación o se le dejare herencia o legado, con la expresa condición de que los bienes no los administren los padres, será respetada la voluntad del donante o testador, quien deberá designar la persona o institución administradora, y si así no lo hiciere, el nombramiento lo hará el juez en persona de reconocida solvencia y honorabilidad, si no hubiere institución bancaria autorizada para tales cargos. Ver Artículo 271 del mismo Código.

“La figura que el Código Civil tipifica como separación de la patria potestad, fue desconocida en el Código de 1877 y en el de 1933. Éste disponía los bienes de los hijos o era responsable civil y criminalmente por actos delictuosos contra la propiedad, perdía la administración de los bienes de aquéllos. Perder la administración, no implicaba separación de la patria potestad sino restricción en una de las formas de manifestarse”.⁴³

Es importante referirse a la separación de la patria potestad, que se da esta forma de separar a los hijos de los padres, cuando existe la comisión de un hecho delictivo que se relaciona directamente con la administración de bienes de los hijos menores.

2.5. Suspensión de la patria potestad

Conforme lo dispuesto en el Artículo 273 del Código Civil, la patria potestad se suspende por los siguientes motivos:

⁴³Brañas, *Op. Cit.* Pág. 236.



- a) Por ausencia de quien la ejerce, declarada judicialmente. No basta, por lo tanto, que quien ejerza la patria potestad se encuentre ausente de hecho; es necesario que se tipifique la ausencia mediante la declaración judicial.
- b) Por interdicción declarada judicialmente. Resulta lógico que si una persona mayor de edad, en ejercicio de la patria potestad, sufre enfermedad mental que le prive de discernimiento, o abusa de bebidas alcohólicas o de estupefacientes en tal forma que se exponga ella misma o exponga a su familia a graves perjuicios económicos, no se encuentra en las condiciones requeridas para desempeñar las importantes funciones de la patria potestad, lejos de ello, se transforma en tutelado quedando su situación jurídica automáticamente distante y contrapuesta a la del padre o la madre en el goce y ejercicio de su plena capacidad civil.
- c) Por ebriedad consuetudinaria. Esta causa de suspensión de la patria potestad guarda relación con uno de los aspectos de la anterior, en cuanto que el abuso de bebidas alcohólicas es motivo suficiente para declarar la interdicción. Se entiende como un término medio entre la capacidad e incapacidad civiles, o como una incapacidad no declarada expresamente como tal, aunque en estricto sentido, no puede admitirse tal criterio.
- d) Por tener el hábito de huego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes. Es aplicable a esta disposición el comentario anterior (teniéndose presente que el hábito del juego no es causa de interdicción según el Código Civil).



2.6. Pérdida de la patria potestad

“Es la medida más grave contra quien la ejerce, y de proyecciones incalculables en el ámbito familiar. El Código Civil en el Artículo 274 dispone que la patria potestad se pierde:”⁴⁴

- a) Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares. Estas costumbres pueden afectar la recta formación de los hijos; la dureza en el trato para con ellos. El abandono de los deberes familiares significa prácticamente una dejación de la autoridad paterna, en indudable perjuicio de los hijos. Necesariamente, esos aspectos contemplados por la ley quedan a la apreciación del juzgador, según las circunstancias de cada caso. Aunque la ley utiliza la expresión genérica de padres, uno sólo de ellos puede quedar comprendido en cualquiera de los casos comentados, y respecto a él sería aplicable la pérdida de la patria potestad.
- b) Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores. Este precepto tiene por objeto, preservar la recta formación moral de los hijos. La dedicación a la mendicidad y los ejemplos corruptores, pueden probarse con relativa facilidad en cuanto a un caso dado. No ocurre lo mismo con las órdenes, consejos o insinuaciones corruptores. Como es

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 238.



el inciso anterior, esos hechos quedan librados al buen criterio del juzgador, dadas las pruebas y las circunstancias.

- c) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos. El padre que delinca en esa forma, cualquiera que sea el delito, será quien sufra la pérdida de la patria potestad. Debe preceder sentencia condenatoria, sin perjuicio de las medidas cautelares que en su debido tiempo puedan pedirse y dictarse en pro del ofendido.

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

- e) Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. En este caso, prácticamente la ley substraer a los hijos de la autoridad de quien no tiene las calidades morales necesarias para ejercer debidamente la patria potestad. Sin embargo, la referencia al término de la pena no puede considerarse apropiada, como si lo sería la naturaleza y las circunstancias de los delitos.

- f) Cuando el hijo es adoptado por otra persona. Este precepto está en consonancia con lo dispuesto la Ley de Adopciones, la cual dispone que, al constituirse la



adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado. Es una causa que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaratoria judicial, que no sea la contenida en la resolución sobre la adopción.

2.7. Restablecimiento de la patria potestad

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

Cuando la causa de la suspensión o pérdida hubiese desaparecido y no fuere por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos.

Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3) del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubiesen existido circunstancias atenuantes, (de estos incisos 1) y 2), se desprende que el legislador, como excepción, considera que cierta clase de delitos sí pueden dar lugar, según las circunstancias, a la irrecuperabilidad de la patria potestad).

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



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

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

2.8. Enajenación de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad

De conformidad con lo que establece el Artículo 264 del Código Civil, los padres no pueden enajenar ni gravar 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.



Los padres tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta, ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona.

Siempre que el juez conceda la autorización para enajenar o gravar bienes inmuebles, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta o el monto del crédito sea empleado en el objeto que motivó la autorización y que el saldo, si lo hubiere, se invierta debidamente, depositándose mientras tanto en un establecimiento bancario.

A no ser que se dé el caso de una sucesión intestada, el que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor. Los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos.

2.9. Patria potestad compartida

Si los progenitores conviven, sea en matrimonio o unidos de hecho, el ejercicio de la patria potestad respecto a sus hijos menores de edad corresponde a ambos. Este ejercicio, que tradicionalmente se ha denominado conjunto, en la realidad no funciona así en razón de lo complejo que podría tornarse contar con el consentimiento expreso



de los dos progenitores para cada acto de la vida civil del niño. La ley presume que los actos ejercidos por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro, salvo su expresa oposición. Esto otorga a este supuesto de ejercicio de la patria potestad, notas de carácter indistinto. Sin embargo, para determinados actos que son de mayor trascendencia para el hijo, la ley exige que ese consentimiento sea expreso por parte de los dos progenitores, estableciendo aquí un verdadero ejercicio conjunto de la patria potestad.

Los deberes y derechos que tienen los padres son ejercidos respecto a la persona y los bienes de sus hijos. Respecto a la persona, tienen la guarda de sus hijos, es decir que todos deben convivir en el mismo hogar, contemplando este último el uso de la fuerza pública para conminar al hijo a cumplirlo. La guarda implica para los padres la obligación de cumplir con todo lo que tenga que ver con el cuidado físico y psíquico del menor.

