

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a cross and a figure, surrounded by a ring of text in Latin: "UNIVERSITAS SAN CAROLINIENSIS" at the top and "FUNDATA ANNO 1690" at the bottom. The seal is rendered in a light, textured style.

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO CIVIL
GUATEMALTECO DECRETO LEY 106 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA REGULANDO LA CAUSAL POR TENER EL HÁBITO DEL JUEGO
DENTRO DE LAS PROHIBICIONES DE LA TUTELA**

JOSE FRANCISCO CONTRERAS CASTANEDA

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

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

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO CIVIL
GUATEMALTECO DECRETO LEY 106 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA REGULANDO LA CAUSAL POR TENER EL HÁBITO DEL JUEGO
DENTRO DE LAS PROHIBICIONES DE LA TUTELA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSE FRANCISCO CONTRERAS CASTANEDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2016

**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 20 de abril de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante JOSE FRANCISCO CONTRERAS CASTANEDA, con carné 199817622, intitulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO DECRETO LEY 106 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA REGULANDO LA CAUSAL POR TENER EL HÁBITO DEL JUEGO DENTRO DE LAS PROHIBICIONES DE LA TUTELA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

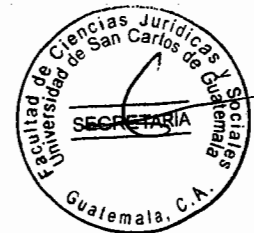


Fecha de recepción 01/03/2016

[Signature]
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)
 Lio. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
 ABOGADO Y NOTARIO

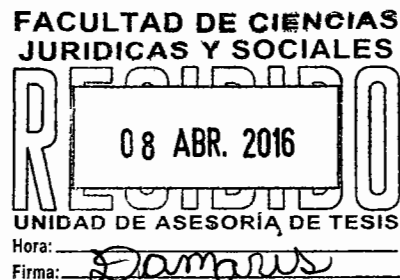


**BUFETE CORPORATIVO
ABOGADOS, AUDITORES Y CONTADORES
11 Calle 4-52 zona 1 Ciudad de Guatemala
Edificio Asturias oficina número 4
Teléfono: 2232-3916**



Guatemala, 08 de abril del año 2016

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



Dr. Mejía Orellana:

De manera atenta me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento de fecha veinte de abril del año dos mil quince he cumplido con la función de **ASESOR** de tesis del bachiller **JOSE FRANCISCO CONTRERAS CASTANEDA**, quien realizó el trabajo de tesis intitulado: **“LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO DECRETO LEY 106 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA REGULANDO LA CAUSAL POR TENER EL HÁBITO DEL JUEGO DENTRO DE LAS PROHIBICIONES DE LA TUTELA”**, manifestando las siguientes opiniones:

- a. En relación al contenido científico y técnico de la tesis, opino que cumple objetivamente con los requisitos para la elaboración de tesis, ya que cada uno de los capítulos elaborados permitieron un análisis concreto, así como conceptos y definiciones determinantes de la importancia de estudiar las prohibiciones de la tutela como se estableció con los objetivos generales y específicos.
- b. Los métodos utilizados fueron los siguientes: deductivo, inductivo, analítico y sintético, así como la utilización de la técnica de la investigación bibliográfica, con la cual se abarcaron las etapas del conocimientos científico, después de planteado el problema jurídico-social de actualidad, para así buscar una posible solución. La redacción del trabajo de tesis es adecuada y jurídicamente correcta.
- c. La contribución científica del trabajo de tesis en referencia, se centra en asegurar la necesidad de regular la causal por tener el hábito de juego dentro de las prohibiciones de la tutela, como se comprobó con la hipótesis formulada.

**BUFETE CORPORATIVO
ABOGADOS, AUDITORES Y CONTADORES
11 Calle 4-52 zona 1 Ciudad de Guatemala
Edificio Asturias oficina número 4
Teléfono: 2232-3916**



- d. La conclusión discursiva es congruente con el contenido del trabajo de tesis, ya que constituye un gran aporte al conocimiento del estudio del derecho.
- e. La bibliografía empleada es correcta y suficiente. Se hace la aclaración que entre el asesor y el sustentante no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

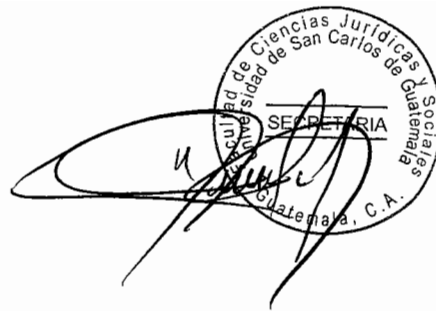
Me permito opinar que el trabajo de tesis satisface correctamente y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** el cual a mi juicio llena los requisitos exigidos previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,


Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Asesor de Tesis
Colegiado 6,410
Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de abril de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSE FRANCISCO CONTRERAS CASTANEDA, titulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO DECRETO LEY 106 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA REGULANDO LA CAUSAL POR TENER EL HÁBITO DEL JUEGO DENTRO DE LAS PROHIBICIONES DE LA TUTELA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

WELM/SITS.

Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
 Secretario Académico



Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Creador de todo el universo, agradezco la vida, el alcanzar esta meta, a Él sea la gloria y el honor de este éxito alcanzado.

A MI MADRE:

Tu mayor legado fue hacer de mí un hombre de bien, gracias porque sin tus esfuerzos nunca habría podido llegar aquí, por ser el pilar más importante y demostrarme siempre tu amor y apoyo incondicional, a pesar de nuestra distancia física, siento que estás conmigo siempre y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntos, sé que este momento hubiera sido tan especial para ti como lo es para mí.

A MI ESPOSA E HIJO:

Gracias Yojana Sanabria, por creer siempre en mí y servir de motivación para lograr mis metas y por tu apoyo moral en todo este tiempo y a mi hijo José Javier, por ser fuente de inspiración y superación en mi vida.

A MIS ABUELOS:

Quienes después de mi madre, fueron los que se preocuparon también por mí. Sus canas son sinónimo de sabiduría. Me enseñaron muchas cosas vitales para la vida, y me encaminaron por el buen sendero.

**A MIS HERMANOS, TÍOS,
SOBRINOS, CUÑADOS Y PRIMOS:**

Dios los bendiga, les deseo muchos éxitos y bendiciones en sus vidas, con tiempo hemos demostrado que si podemos lograr nuestros objetivos, así que a fijarnos nuevas metas

A NUESTRA GLORIOSA:

Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, agradezco por darme la oportunidad de albergarme en sus aulas y haberme formado como todo un profesional, que con la ayuda de sus catedráticos quienes con su instrucción y colaboración me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.





PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación pertenece a la rama del derecho civil, siendo la misma una investigación cualitativa y se desarrolló tomando en cuenta que en la institución de la tutela se carece de diversidad de causas de prohibición que deberían estar legisladas, por lo tanto el hábito de juego en una persona que ocupe el cargo de tutor o protutor puede ser un medio por el cual se pueda disipar los bienes del pupilo, pudiéndose prevenir al incorporarse esta prohibición dentro de las ya reguladas.

El actual Código Civil guatemalteco Decreto Ley número 106 del Congreso de la República de Guatemala, en el Libro Primero Título II Capítulo IX Párrafo IV Artículo 314, establece las causales de prohibición para adquirir la tutela y en ninguna de las causales reguladas se encuentra tener el hábito del juego como causal de prohibición para adquirir a la tutela.

La presente tesis se realizó en los juzgados de primera instancia de familia del municipio de Guatemala, departamento de Guatemala, durante los años 2015 – 2016. Siendo el objeto de estudio las demandas presentadas ante los juzgados de primera instancia de familia. El aporte de la investigación consiste en reformar el Artículo 314 del Código Civil guatemalteco Decreto ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, para que se incorpore dentro de las prohibiciones para adquirir la tutela o protutela, por tener el hábito del juego, y así proteger al pupilo que tuviere bienes y que son administrados por un tutor y protutor que posea el hábito de juego.



HIPÓTESIS

El hábito de juego como prohibición en la institución de la tutela puede prevenir al pupilo de tutores que tienen el hábito de juego. Implementando la prohibición en la institución de la tutela, el Estado dará mayor seguridad social, moral y económica al pupilo, además limitará a todas las personas que tienen el hábito de juego, que no son idóneos a optar los cargos de tutor o protutor por tener el perfil de persona con hábito de juego.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego de haber realizado la investigación, el presente trabajo de tesis se sustenta que en los órganos jurisdiccionales del ramo de familia, no existe ni un solo expediente que contenga un trámite de solicitud de separación de la tutela, tramitada por la vía de los incidentes, como causal para demandar, por tener el hábito del juego en el tutor o protutor, en aras de la protección del pupilo. Lo que evidencia a todas luces el vacío legal que la legislación en el ramo civil y de familia deja en relación a la protección de la persona que en determinado momento de su vida puede estar en calidad de pupilo, frente a otro denominado tutor o protutor, dejándola así en desamparo desde la perspectiva de la buena administración de su patrimonio.