La guarda de los hijos trae aparejada una serie de circunstancias que se vinculan estrechamente al hecho de residir en una misma casa y con el fin mismo de la patria potestad, esto es la protección y formación integral del menor.

"Los padres tienen el deber de vigilancia con el objeto de preservar a sus hijos del peligro y evitar que causen perjuicios."⁴⁵ En consecuencia, son civilmente responsables si, como consecuencia de un hecho ilícito cometido por el hijo, éste causa daños a

⁴⁵Belluscio, Augusto César. **Manual de derecho de familia**. Pág. 299.



terceros. Disponen del deber de corrección, tendiente a asegurar la autoridad y el respeto que les es debido, que los autoriza a imponer sanciones moderadas que no impliquen malos tratos, castigos o actos que lesionen o dañen físicamente al niño. Por último, pueden pretender que el niño preste la colaboración propia de su edad en los quehaceres cotidianos del hogar, sin obligación de remunerarlos, como parte de la formación integral del menor".⁴⁶

Los padres tienen también el deber de brindar educación a sus hijos, entendiendo al término educación en sentido amplio, sin reducirlo únicamente al campo de la educación formal en los establecimientos educativos destinados a ello. De acuerdo a su condición y fortuna deben instruir a su hijo incentivando a que practique deportes, estudie idiomas, ejecute algún instrumento así como también cultivarlo, darle consejos y, en definitiva, orientarlo para el mejor desenvolvimiento a lo largo de su vida.

Los padres deben prestar asistencia a sus hijos, ya sea moral o material, aparejando esto último un deber alimentario amplio. "Por último, los padres son los representantes legales de sus hijos. Se trata de una representación necesaria, ya que no podrían desentenderse de esta obligación, y universal en tanto abarca todos los actos de la vida civil."⁴⁷

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 303.

⁴⁷ **Ibid.** Pág. 310.



Con relación a los bienes del hijo, ambos progenitores tienen su administración y usufructo. La administración y disposición de los bienes del hijo configuran actos para los que la ley requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores. En razón de ello, uno de los dos sólo podrá ejercer individualmente actos conservatorios, dado el carácter urgente de los mismos.

"En cuanto al usufructo de los bienes de los hijos, es el derecho que tienen de usar y gozar de ellos y de percibir sus rentas sin necesidad de rendir cuentas, con la obligación de aplicarlas prioritariamente al cumplimiento de sus deberes como padres."⁴⁸

2.10. Ejercicio unilateral de la patria potestad

Existen supuestos donde, debido a la ausencia de alguno de los progenitores, los deberes y derechos se concentran necesariamente en aquel que se encuentra presente. Para el caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio y cuando el hijo extramatrimonial ha sido reconocido por uno sólo de sus progenitores.

Existen otros supuestos que se relacionan diametralmente con la cesación de la convivencia de los progenitores. Si se trata de hijos matrimoniales y sus padres no

⁴⁸**ibid.** Pág. 335.



conviven, la patria potestad será ejercida por aquél que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro a mantener una adecuada comunicación y supervisar su educación.

2.11. Tenencia unilateral

La tenencia del niño, entendida como el elemento material de la guarda que implica la convivencia efectiva, apareja el ejercicio de la patria potestad. En función de ello, el discernimiento respecto a cuál de los dos progenitores corresponde la tenencia resulta fundamental en este punto. Azpiri señala que "en muchos casos los progenitores no tienen en cuenta que la decisión respecto a la tenencia implica una modificación del ejercicio de la patria potestad."⁴⁹ A continuación, se distinguirá la amplitud de derechos y obligaciones que atañe a cada uno de los progenitores.

Cuando los cónyuges deciden separarse o divorciarse por presentación conjunta, la demanda puede contener acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas de los hijos. En estos casos el juez podrá objetar una o más estipulaciones del mismo, si afectaren el bienestar de los menores.

"El progenitor que detente la tenencia, conserva la guarda del niño. Ello, significa que además tiene el deber de vigilancia, será responsable frente a terceros por los hechos

⁴⁹Azpiri, Jorge Osvaldo. **El orden público y la autonomía de la voluntad en la patria potestad.** Pág. 93.



ilícitos que cometa el niño, dispone del deber de corrección y puede exigir el deber de colaboración. Asimismo, tendrá a su cargo la representación judicial y extrajudicial del hijo."⁵⁰

"En cuanto al usufructo de los bienes del menor, se encuentra controvertido en doctrina a quien le corresponde, lo consagra a quien ejerza la autoridad del niño. Una postura entiende que ello refiere al ejercicio de la patria potestad,"⁵¹ la otra juzga que aun cuando los padres están separados, los hijos siguen estando "bajo la autoridad de ambos y, consecuentemente, el usufructo será compartido".⁵²

Continúa en cabeza de ambos progenitores el deber de asistencia moral y material como así también la necesidad de consentimiento expreso para la realización de los actos enumerados. El progenitor no tenedor tiene derecho a una adecuada comunicación con el hijo y a la supervisión de la educación

Para Grosman "la labor de quien no tiene la tenencia de los hijos no es de mera supervisión, a la manera de un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente, sino que conserva su rol parental y tiene derecho a tomar una posición activa que implica colaborar con el titular de la guarda en la función de educación, amparo y asistencia del menor."⁵³

⁵⁰Fleitas Ortiz de Rozas, Abel. **El ejercicio de la patria potestad en caso de separación**. Pág. 130.

⁵¹Bossert, Gustavo-Zannoni, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. Pág. 557.

⁵²Fleitas, **Op. Cit.** Pág. 130.

⁵³Grosman, Cecilia P. **La tenencia compartida después del divorcio**. Pág. 813.



La adecuada comunicación se materializa a través del régimen de visitas, que también puede ser estipulado convencional o judicialmente. Obviamente, las visitas no implican que se lleven a cabo en el sentido estricto de la palabra, sino que lo que ocurre en la realidad es un verdadero desplazamiento de la guarda de quien detenta la tenencia hacia el progenitor no conviviente. Responsabiliza frente a terceros al progenitor que se encuentre cuidando al niño al momento del acaecimiento del evento dañoso cometido por él. No puede entenderse de otra manera a un régimen de visitas amplio, por ejemplo, pasar todos los fines de semana junto al progenitor que no detenta la tenencia. El progenitor que no detenta la tenencia tiene el derecho deber de participar en la educación del niño. La ley le otorga la *supervisión de la educación...* "pero el sentido correcto de ello debe buscarse entendiendo que toda iniciativa vinculada a la educación del menor, en especial las relativas a la educación formal, deben estar sujetas al consenso de ambos progenitores."⁵⁴

Sí los progenitores no pueden ponerse de acuerdo respecto a alguna circunstancia, quien detente la tenencia tiene derecho de iniciativa, pudiendo por sí mismo ejercer el acto controvertido, restándole al otro la posibilidad de oponerse judicialmente.