Con los temas desarrollados dentro del presente trabajo se puede decir que la hipótesis planteada fue plenamente comprobada conforme el desarrollo de la investigación doctrinaria, documental, y análisis de las instituciones referentes a la tutela, patria potestad y el divorcio reguladas en el Código Civil, en el sentido que el pupilo al ser víctima de la mala administración de sus bienes por parte de su tutor o protutor, quien ostenta la administración de los mismos, no puede demandar la separación del cargo por tener el tutor o protutor el hábito del juego, es por ello que se visualiza la necesidad urgente que existe de reformar el Artículo 314 del Código Civil, Decreto Ley 106, en el sentido que se adicione a sus prohibiciones por tener el hábito del juego como una causal, para limitar a una persona para ser nombrada como tutor o protutor, o bien para separarla del cargo en el caso que esta ya haya sido nombrada.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1. La familia en el derecho romano.....	1
1.2. La familia en el derecho germánico.....	3
1.3. Definición de familia.....	4
1.4. Importancia de la familia y de su regulación jurídica.....	7
1.5. El derecho de familia.....	10
1.6. Definición del derecho de familia.....	10
1.7. Sujetos del derecho de familia.....	12
1.8. Características del derecho de familia.....	12
1.9. Fuentes del derecho de familia.....	14
1.10. Contenido del derecho de familia.....	15

CAPÍTULO II

2. La patria potestad.....	17
2.1. Etimología y evolución de la patria potestad.....	17
2.2. La patria potestad en el derecho romano.....	17
2.3. La patria potestad en la edad medieval.....	18
2.4. La patria potestad en tiempos modernos.....	20



2.5.	Definición de la patria potestad.....	21
2.6.	Naturaleza jurídica de la patria potestad.....	22
2.7.	Sujetos de la patria potestad.....	23
2.8.	Características de la patria potestad.....	24
2.9.	Suspensión de la patria potestad.....	25
2.10.	Pérdida de la patria potestad.....	26
2.11.	Restablecimiento de la patria potestad.....	28

CAPÍTULO III

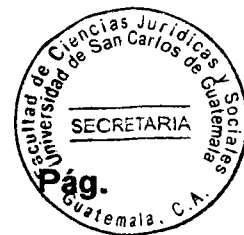
3.	La tutela.....	31
3.1.	Etimología y evolución de la tutela.....	31
3.2.	Definición de la tutela.....	33
3.3.	Características de la tutela.....	35
3.4.	Distinción entre la tutela y patria potestad.....	36
3.5.	Clases de tutela que regula el derecho civil guatemalteco.....	39
3.5.1.	Tutela testamentaria.....	39
3.5.2.	Tutela legítima.....	40
3.5.3.	Tutela judicial.....	41
3.5.4.	Tutela legal.....	42
3.5.5.	Tutela especial.....	42
3.5.6.	Tutela específica.....	43
3.6.	Sujetos que intervienen en la tutela.....	44



3.6.1. Tutor.....	44
3.6.1.1. Derechos del tutor.....	44
3.6.1.2. Obligaciones del tutor.....	45
3.6.1.3. Prohibiciones para ejercer el cargo de tutor.....	47
3.6.2. Protutor.....	48
3.6.2.1. Derechos del protutor.....	49
3.6.2.2. Obligaciones del protutor.....	50
3.6.2.3. Prohibiciones para ejercer el cargo de protutor.....	50
3.6.3. Pupilo.....	51
3.6.3.1. Derechos y obligaciones del pupilo.....	51
3.7. Excusas para el ejercicio de la tutela y protutela.....	52
3.8. Remoción de la tutela y protutela.....	53

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de reformar el Artículo 314 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, regulando la causal por tener el hábito del juego dentro de las prohibiciones de la tutela.....	55
4.1. El hábito y su etimología.....	55
4.2. El juego y su etimología.....	56
4.3. Problemas relacionados con el hábito de juego.....	57



4.4.	Diversas perspectivas del juego en el derecho guatemalteco.....	59
4.4.1.	El delito de juegos ilícitos en el derecho penal de Guatemala.....	59
4.4.2.	El hábito de juego como causal de suspensión en la patria potestad.....	60
4.4.3.	El hábito de juego como causal de separación y divorcio.....	61
4.5.	Causales de prohibición para ejercer la tutela.....	62
4.6.	El hábito de juego como causal de prohibición para adquirir la tutela...	63
4.7.	Propuesta de reforma del Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley número 106.....	64
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
	BIBLIOGRAFÍA.....	71

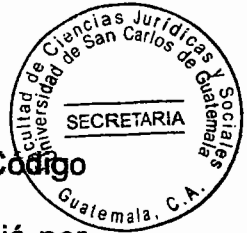


INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se seleccionó para señalar que es obligación del Estado que se garantice la protección social, económica y jurídica de la familia. La familia constituye la forma de organización más relevante dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, estando regulada dentro de las instituciones del derecho civil y promovida su organización sobre la base del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos y su vinculación en una unidad total entre cónyuges y sus descendientes, los que se encuentran ligados por lazos de amor, respeto y obediencia.

Los objetivos dieron a conocer que la familia 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, y que constituye un todo unitario. El derecho de familia de igual forma es rama del derecho civil, que regula el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y disolución de la familia en toda su estructura y su funcionamiento, así como los derechos y obligaciones que nacen de una relación familiar.