Debe quedar claro que corresponde a ambos progenitores, el deber de brindar a sus hijos, conforme su condición y fortuna, la educación no formal entendida en los términos ya expuestos, y sobre este tópico no debieran plantearse inconvenientes ya que ambos

⁵⁴Fleitas, **Op. Cit.** Pág. 130.



trasmitirán a sus hijos aquello que, de acuerdo a sus propias experiencias, será útil para formar la personalidad del niño.

2.12. Tenencia compartida

Grosman sostiene "que la tenencia compartida no ha sido prevista por el legislador pero tampoco ha sido prohibida, de lo cual se deduce que los cónyuges están autorizados para efectuar tales acuerdos siempre que no perjudiquen al menor,"⁵⁵ conservando el interés superior del menor, como las actuales corrientes jurídicas lo señalan, logrando que decrezca el estigma que significa pertenecer a una familia incompleta ya que se crea un esquema organizativo parecido a una familia intacta.

Con la tenencia compartida los dos progenitores están en igualdad de condiciones tanto respecto a la organización de su tiempo como a su vida personal y profesional. El vocablo "compartida, *denota en una de sus acepciones participar uno en alguna cosa, concepto que trasladado a la materia en estudio implica que las partes (padre y madre) se vinculen para participar en el cuidado y formación de los hijos...*"⁵⁶

"Ha quedado dicho que el ejercicio de la patria potestad queda atado a la tenencia del niño, de ello se desprende, naturalmente, que cuando se dispone de una tenencia compartida ambos progenitores van a ejercer sobre el niño su autoridad parental."⁵⁷

⁵⁵Grosman, **Op. Cit.** Pág. 806.

⁵⁶Arianna, Carlos. **Régimen de visitas.** Pág. 124.

⁵⁷Mizrahi, Mauricio. **Familia, matrimonio y divorcio.** Pág. 420.



La tenencia compartida puede ser resuelta a través de un convenio entre los progenitores no convivientes, que si se presenta a homologación judicial puede ser rechazado en virtud de la rigidez de algunos órganos judiciales; o de una decisión judicial que en algunos casos puede resultar muy acertada, aún ante un relación muy conflictiva entre los padres.

Ambos progenitores van a ejercer alternadamente la tenencia sobre sus hijos, sea por días, por semana o por cualquier otro período de tiempo que se establezca. Ambos podrán ejercer todos los derechos y deberes derivados de la patria potestad, y para que ello sea posible funcionará la presunción de que los actos realizados por uno de los progenitores gozan del consentimiento del otro, salvo oposición expresa.

Si los progenitores no logran ponerse de acuerdo respecto a alguna circunstancia, uno de los dos podrá recurrir al juez a los efectos de que determine “...*lo más conveniente para el interés del menor...*”. La tenencia compartida siempre se impone, cómo cualquier otra decisión donde el estén afectados menores de edad, teniendo en cuenta principalmente el interés superior del niño (Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 75 inciso 22 del Código de Notariado), por ello si los desacuerdos de los progenitores son reiterados, deberán buscarse alternativas a la modificación del régimen.

Una de las alternativas la da la misma ley, ya que se podrá solicitar que el Juez distribuya las funciones que hacen a la autoridad parental entre los dos progenitores.



2.13. Derechos y obligaciones que nacen del ejercicio de la patria potestad con relación a los padres

“En relación al ejercicio de la patria potestad, los tratadistas emplean la palabra derechos e indistintamente, en otro ángulo, las palabras deberes y obligaciones, en lo que a las relaciones entre padres e hijos concierne. El Código Civil utiliza dichas expresiones. En realidad y en vista de la peculiar naturaleza de la institución, resulta difícil deslindar claramente, en ese ámbito de la conducta humana, íntimo de por sí, lo que es simple deber de lo que es obligación propiamente dicha y aun lo que es un derecho en el estricto sentido de la palabra”.⁵⁸

El Código Civil, Decreto Ley 106, regula los derechos y obligaciones que nacen producto de la patria potestad, entre ellos se pueden mencionar como obligaciones de los padres, las cuales a su vez generan los derechos de los hijos, las siguientes:

- -Están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, siendo responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad. Artículo 253.

⁵⁸Brañas. **Op. Cit.** Pág. 233.



- -.Como derecho comprendido en la patria potestad, representan legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil, administran sus bienes y aprovechan sus servicios atendiendo a su edad y condición. Artículo 254.
- -.Cuando la patria potestad la ejerzan conjuntamente el padre y la madre durante el matrimonio o la unión de hecho, la representación del menor o incapacitado y la administración de los bienes la tendrá el padre. Artículo 255.
- 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. Artículo 257.
- -.La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. Artículo 258.
- -.Los padres no pueden enajenar ni gravar 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 autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público. Artículo 265.
- -.Los padres no pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni



vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona. Artículos 265 del Código Civil y 424 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- -.Quien ejerza la patria potestad no puede, salvo el caso de sucesión intestada, adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor; y que los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos. Artículo 267.

- -.Los padres deben entregar a los hijos, cuando éstos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuenta de su administración. Artículo 272.

2.14. Los hijos ante la patria potestad en cuanto a sus obligaciones

El Código Civil, establece las obligaciones de los hijos ante la patria potestad, las cuales a su vez generan los derechos de los padres, conforme los siguientes Artículos 260, 259, 263.

Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquélla en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la



autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores. Artículo 260.

Los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento. Artículo 259.

Los hijos, aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida. Artículo 263.

2.15. La separación y el divorcio

Las crisis matrimoniales, se les ha llamado así por la doctrina a los tratados de separación y de divorcio los cuales son analizados en forma separada. El primero modifica el vínculo patrimonial pero implica cesación de la convivencia entre ambas personas. Son efectos propios de la separación: 1) El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro conyuge. 2) El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

Frente a la nulidad y el divorcio en los que hay disolución del vínculo conyugal, la separación únicamente modifica el vínculo mediante IREFD a suspensión de la convivencia pero subsiste el vínculo. En nuestro derecho la separación legal o judicial solo opera mediante la sentencia dictada después de un proceso judicial.



Hay dos modalidades en cuanto a la separación: La que se da durante el juicio de separación: el efecto jurídico es de dar por terminado el juicio. La que se da después de la sentencia de separación: el efecto es volver a restablecer la comunidad matrimonial y dejar sin efecto la sentencia.

Implica la reanudación de la vida matrimonial en todos sus aspectos y no en aspectos aislados, y la reconciliación en un solo aspecto no es reconciliación. Luego de la reconciliación, todas las causales que pudieran haber existido dejan de existir. Si después buscan divorciarse, deben entonces alegar un nuevo hecho. Basándose en el Artículo 432 del Código Procesal Civil y Mercantil el cual establece: En cualquier estado del proceso de separación o de divorcio y aún después de la sentencia de separación, pueden los cónyuges reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia. Solo por causas posteriores a la reconciliación, podrá entablarse nuevo proceso. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal ante el juez, por memorial con autenticación de firmas o por escritura pública.