La hipótesis formulada se comprobó y señaló que la tutela es una institución del derecho civil, cedida a una persona individual o jurídica, con el objeto que brinde la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal y que por no estar sujetos a una patria potestad, no están en posibilidad de gobernarse por sí mismos.



El legislador dentro de las prohibiciones contenidas en el Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, no estableció por tener el hábito del juego como una prohibición para prevenir o requerir la separación del tutor y protutor, previa denuncia o comprobación del hecho por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente del pupilo, dejando desprotegido el ámbito económico del pupilo, y si este último tuviere bienes que su tutor y protutor deben administrar, quedará en desventaja ante la relación de poder que existe entre el pupilo y sus representantes existiendo el riesgo de poder disiparse el patrimonio del pupilo.

La profundidad del actual trabajo de tesis se encuentra dada a partir de que describe y explica a través de los cuatro capítulos que se desarrollan los siguientes temas: en el primer capítulo, se señala todo lo concerniente a la familia, derecho de familia, sus nociones generales, su definición y evolución histórica; en el segundo capítulo, se establece todo lo referente a la patria potestad, su evolución histórica, su definición, nociones generales, y como lo regula la legislación guatemalteca; en el tercer capítulo, se refiere a la institución de la tutela, su evolución histórica, su definición, nociones generales, clases de tutela, derechos y prohibiciones, y como lo normaliza la legislación guatemalteca; y en el cuarto capítulo, todo lo concerniente a la necesidad de reformar el Artículo 314 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, regulando la causal por tener el hábito del juego dentro de las prohibiciones de la tutela. Se emplearon los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó la información relacionada con el tema investigado.



CAPÍTULO I

1. La familia

1.1. La familia en el derecho romano

La familia no presenta en el derecho romano las mismas características que en el derecho moderno. No nace sobre el hecho natural de la unión de géneros, sino sobre el hecho político-económico: las *manus* o *potestas*, es decir la sumisión de ciertas personas a una misma autoridad, la del *pater familias*.

El concepto de la familia no ha sido constantemente el mismo a través del sistema jurídico romano.

En la última fase de la evolución de este derecho se encuentra ya una definición de la familia simultánea, con la que se proporciona el derecho moderno. Lo distintivo del derecho romano, que sirve para definir a la familia, es la subordinación a un *pater familias*, término que equivale a cabeza libre no sometida a otra potestad.

Familia es: "El conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad. Son agnados todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad. El parentesco de sangre no basta para que haya agnación; es necesaria la situación de dependencia y subordinación. Así, la madre no es pariente agnaticia de sus hijos a título de maternidad; lo es en tanto se halla sometida a la *manus* del marido. La agnación



existe sin necesidad de parentesco de sangre. La adopción y la *conventio in manum*, engendran la patria potestad y, por tanto, la agnación que se extiende a toda la parentela civil del nuevo agnado”.¹

La familia, constituye una auténtica comunidad doméstica, que podrá estar integrada por varias familias en su significado actual. Todos los herederos legítimos por línea de varón están sometidos a un mismo poder, formando una sola familia.

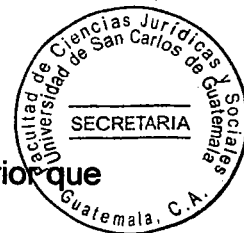
El extraño que entra a formar parte de esa familia de adopción, convenio *en manum* puede llevar consigo todo el grupo familiar.

La cognación es el parentesco fundado en la comunidad de sangre, representa el linaje y no la casa; se determina por la comunidad de sangre, como la agnación por la comunidad doméstica. La cognación reposa en vínculos naturales; la agnación se funda en una relación escuetamente jurídica.

La cognación no puede crearse ni extinguirse artificialmente como la agnación. “El primitivo derecho romano se asienta en la familia agnaticia, pero paulatinamente la familia cognaticia abre brecha en el sistema jurídico romano, principalmente por obra del derecho pretorio, hasta imponerse plenamente en tiempos de Justiniano. A partir de entonces prevalece la familia cognaticia, y surge la entrada al concepto moderno de familia”.²

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

² **Ibid.** Pág. 3.



En el derecho romano antiguo, aparte de la familia se encuentra otro grupo superior que es la *gens*. Estaba formada por varias familias ligadas por un antiguo vínculo de agnación y se presentaba con tener un nombre común.

A falta de agnados, los gentiles eran llamados a la herencia y a la tutela legítima. La *gens* término pronto en desuso y en la época de Gayo era una institución serenamente histórica sin valor práctico.