Nuestra legislación le da efectos jurídicos a la separación de hecho, ya que ésta sirve de causal de divorcio, es una situación extrajurídica, pero específicamente nuestro Código Civil acepta como tal es la separación legal.

El Código Civil regula la separación de cuerpos y sus causales, para su posterior divorcio entre los cónyuges (Artículos 154 al 158). "Se denomina separación a una situación del matrimonio, en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una



cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones”.⁵⁹

Respecto a esta materia, se debe distinguir entre la separación de hecho conferida por la ley, y las separaciones de hecho que se producen al margen de ella, como podría ser a decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges o por mutuo consentimiento. “Precisamente en términos generales la separación puede ser una situación puramente fáctica (separación de hecho) o una situación fundada en la ocurrencia de los presupuestos prevenidos por la ley y acordada en virtud de una decisión judicial (separación legal en sentido estricto)”.⁶⁰

Es importante agregar que la doctrina consigna diversas formas de divorcio

- a) Divorcio repudio: mediante esta forma bastaba la voluntad de uno sólo de los cónyuges para disolver el vínculo. Esta es la forma más primitiva de divorcio. Actualmente en desuso.
- b) Divorcio por voluntad unilateral: basta la decisión de una de las partes y llenado ciertas exigencias se puede decretar el divorcio por la autoridad correspondiente.
- c) Divorcio por mutuo consentimiento: en este caso se manifiesta la voluntad de ambos cónyuges, pero aceptada y ratificada por la autoridad para decretar la disolución del vínculo.

⁵⁹ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Pág. 101.

⁶⁰ **Ibid.**



d) Divorcio sanción: en el que se considera como causal de disolución los hechos que sólo se imputan a uno de los cónyuges y que esgrime el cónyuge inocente a fin de castigar con la disolución al responsable.

e) Divorcio remedio: causada por la propia realidad social, familiar, económica y política que vive nuestra sociedad, toda vez que se viene dando situaciones irregulares y muchas de ellas ilegales que afectan la institución del matrimonio negando su propia esencia que es la de hacer una vida en común.



CAPÍTULO III

3. La separación y el divorcio

3.1. Divorcio-sanción

Respecto al Divorcio como sanción, “de acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal”.⁶¹

Según esta tendencia, “la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley, como adulterio, abandono, injurias graves, etcétera. Si los hechos no fueren probados, el juez debe desestimar la demanda, aún cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis, la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta

⁶¹Ibid. Pág. 115.



en los efectos (pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etcétera)".⁶²

“La determinación de qué hechos deber servir como base al divorcio es algo que se encuentra muy estrechamente ligado a la concepción que del mismo se tenga. En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio y otras situaciones similares”.⁶³

3.2. Divorcio remedio

Siguiendo al autor Diez-Picazo, resalta que “diferente es la óptica en la tesis que hemos llamado frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla”.⁶⁴

El divorcio-remedio “se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial esta desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una

⁶²Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. Pág. 330.

⁶³ Diez-Picazo, y Gullón, **Op. Cit.** Pág. 116.

⁶⁴**Ibid.**



solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por eso, se acepta la separación personal o el divorcio vincular por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causales que motivan su petición” [23].⁶⁵

Entre los postulados que se resaltan en la concepción del divorcio-remedio se encuentran “a) El divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídico social del matrimonio, sino sencillamente dar una solución a los casos en que excepcionalmente, la comunidad de vida que implica la relación conyugal se ha roto de un modo irrevocable. b) El divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes maritales, sino como un camino de salida, un remedio, para aquellos casos en los que el conflicto ha llegado a tal grado de agudización que resulta imposible mantener la comunidad de vida que implica el matrimonio”.⁶⁶

Se puede decir que la diferencia sustancial entre la concepción del divorcio-sanción y del divorcio-remedio, reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. En otras palabras, la concepción del divorcio-sanción, responde a la pregunta: ¿cuál es la causa

⁶⁵Bossert, y Zannoni, **Op. Cit.** Pág. 330 y 331.

⁶⁶Corral Talciani, Hernán. **Derecho y derechos de la familia.** Pág. 133.



del divorcio conyugal?; mientras que la concepción del divorcio-remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?.⁶⁷

“Para el tema que nos ocupa, me referiré a la separación de hecho como situación puramente fáctica, que es la que, en puridad se tiene como presupuesto como causal para demandar el divorcio, pues “en la actualidad la separación de hecho, aunque no puede considerarse obviamente como una situación regular, no es tampoco ignorada ni privada de importantes efectos jurídicos. Únicamente en aquellos casos en que el hecho determinante de la separación proceda de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges podrá ser constitutivo de abandono y generar las consecuencias del abandono, aunque tampoco pueda excluirse que lo que inicialmente haya podido ser un abandono, termine convirtiéndose en una situación distinta cuando se consiente merced a un comportamiento concluyente”.⁶⁸

Este es un aspecto muy importante que, como se verá tiene trascendencia al momento de la determinación de los hechos del conflicto para el eventual establecimiento de la indemnización, en el proceso sobre Divorcio por la causal de separación de hecho, que es propia de la figura del divorcio-remedio.

⁶⁷Bossert y Zannoni, **Op. Cit.** Pág. 332.

⁶⁸Diez-Picazo, y Gullón, **Op. Cit.** Pág. 110.



3.3. Modificación y disolución del matrimonio

De conformidad con lo que para el efecto regula el Artículo 154 del Código Civil, es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial.

3.3.1. Clasificación

- separación de hecho. Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto de cesar la vida en común, sin mediar resolución judicial.
- Separación por mutuo acuerdo ente los cónyuges, la cual no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio y concurre el consentimiento de ambos.
- Por Voluntad de uno de los Cónyuges por causa determinada (Legal: Es la declarada judicialmente y modifica en matrimonio, por cuanto hace desaparecer el animo de permanencia y de la vida en común

3.3.2. Causas determinadas para la separación o el divorcio

Según el Artículo 155 del Código Civil, se establecen las causas determinadas para establecer la separación o el divorcio.

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;



- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
- La disipación de la hacienda doméstica;
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión;

- 
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
 - La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
 - La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declararla interdicción; y
 - Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

3.3.3. Efectos de la separación

El Artículo 159 del Código Civil establece que son efectos civiles comunes de la separación y del divorcio, los siguientes:

- La liquidación del patrimonio conyugal;
- El derecho de alimentos¹¹⁰ a favor del cónyuge inculpable, en su caso; y
- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.

Con relación a los efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, el Artículo 160 del Código Civil, establece que son efectos propios los siguientes:

- El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y
- El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.



Respecto al efecto propio del divorcio, la disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 161 del Código Civil.