“La *gens* figuró como un organismo de tipo religioso, que tenía sepultura y culto propio (*sacra privata*) y bajo la presidencia del *magister pater gentis* tenía facultad para juzgar e, incluso, para legislar. Las XII Tablas sancionaron un derecho de sucesión *ab intestato* a favor de los gentiles y con ello se llama también a los gentiles, antes que a los extraños, para participar en la tutela de los menores y mujeres del grupo gentilicio”.³

1.2. La familia en el derecho germánico

En el derecho germánico antiguo se encuentran dos tipos de organizaciones familiares, la *sippe* y la *haus*. La *sippe* es una comunidad formada por todos los que descienden de un padre troncal común. También, tenían acceso a la *sippe* las personas libres que, sin tener parentesco de sangre, eran aceptadas mediante el acto jurídico de otorgamiento de linaje. La familia se divide en dos grupos formados por los parientes paternos y maternos, los primeros, parientes de espada o de lanza; y los segundos,

³ *Ibid.* Pág. 3.

parientes de huso o rueca. En la Edad Media se modifica la organización de la familia. La *sippe* pierde su antigua importancia. Se pasa de un concepto amplio de familia a un concepto más estricto. Las antiguas uniones de la misma se descomponen en grupos de parentesco que forman parte ahora de un fundamento básico nuevo: la comunidad matrimonial. La familia se funda desde entonces en la relación matrimonial⁴.

La *haus* no nace en el vínculo de sangre, sino en la potestad o *munt* del señor de la casa, que la ejecuta sobre todos los que se hallan vinculados en la comunidad doméstica, la misma es una comunidad doméstica formada por el señor de la casa, la mujer, los hijos, los siervos e incluso extraños amparados a la hospitalidad de la casa.

El *munt* es una autoridad de señorío. El titular de esa autoridad representa a los sometidos a él, administra el patrimonio unido a la casa y tiene facultades de disposición con ciertas limitaciones. La autoridad la ejerce el marido. En la época moderna, la *haus*, es remplazada por la familia, concepto que se amplía a todos los parientes que se hallan ligados recíprocamente por el derecho hereditario, la obligación de tutela y de asistencia.

1.3. Definición de familia

La familia según opinión general procede de la voz *famuli*, por derivación de *famulus*, que a su vez procede del *osco famel*, que significa siervo; o sea la gente que vive bajo

⁴ *Ibid.* Pág. 9.



la autoridad del señor de ella y el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje.

Con los elementos aportados en las nociones generales anteriores, se puede establecer la definición y para tal efecto se debe hacer mención de los principales tratadistas y autores que han aportado alguna definición.

"Se puede hablar de un concepto popular y de un concepto propio de la palabra familia. En el sentido popular se dice que es el conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida".⁵

En sentido propio: "Es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre".⁶

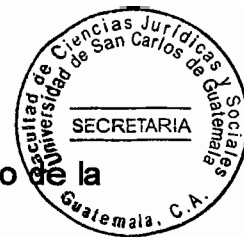
La familia en sentido estricto es: "El conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario".⁷

La familia es: "Aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presida por los lazos de autoridad y

⁵ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 116.

⁶ **Ibid.** Pág. 118.

⁷ **Ibid.** Pág. 119.



bajo respeto, se otorgue satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en toda las esferas de la vida”.⁸

“Es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcionalmente por la adopción”.⁹

El Código Civil guatemalteco no define el término. La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 47 regula: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

El mandato constitucional establece como derecho social la protección a la familia. Sin embargo, actualmente la familia no constituye una preocupación social, y se ha convertido en una decisión individual. Se desconocen los beneficios públicos de una familia integrada y funcional y por lo tanto no se trabaja sobre la articulación de políticas públicas para el fortalecimiento de la familia. La acción estatal para mantener y desarrollar familias protectoras implica el desarrollo de políticas públicas surgidas del consenso con los grupos organizados de la sociedad y que las propuestas de ley provengan de la sociedad en diálogo con las instancias legislativas, ejecutivas y con otras entidades del Estado.

⁸ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 4.

⁹ Ripert, Marcel Planiol. **Derecho civil parte A**. Pág. 103.



En el caso de Guatemala, no obstante el marco jurídico existente para la protección de la familia, se carece de un análisis con enfoque familiar y por lo tanto de política social, ambos con enfoque de familia. En realidad más que políticas claras hacia las familias, existen intervenciones dispersas y no coordinadas mediante programas y proyectos en materia de educación, salud, combate contra la pobreza, seguridad social, prevención, sanción y erradicación de la violencia intrafamiliar.

1.4. Importancia de la familia y de su regulación jurídica

“Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada. No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no únicamente en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar”.¹⁰

La importancia que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente.

El Estado guatemalteco en su Constitución Política de la República, capítulo II, referido a los derechos sociales y en la sección primera, artículos del 47 al 56 define seis

¹⁰ Brañas. Ob. Cit. Pág. 117.



premisas básicas orientadas a la atención y seguridad de la familia. Dichas premisas vienen a jugar un papel crucial de incidencia en la prevención de los riesgos que vulneran a la organización familiar.