CAPÍTULO IV

4. Estudio del conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, derivado de la separación o divorcio

Los procesos regionales de modernización de las legislaciones referidas a la familia, operados a partir de la década de los 80, del siglo XX han incluido, en las leyes resultantes, mecanismos para resolver las controversias surgidas entre los padres, en ocasión del ejercicio de la patria potestad de los hijos. Esta es una consecuencia de la horizontalidad de las relaciones parentales, en la medida que se abandonó el viejo sistema patriarcal del direccionamiento de los hijos, por el cual el varón conservaba íntegramente el poder sobre la vida de los mismos. La apertura progresiva de la vida familiar a la inspección de los jueces fue atenuando los rigorismos de este principio esclareciéndose el rol de la madre en el desarrollo de los hijos, y aunque los magistrados se vieran obligados a aplicar la ley favorecedora de la prerrogativa de padre, sus decisiones fueron limitándola a través de principios generales como el interés familiar o el abuso del derecho y preparando el camino hacia la adecuación legal de las necesidades sociales y la democratización interna de la familia, y por allí transita la jurisprudencia en los diversos países con tradición romana.

Como consecuencia de la igualdad jurídica de los padres, ninguno de ellos tiene el *favor legal de solucionar las controversias*, por lo que los sistemas jurídicos introducen dispositivos de resolución que reflejan tal igualdad, constituyéndose en instrumentos



pedagógicos que ayudan a los padres en el aprendizaje de nuevos modos de relacionarse en beneficio de sus hijos menores de edad.

Se aclara que los conflictos que estas herramientas tienden a solucionar son aquellos que se producen en cotidianidad del ejercicio de la gestión paterna y materna y respecto de actos relacionados con el normal desenvolvimiento de la misma, pues en relación con actos jurídicos de cierta trascendencia en la vida del hijo, la intervención pública adquiere la forma de autorización judicial (ejemplo: autorización para contraer matrimonio ante la oposición de alguno de los padres, o sea la dispensa judicial, disposición de bienes muebles o inmuebles de los hijos y otros).

“El padre y la madre, se encargan del cuidado de los hijos luego de una separación o divorcio de los padres se torna en muchas ocasiones en una batalla campal donde cada padre utiliza múltiples recursos con la finalidad de conservar la tenencia de sus hijos.”⁶⁹

“En los órganos jurisdiccionales respectivos, se ventilan cientos de causas de padres que pugnan por las tenencias de sus hijos menores de edad mientras que en los juzgados de lo civil donde se decide los divorcios también es frecuente encontrar estos casos. A decir de una funcionaria judicial, en el Juzgado donde labora ha visto una serie de casos verdaderamente dramáticos donde los padres recurren inclusive al chantaje

⁶⁹ Correo, el diario de todos. **Conflicto permanente entre padres.**

emocional para convencer a sus hijos que no los abandonen cuando estos ya tienen edad para decidir con que progenitor quieren vivir.”⁷⁰

“Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia. Pero estas resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria, es decir el Juez podrá modificarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.”⁷¹

Sin embargo, los derechos del padre o madre que no goza de la tenencia de los hijos también se garantizan con las visitas, que deben fijarse en todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores. El derecho de visitas va ligado al derecho a la alimentación, pues si padre no cumple con sus obligaciones tampoco puede hacer valer sus derechos y menos pretender la tenencia de los hijos.

El régimen de visitas también se puede extender a otros familiares de los niños o niñas como abuelos, tíos, primos, hermanos e incluso otras personas que aunque no guarden

⁷⁰ **Ibid.**

⁷¹ **Ibid.**



parentesco con los menores, estén ligadas afectivamente a estos, siempre que esté garantizada su seguridad.

El Artículo 256 del Código Civil establece que siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

4.1. Consecuencias en el menor provocadas del conflicto entre el padre y la madre

“Una de las consecuencias graves provocadas en el menor por la separación o el conflicto entre ambos padres, es el Síndrome de Alienación Parental, identificado como un proceso que el psiquiatra estadounidense, Richard Gardner, identificó en 1985, pero cuya realidad ha permanecido relativamente oculta a la opinión pública. Sin embargo, en estos momentos se encuentra presente en distinto grado en un tercio de las separaciones contenciosas, según apunta José Manuel Aguilar, psicólogo clínico y forense y autor del libro SAP.”⁷²

Este síndrome surge del conflicto entre la pareja por la custodia de los hijos y, siempre, los principales perjudicados son los menores. Es un proceso en el que uno de los

⁷² <http://apfsceuta.fortunecity.es/index22.html>, (19 de octubre de 2013)



progenitores, normalmente el que tiene la guarda custodia, inculca el odio en el niño para que rechace al otro progenitor.

“Sin lugar a dudas, los niños se llevan la peor parte, porque padecen problemas de despersonalización, de comunicación, pueden tener depresión, dolores de cabeza, trastornos gastrointestinales, tics nerviosos y además los sentimientos de culpa son enormes, sobre todo cuando se dan cuenta de que han cooperado a hacer daño al otro progenitor, sin ellos quererlo. En ese momento, el alienado y el hijo chocan y el niño se queda prácticamente sin padres: sin un progenitor que lo ha estado manipulando y programando y alejado del otro, dice Bronchal. Además, los niños se encuentran doblemente perjudicados, por tener un padre o madre estigmatizado como maltratador o abusador sexual sin que lo sea”, resalta Beranoagirre. La situación es tan grave y los niños aguantan tanta presión, que incluso ha habido casos de suicidio, como indican estos expertos. El Síndrome de Alienación Parental no sólo afecta durante la infancia sino que sus consecuencias se presentan también en la vida adulta. Aguilar explica que los hijos que lo han sufrido tienen tendencia a repetir el modelo cuando son mayores o que sufren de miedo a vincularse para no provocar toda esta situación”.⁷³

“El SAP no sólo afecta durante la infancia sino que sus consecuencias se presentan también en la vida adulta Tejedor, Aguilar y Bronchal coinciden en que la persona

⁷³ **ibid.**

alienadora suele ser completamente consciente de las maldades que realiza, pero que al mismo tiempo se justifica a sí misma con razones subjetivas.”⁷⁴

En caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio, el juez competente debe dictar las medidas provisionales que se aplicarán hasta que concluya el juicio correspondiente, en lo referente a la patria potestad y a su contenido, así como en lo que concierne al régimen de visitas y de alimentos; igualmente, en el caso de solicitar el divorcio cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de un año. Si el divorcio o la separación de cuerpos se declara con lugar, porque uno de los cónyuges corrompe o prostituye al otro cónyuge o sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución) y (la adicción alcohólica u otras formas graves de la droga-dependencia que hagan imposible la vida común), se declarará privado de la patria potestad al cónyuge que haya incurrido en ellas, entonces la patria potestad la ejercerá exclusivamente el otro cónyuge, y en el caso de que éste también estuviese impedido por alguna circunstancia, el juez dispondrá de la tutela).

La sola iniciación y prosecución de un juicio de separación de cuerpos o de divorcio, no afecta a la patria potestad, pero permite al juez decidir sobre la guarda de los hijos menores y la separación de cuerpos por mutuo consentimiento tampoco afecta la patria potestad en su conjunto aunque sí afecte la guarda del menor.

⁷⁴Ibid.

Si bien es cierto que la patria potestad no es renunciable, al disolverse el matrimonio, bien pueden los divorciados establecer la forma en que respectivamente habrán de ejercitar los derechos de patria potestad, compaginando de algún modo las dificultades que forzosamente tiene que acarrear la separación, por lo que si establecen que los hijos quedarán confiados a la custodia de la madre, es indudable que el padre no tiene facultad de poder conservar el también a su lado a aquellos, por tiempo indefinido.

Es importante agregar, que los hijos menores de edad o los interdictos, tienen el derecho de ser protegidos, por medio de la patria potestad.

4.2. El interés superior del niño/a. Su aplicación en la mediación de los conflictos familiares derivados del ejercicio de la patria potestad

Los niños/as han sido un segmento muy discriminado e indolente, tanto en el marco social como del derecho de familia durante toda la evolución que la milenaria institución ha ostentado. Solo a partir de inicios del siglo XX es que comienzan a ser aludidos por el Derecho Internacional, siendo la Declaración de Ginebra de 1924 la primera manifestación al respecto.

Tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos subsiste la idea de garantizar a determinados grupos de personas el disfrute de los derechos consagrados para todos los seres humanos. La infancia-adolescencia fue uno de estos sectores que exigían de protección jurídica y derechos específicos.



En 1949, la Comisión de Derecho Social del ECOSOC, imbuido en los designios de la ONU y de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se aprueba la Declaración sobre los Derechos del niño de veinte de noviembre de 1959, contentiva de un preámbulo y de 10 principios. Independientemente de que marcó un punto de avance en relación a la protección jurídica internacional de los derechos del niño/a, no se logró un consenso en cuanto a la instrumentación de mecanismos efectivos para la protección jurídica de tales derechos, por lo que no tuvo fuerza vinculante.

Sin embargo, es en este mismo siglo que tiene lugar la manifestación más importante en relación a los Derechos del niño/a, la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, a diez años de celebrado el Año Internacional del Niño, resultando una manifestación de la concreción de los derechos fundamentales reconocidos para todas las personas y de lo más avanzado del pensamiento jurídico en relación a la niñez.

Este tratado Internacional sobre los Derechos del Niño abarca todas las esferas de la vida de los infantes-adolescentes a partir de suscitar su protección integral, por lo que ha tenido un amplio consenso internacional, no ratificado solo por Estados Unidos y Somalia. En él se establece la necesidad de que los Estados implementen normas jurídicas eficaces que garanticen la defensa y protección de los niños/as y sus derechos, reconociendo como tal a todos los menores de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En el propio cuerpo legal se establece que ...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño..., esta forma de plantearse el principio ofrece nociones de vaguedad y la posibilidad de cierta discrecionalidad a las autoridades, que de algún modo puede influir en la incorrecta aplicación de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero por otro lado le impone límites a los Estados, en tanto les corresponde a estos asegurar el bienestar de los infantes y a los padres en el sentido de que son ellos los responsables de la crianza y desarrollo de los niños, pero a partir del interés superior, a fin de que puedan ejercitar sus derechos (Artículos 3, 18 y 5 respectivamente).

El no estar definido expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, ha dado lugar a la inexistencia de una interpretación uniforme en torno a su definición y aplicación, lo que va en detrimento de la tutela efectiva de los Derechos del niño/a; y ha dado al traste para que un número importante de autores lo consideren como "concepto jurídico indeterminado".

A ello le agrega Grosman que "... está sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso".

Félix Guillermo Herrera coincide con D'Antonio al considerar que es un "Standard jurídico, un límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares".

Georgina Morales señala que "El criterio interés superior del niño no es estático, se encuentra profundamente vinculado a las ideas y creencias que las personas tienen sobre lo que es más conveniente para la infancia. Se aprecian aquí las dos posibles aristas de este término: tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales".

Para Cillero Bruñol el Interés Superior del Niño es...un principio garantista... es la satisfacción integral de sus derechos..., criterio que comparte la autora de este trabajo. El Interés Superior es una prioridad, un principio esencial que no solo garantiza los derechos humanos de los niños/as reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño sino que también es portador de ellos, en la medida en que se hagan efectivos esos derechos, se estará garantizando ese interés superior, claro está que habrá que enmarcarse en la situación jurídica específica en la que esté inmerso el niño, a fin de que prevalezca lo que para ese caso puntual le resulte más beneficioso, "...el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho)...", como afirmara Cillero Bruñol en su obra: El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención.



Se considera que estas ideas, son las que deben prevalecer ante cualquier consenso universal en cuanto a la interpretación y aplicación de este principio, que a su vez constituye un antecedente al que deben remitirse todos los preceptos sancionados, y en ese sentido su obediencia o no redundará en la recepción o sanción de la conducta ejercitada.

No obstante, ante la parquedad de la Convención sobre los Derechos del Niño, pueden alzarse infinitas interpretaciones, que pueden ser incluso arbitrarias. Por su parte los Estados signatarios adoptan técnicas y métodos, y han asumido la iniciativa de regularlo de una manera más concluyente que el mencionado cuerpo legal, inspirados en la llamada doctrina de la protección integral, nacida a la luz de la propia convención sobre los derechos del niño, “que viene a facilitar el sentido de las legislaciones en esta materia convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes”, según expone María Luisa Gómez Tapia en su obra “El Interés Superior del Niño”.

Hay que resaltar que en sentido general en América Latina ha tenido lugar un proceso codificador tendente a garantizar el Interés superior del menor, además de la protección que desde las Constituciones y las Leyes de Mediación se le brinda.

Estoy de acuerdo con los que asumen que el interés superior deberá transgredir las fronteras de las culturas y las desigualdades. Les compete a los Estados aplicar el



principio sobre la base de los derechos regulados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y solo de esta manera se alcanzará su plena universalidad y coherencia.

Toda temática relacionada con niños/as es difícil de abordar cuando se trata de garantizar su máximo beneficio y satisfacción, como protagonistas que son cada vez más del escenario social, luego de haber transitado para el desarrollo de su personalidad por la sede fundamental que en este proceso es la familia, y donde tienen lugar situaciones conflictuales que lo afectan directamente.

Es en ese sentido que cobra especial relevancia la patria potestad, institución del derecho de familia tan antiquísima que data del derecho romano. Surgió como una especie de “tiranía doméstica” bajo el mando omnipotente del pater familia, al que se le atribuía el poder de la vida y la muerte.