- 1°. **Garantía constitucional.** El Estado declara garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia.
- 2°. **Organización social.** El Estado declara promover la organización social de la familia en la base del matrimonio, la igualdad de derecho de sus cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de los cónyuges que integran a la familia a decidir libremente el número y espaciamiento de concepción de sus hijos.
- 3°. **Protección de personas.** El Estado reconoce su compromiso de proteger a los menores y ancianos en los aspectos de salud física, mental y moral y garantizar el derecho a la alimentación, la educación, la seguridad y la previsión social.
- 4°. **Atención a personas minusválidas.** El Estado garantiza la protección de personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales y declara de interés nacional la atención médica y social, la promoción de políticas de bienestar, la promoción de servicios que permitan su rehabilitación e incorporación integral a la sociedad, creando los organismos técnicos y ejecutores necesarios.
- 5°. **Compromiso de proveer alimentación.** El Estado declara punible la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe.
- 6°. **Interés social.** El Estado se promulga con la desintegración familiar y declara de interés social acciones para prevenir el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración social, comprometiéndose a tomar las medidas políticas urgentes para prevención, tratamiento y rehabilitación adecuada.



La vigencia del Códigos Civil y del Código Procesal Penal, son dos recursos de derecho que afianzan al Estado de derecho guatemalteco y otorgan reconocimiento a los derechos fundamentales de las familias.

Un juzgado de primera instancia de familia, conoce y dictamina sentencia en los casos elevados a proceso judicial. En materia de leyes específicas ordinarias con orientación a la protección de la familia, el Estado guatemalteco ha promulgado las siguientes:

- 1°. Ley de Desarrollo Social, Decreto legislativo número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala.
- 2°. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto legislativo número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.
- 3°. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar Decreto Legislativo número 97-1996 del Congreso de la República de Guatemala.
- 4°. Reglamento de Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto gubernativo número 7-1999 del Congreso de la República de Guatemala.
- 5°. Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer Decreto gubernativo número 7-1999 del Congreso de la República de Guatemala.

A pesar del sistema de legalidad que existe a favor de la protección de la familia, el desconocimiento del mismo, es una fuerte limitación que debe superarse para que las



personas conozcan de sus derechos y deberes civiles y puedan acudir al sistema de justicia en casos de requerirlo.

1.5. El derecho de familia

Los diferentes conceptos de familia y el derecho se integran de tal manera que forman lo que se conoce como derecho de familia, que es parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar.

En el sentido amplio el término derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio, o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia.

El derecho civil por medio del derecho, regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros, manejando en sentido objetivo el conjunto de reglas que servirán para la existencia o disolución de la familia de origen matrimonial como extramatrimonial y en el sentido subjetivo que es el derecho que le corresponde desenvolver en la vida.

1.6. Definición del derecho de familia

Es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco. A continuación se



hace mención de algunas definiciones. El derecho de familia posee una división para poder comprender mejor su definición. "La mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo. En sentido objetivo, el derecho de familia es el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación, y extensión de las relaciones familiares. En sentido subjetivo derecho de familia, es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros".¹¹

Derecho de familia: "Es el conjunto de reglas que tienen por objeto principal y no exclusivo a la familia; estas se caracterizan en que, más allá de la familia, el legislador se ha propuesto otros fines: el tipo de tales reglas está constituido por las que reglamentan los regímenes matrimoniales. Sin embargo, la preocupación predominante del legislador en los regímenes matrimoniales recae sobre la existencia de la familia".¹²

El derecho de familia es la: "Parte o rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda la sociedad"¹³.

Respecto a las definiciones mencionadas por los tratadistas, opino que el derecho de familia de igual forma es la rama del derecho privado, que regula el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la

¹¹ **Ibid.** Pág. 121.

¹² Alburez Escobar, César Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca.** Pág. 19.

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 313.



estructura, la vida y disolución de la familia en toda su estructura y su funcionamiento, así como los derechos y obligaciones que nacen de una relación familiar.

1.7. Sujetos del derecho de familia

Los sujetos en el derecho de familia en términos generales son fundamentalmente. Los parientes por consanguinidad, afinidad, adopción y los que ejercen la patria potestad o tutela, y asimismo los concubenarios, son objeto de análisis, dado que algunos sistemas y en especial el Código Civil vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes, como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, se establece como se encuentra compuesta la familia, regulándolo en el Libro V en su segunda parte, dentro del contrato de arrendamiento mencionando en el Artículo 1940 inciso 2º que expresa: "En la familia se comprende su esposa o conviviente de hecho, hijos, padres, o personas que dependan de él económicamente".