Muchos fueron los cuestionamientos que a la altura del siglo XIX tuvo la centenaria institución, que en la actualidad versa en torno al interés y beneficio exclusivos de los hijos y cuya titularidad es asumida por las madres y los padres en virtud de la igualdad de ambos progenitores, abarcando desde entonces, casi todas las relaciones entre los padres y los hijos menores y por ende, donde se resuelven la inmensa mayoría de las cuestiones referidas al interés superior del menor.

Es precisamente en estas relaciones reguladas por el derecho de familia que la mediación alcanza un engranaje idóneo, en tanto la mediación familiar favorece la



autonomía de la voluntad y la autorregulación de los individuos hacia sus propios intereses, dentro de los límites establecidos por el Estado en la norma de derecho, siempre que ello no contravenga los intereses de los menores o los colectivos de la familia como institución social.

Son los padres en principio, los garantes de ese interés superior por su condición de representantes legales de los infantes y custodios de sus intereses, que no en pocas ocasiones se ven lesionados por los lamentables desacuerdos y desavenencias afrontados por los progenitores. La solución a esos conflictos dependerá de la capacidad que tengan los padres para poder resolverlos, en caso contrario será necesaria la intervención de ayuda especializada que le proporcione a los padres las técnicas para que asuman una solución adecuada, teniendo en cuenta en primer lugar, lo que resulte más beneficioso para el menor, debiéndose involucrar en ello al propio niño/a según su edad y madurez.

Es importante el reconocimiento que como sujetos de derecho activos, participativos y creativos hace la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a los niños, a quienes se les atribuye capacidad progresiva. La posibilidad de que sea escuchado sobre cuestiones que afecten su vida y el medio que lo rodea, propicia su mejor desarrollo como persona “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”. Los niños deben ser reconocidos como sujetos de derecho igual a los adultos, incluso reconocérseles otros derechos intrínsecos a su persona como suelen ser el derecho a ser educado, oído,



gravosos para la salud de sus integrantes. En estas situaciones específicas es necesaria la intervención estatal, por cuanto es preciso restablecer la funcionalidad de la familia y garantizar el interés del menor y el de la familia, porque del bienestar de esta última depende el bienestar del hijo, traducido en una protección integral desde el punto de vista físico, moral, espiritual, etc.

Es importante resaltar que aun cuando los conflictos que se derivan del ejercicio de la patria potestad pueden ser muy variados, en la práctica existe una tendencia mayoritaria a la prevalencia de los conflictos relativos a la guarda y cuidado, régimen de comunicación y alimentos, sobre el resto de los que se puedan suscitar. No obstante, consideramos oportuna la aplicación de la Mediación en cada uno de ellos, con plena observancia del principio del interés superior del niño/a.

Estos conflictos, aunque no son los únicos relacionados con el ejercicio de la patria potestad, sí tienen un mayor impacto negativo en los niños/as, que cualquier otro conflicto, dada la alta carga emocional que contienen y las secuelas que para los menores acarrearán. Se requiere entonces de soluciones apropiadas, sugerentemente alejadas de la vía jurisdiccional; pues en el proceso judicial es el juez el que dispone sobre la procedencia de medidas que involucran al niño/a directamente. Sin embargo, lo ideal sería que los padres aprendieran a auto determinarse responsablemente en la medida de sus posibilidades para no tener que acudir al órgano jurisdiccional y evitar trastornos gravosos para los niños/as.



representado, vivir con sus padres, todo ello en dependencia de la madurez que haya alcanzado.

Corresponde al Estado según Artículo 5 de la convención sobre los derechos del niño, respetar los derechos y responsabilidades de los padres u otras personas encargadas del cuidado del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. Por tanto son los progenitores los que más cerca estarán de garantizar los intereses personales y patrimoniales de los niños/as, que en modo alguno significa que los infante-adolescentes se conviertan en meros objetos propiedad de los padres, y que por tanto se relegue de su condición de sujetos activos veladores de sus propios intereses, sino que tan solo son los padres por su condición de progenitores los encargados de realizar esa función.

El Artículo 18 de la convención sobre los derechos del niño reconoce la figura de los padres como máximos responsables de la crianza y el desarrollo del niño, poniendo especial énfasis en que su preocupación fundamental será el interés superior del niño. Esto deriva en ciertas limitaciones de la patria potestad en función del beneficio y satisfacción de los derechos del niño/a.

Esto se manifiesta claramente en la situación que se crea cuando por cualquier causa los padres decidieren divorciarse o separarse. Esta condición de crisis familiar, deviene en muchísimos casos en malos tratos o interacciones familiares que para nada satisfacen las necesidades y expectativas de los miembros del grupo, y se tornan



La Guarda y Cuidado. Es una de las medidas con repercusión directa en los infantes que responde a la estabilidad emocional y bienestar psicológico del niño/a en el contexto familiar. Generalmente en los procedimientos de este tipo, sucede que se le otorga a la madre la guarda y cuidado del hijo y se establece un régimen de comunicación en relación al padre, desdoblándose la patria potestad en estas dos nuevas funciones.

El Régimen de comunicación. La posibilidad de que el progenitor no custodio mantenga una relación afectiva y constante con el hijo/a, es decisivo en el desarrollo de su personalidad. Su efectividad dependerá del vínculo afectivo entre el menor y sus padres, además de la interrelación entre éstos últimos. Éste vínculo propicia la continuación de las relaciones paterno filiales y contribuye a minimizar los efectos nocivos de la separación o divorcio de los padres, siempre que esta decisión no afecte el interés superior del menor.

La pensión alimenticia es una de las temáticas más frecuentes de enfrentamiento, posterior a la separación o divorcio. La fijación de la pensión alimenticia no debe constituir una carga, impuesta al padre que no ostenta la custodia del menor; debe ser apreciada en función de la interrelación ingresos gastos de ambos progenitores en consonancia con las necesidades materiales e incluso afectivas de los niños/as, que redundará en un equilibrio armonioso entre los padres y entre éstos y el infante.



En el contexto de los conflictos familiares donde hay que tenerse en cuenta estas medidas, la Mediación Familiar como método auto compositivo de solución de conflictos cobra gran eficacia, puesto que descansa en la posibilidad de encontrar soluciones consensuadas, no adversariales, dirigidas además al restablecimiento de la comunicación entre los padres entre sí y entre éstos y los hijos, porque la familia es para toda la vida.

En ese sentido, el papel del mediador es fundamental, pues deberá facilitar la búsqueda de una solución pacífica que responda a los intereses y perspectivas de las partes, pero sobre todo estimular a los padres a detenerse en lo que resulte más beneficioso para el niño/a como sustento del ejercicio de la patria potestad, debiendo incluso consultar a los infantes-adolescentes según su derecho a ser oído.

El agente mediador/a deberá deponer un tanto su papel de agente pasivo e involucrarse más en la negociación, por cuanto sus conocimientos deberán enfocarse en un interés superior al de las partes litigantes, que es el interés superior del menor. En este ámbito se pone de relieve no solo la imparcialidad y neutralidad en la figura del mediador/a ante el fondo del asunto en cuestión, sino también su profesionalidad, que le permitirá deslindar a partir de la caracterización del infante-adolescente, su identidad y personalidad, cuáles son sus carencias, inquietudes, necesidades, y qué es lo que verdaderamente responde a su verdadero beneficio e interés superior.



Como se analizó anteriormente, las diferentes leyes de mediación, sobre todo las de última generación, se han pronunciado en relación a los conflictos en los que están presentes menores de edad, sobre todo en aquellos que se derivan del ejercicio de la patria potestad. Conflictos en los que la premisa básica es el interés superior del niño/a, a partir de la Teoría de la Protección Integral, que encuentra ahora un cauce idóneo en la mediación.

Es bueno resaltar que aunque existen países en los que dichos cuerpos jurídicos no hacen alusión específicamente a estos conflictos, existe en relación a ello un conjunto de regulaciones jurídicas que a partir de la Constitución de esos países asumen una protección integral de los derechos de niños/as. En Argentina por ejemplo el texto Constitucional reconoce a los individuos los derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos jurídicos internacionales, y en consecuencia con ello, el Código Civil asume las prescripciones que en relación a la familia figuran dentro de lo más avanzado del derecho de familia moderno. En este ámbito se conjugan los textos preexistentes que guardan relación con la familia y la mediación.

En Panamá el Decreto Ley 5 de 1999 no hace mención alguna sobre el Interés Superior de los niños/as, sin embargo la Constitución Panameña en su capítulo 2 Artículo 56 establece la obligación del Estado de proteger la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación, y la seguridad y previsión sociales. Además de disponer el código de familia de ese país, el carácter de principio que reviste para el derecho de familia, entre otros, la igualdad de



todos los hijos y la protección de los menores. Esto denota que ante cada proceso de Mediación familiar en el que aparezca involucrado un menor se debe ser tenido en cuenta como premisa el máximo beneficio para de ese niño/a.

4.3. Obligaciones y responsabilidades de los padres

Con relación al ejercicio de la patria potestad, los tratadistas emplean la palabra derechos, e indistintamente, en otro ángulo, las palabras deberes y obligaciones, en lo que a las relaciones entre padres e hijos concierne. El Código Civil utiliza dichas expresiones.

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

Los derechos y obligaciones que nacen producto de la patria potestad se pueden mencionar como obligaciones de los padres, las cuales a su vez generan los derechos de los hijos, las siguientes:

- Los padres están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, siendo

responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad. Artículo 253.

- Como derecho comprendido en la patria potestad, representan legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil, administran sus bienes y aprovechan sus servicios atendiendo a su edad y condición. Artículo 254.
- Cuando la patria potestad la ejerzan conjuntamente el padre y la madre durante el matrimonio o la unión de hecho, la representación del menor o incapacitado y la administración de los bienes la tendrá el padre. Artículo 255.
- 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. Artículo 257.
- La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. Artículo 258.
- Los padres no pueden enajenar ni gravar 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 autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público. Artículo 265.

- Los padres no pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona. Artículos 265 del Código Civil y 424 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Quien ejerza la patria potestad no puede, salvo el caso de sucesión intestada, adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor; y que los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos. Artículo 267.
- Los padres deben entregar a los hijos, cuando éstos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuenta de su administración. Artículo 272.

4.4. Obligaciones y responsabilidades de los hijos

Es oportuno mencionar como obligaciones de los hijos, las cuales a su vez generan los derechos de los padres: Artículos 260, 259, 263 del Código Civil.

- Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquélla en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos



ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores. Artículo 260.

- Los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento. Artículo 259.
- Los hijos, aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida. Artículo 263.



CONCLUSIONES

1. El padre y la madre están obligados a proteger y sustentar a sus hijos, proporcionando los insumos necesarios para su subsistencia, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.
2. Después de una separación o divorcio se torna en muchas ocasiones, conflicto entre el padre y la madre por el ejercicio de la patria potestad, en el momento de la separación, con la finalidad de conservar el derecho de proteger y mantener a sus hijos.
3. En los órganos jurisdiccionales respectivos, se ventilan cientos de causas de padres que pugnan por la patria potestad de sus hijos menores de edad, determinando casos dramáticos donde los padres recurren inclusive al chantaje emocional para convencer a sus hijos que no los abandonen cuando éstos ya tienen edad para decidir con que progenitor quieren vivir.





RECOMENDACIONES

1. En Guatemala el conflicto de la patria potestad entre el padre y la madre después de la separación debe de ser establecida por los jueces después de un estudio minucioso del caso, para no caer en el juego de los padres de familia que se encuentren en proceso de divorcio y quieran “castigarse” uno al otro quitándole la patria potestad de los hijos, esto con el objeto de evitar posteriores problemas de carácter psicológico en el menor.
2. Que el Organismo Legislativo realice una reforma al Código Civil, a efecto que la restitución de la patria potestad sea únicamente posible en los casos de suspensión de la patria potestad, aunque debe de tomarse en cuenta la posibilidad de la rehabilitación, es inadecuada la restitución que puede ser perjudicial al menor.
3. Los jueces de primera instancia de familia deben llevar un control, por medio de los oficiales, para realizar visitas periódicas a las familias en las que se haya decretado una separación, suspensión o pérdida de la patria potestad, y así velar porque se esté cumpliendo con lo resuelto y poder entonces conocer si el padre sancionado o la madre sancionada efectivamente cumpla con la sentencia y tenga una rehabilitación correcta para el momento en que quiera solicitarse la restitución de la patria potestad.





BIBLIOGRAFÍA

- ARIANNA, Carlos. **Régimen de visitas**. Revista de Derecho de Familia N° 2, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. **El orden público y la autonomía de la voluntad en la patria potestad**, Revista derecho de familia N° 15, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1999.
- BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de derecho de familia**, Buenos Aires, Argentina, Ed. De palma, 1996.
- BOSSERT, Gustavo y Zannoni, Eduardo. **Manual de derecho de familia**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, USAC, 1998.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**, Madrid, Ed. Reus, 1941.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. **Derecho y derechos de la familia**, Editorial Grijley, 2005.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón. **Sistema de derecho civil**, España, Ed. Tecnos, 1977.
- ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado**, Buenos Aires Argentina: Ed. Claridad, 1957.
- ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. París: Ed. Eugenio Maillefert y Compañía, 1869.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1959.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel. **El ejercicio de la patria potestad en caso de separación**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1997.
- GROSMAN, Cecilia P. **La tenencia compartida después del divorcio, Nuevas tendencias en la materia**, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1989.
- MIZRAHI, Mauricio. **Familia, matrimonio y divorcio**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998.



PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1957.

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

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106. Presidencia de la República, Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107. Presidencia de la República, Enrique Peralta Azurdia, 1963.

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

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

Convención de los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.