1.8. Características del derecho de familia

Entre las mismas, se encuentran las siguientes:

- "a) El fondo ético de las instituciones.
- b) El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales.



- c) La primacía del interés social sobre el individual (Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala)".¹⁴

También, cabe anotar como características del derecho de familia:

- 1º. Contiene un sustrato de carácter eminentemente moral, derivado fundamentalmente del derecho canónico.
- 2º. Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales.
- 3º. Primacía del interés social sobre el interés individual y una más frecuente intervención del Estado para proteger al más débil en la familia.
- 4º. Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes.
- 5º. Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.
- 6º. Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término.
- 7º. Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia. De las características anteriores, se deduce que el derecho de familia es parte del derecho público".¹⁵

De las características citadas anteriormente de los distintos autores sobre el derecho de familia, se considera que son características determinantes del derecho de familia las siguientes:

¹⁴ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español**. Pág. 58.

¹⁵ Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 96.



- 1º. El derecho de familia es una institución jurídica de carácter social, que constituye el elemento fundamental de la familia, su fuente ideal es el matrimonio.
- 2º. El derecho de familia es de carácter publicista, ya que tiene como prioridad el interés social sobre el individual.
- 3º. Sus normas brindan un carácter más bien jurídico que moral.
- 4º. Las normas del derecho de familia regulan aspectos determinantes como el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación de los hijos.
- 5º. Dentro del derecho de familia nace la institución del matrimonio u otras instituciones similares, en las que se genera el crecimiento de sus miembros (siendo los hijos), en los que nacen así los derechos y obligaciones que generalmente son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

1.9. Fuentes del derecho de familia

El derecho guatemalteco ha reconocido cuatro fuentes del derecho de familia: el matrimonio; la unión de hecho; la filiación; y la adopción.

Dentro del derecho civil se ubica al derecho de familia en la rama del derecho privado, existiendo autores que consideran que hay una afinidad indudable entre el derecho público y el derecho familiar. Los autores que siguen esta corriente no se atreven a confirmar que el derecho de familia sea propiamente derecho público asignándole un puesto entre éste y el derecho privado.



Las normas que regulan las relaciones de familia en el Código Civil, descansan en los principios siguientes: 1- igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges; 2- defensa y protección a la madre casada o soltera; 3- protección del niño procreado dentro o fuera del matrimonio; 4- fortalecimiento de la vida matrimonial; 5- patrimonio inembargable para su protección (aunque perdió la garantía que se refiere a que cada cónyuge puede disponer de los bienes que estén a su nombre).

No sería correcto separar el derecho de familia del derecho civil pues se rompería la unidad científica tradicional de su estudio, debido que el derecho de familia es una rama del derecho civil.

1.10. Contenido del derecho de familia

“El derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo. El derecho de familia objetivo se divide, a su vez, en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial. El primero, tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo, ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también el derecho de familia en derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges, y en derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad), o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). La tutela y curatelas, aunque no



constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia.”¹⁶

En Guatemala, como en la mayoría de los países latinoamericanos, no existe un Código de Familia. Las relaciones entre cónyuges y entre padre e hijos están reglamentadas, básicamente en el Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, regulando los acontecimientos familiares, es decir, la constitución conyugal y la paternidad, las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padre e hijos se constituyen y se regulan, al ser disciplinados por el derecho civil propiamente dicho.

¹⁶ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 121.



CAPÍTULO II

2. La patria potestad

2.1. Etimología y evolución de la patria potestad

“El concepto de la patria potestad derivado del latín *patrios*, es relativo al padre, y *potestados*, potestad, dominio, autoridad”.¹⁷

En la antigüedad, la figura paterna no era forjada únicamente como el hombre fuerte que resguardaba a su familia, sino también era considerado como la persona con la máxima autoridad y la persona a la cual se le debía todo tipo de obediencia. El poder soberano que ejercía el padre lo otorga la misma palabra, pues su traducción era poder y autoridad, la cual se designaba a todo hombre que no dependiera de otro y que tuviera autoridad, o sea, que dicho hombre se haya utilizado finalmente para designar al padre de familia.

2.2. La patria potestad en el derecho romano

Con el transcurso del tiempo, la institución de la patria potestad ha sufrido diversidad de cambios, observándose que en el antiguo derecho romano primitivo en la patria potestad, surgió el *paterfamilias*, quien tenía un poder absoluto e indefinido exclusivo

¹⁷ Ibid. Pág. 252.



del padre, no únicamente sobre los hijos; sino también sobre la esposa y sobre todo con los esclavos. En un principio esa potestad era tan ilimitada, que concedía al titular del derecho de pignorarlos, alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes; poseía el derecho de juzgarlos y condenarlos en justicia privada; así como el derecho de la vida o la muerte sobre los mismos.

La potestad podía desaparecer y su disgregación beneficiaba la constitución de otras familias, que eran precedidas por los hijos varones, que pertenecían a la familia original, excluyendo de la patria potestad y a los descendientes de las hijas. Subsistía siempre el vínculo que unía a todos los que estuvieron sometidos a la autoridad primaria, constituyendo la más pura familia romana, la cual conservaba intacta su propia unidad política pues el jefe de la familia era designado por su predecesor.

2.3. La patria potestad en la edad medieval

En esta época de la historia no se ve ningún avance en el campo del derecho de familia y menos aún a lo que a la figura jurídica de la patria potestad toca. Pero en esta época surge una figura siniestra designada como el señor feudal.

Dicha persona poseía el poder absoluto de su familia y de las familias de sus siervos que vivían en sus propiedades. Esta fue la característica esencial de este lapso de tiempo. La patria potestad, en esa época se presenta no como una institución que tenga por objeto conservar la unidad familiar para fines políticos o funciones de esa índole, sino para la reglamentación de los derechos y deberes que la propia naturaleza impone



en beneficio de la prole, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, al contrario, tiene por principio la igualdad de derechos entre hombre y mujer, así la patria potestad adquiere un carácter distinto.

Dentro de esos cambios, se ve la decidida colaboración que ejerce la madre en el ejercicio de la patria potestad, ya que se le otorga una acción subsidiaria, porque al existir situaciones notables por las cuales el padre no puede ejercer la patria potestad, involuntariamente pasa a la madre el ejercicio de la misma. Adicionalmente, la madre es la responsable de realizar todos los trabajos del hogar, como la educación e instrucción de los hijos, y el padre tiene como atribución la de representar el hogar en todas las funciones y relaciones con la familia.

El cristianismo no influyó en forma directa sobre la organización de la familia, ya que el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho de Roma, influido por el carácter de sacramento que se dio al matrimonio, nota características que lejos de disminuir la autoridad del marido sobre la mujer, la robusteció, por lo menos en el aspecto moral, pues al comparar el marido con Cristo y a la mujer con su iglesia, otorgó tanto poder al marido, que los mismos teólogos llegaron a sostener que, el contrayente y no el sacerdote, eran quienes únicamente oficiaban en su calidad de testigos.

“De igual forma, en las partidas, la concepción de la patria potestad se contrae a que la misma es definida ya no como el poder absoluto sino como aquella vinculación de reverencia y sujeción y del castigo que deben hacer los padres sobre el hijo, ello según



naturaleza y según derecho; lo primero porque los hijos nacen de los padres y lo otro porque han de heredarlos”.¹⁸

2.4. La patria potestad en tiempos modernos

En los tiempos modernos, la patria potestad civil es el reflejo de una civilización más adelantada, y perfeccionándose sucesivamente, tiende a ser la expresión de la patria potestad natural, en cuanto puede y debe entrar bajo el dominio de la ley civil.

En la actualidad la trascendente institución de la patria potestad, adquiere características propias, es pues, en el derecho moderno, donde el importante instituto jurídico familiar se muestra con singulares y notorias características que la dotan de una conformación especial, predominando en ella el sentido funcional, por el que el Estado la reconoce en beneficio de los hijos.

El ejercicio de la patria potestad en la actualidad, tiene una importante participación a la mujer en el ejercicio natural de ese derecho, asignándosele algunas veces la coparticipación de la patria potestad o la participación como asociada y, en otras como sustituta en su ejercicio. Modernamente, la patria potestad es forjada como una institución de carácter jurídico, mediante la cual el Estado reconoce en los padres la dirección, asistencia y representación de los hijos, así como la administración de los bienes que les pertenecen.

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 149.



2.5. Definición de la patria potestad

Diversas son las definiciones que existen acerca de la patria potestad:

- 1º. "La patria potestad se concibe en todas las legislaciones del mundo como el conjunto de derechos y obligaciones que la naturaleza y la ley acuerdan a los padres en relación con sus hijos, respecto de la persona y de los bienes de sus hijos hasta la mayoría de edad o la emancipación de los mismos".¹⁹
- 2º. "Es más que todo, una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado, y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos".²⁰
- 3º. "Conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad impone".²¹

Estas definiciones son limitadas, porque solamente indican la protección del hijo menor que deben hacer los padres. Sin embargo, lo anteriormente descrito no está incluyendo a los hijos con mayoría de edad pero que se encuentran declarados en incapacidad. Considero que una definición más acertada a la realidad es que la patria potestad es el conjunto de facultades fundado en la naturaleza y reconocido por la ley o por acto de

¹⁹ **Ibid.** Pág. 155.

²⁰ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 254.

²¹ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español.** Pág. 422.



adopción que los padres tienen sobre sus hijos menores o mayores de edad que adolezcan de capacidad, para la guarda y cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

2.6. Naturaleza jurídica de la patria potestad

Es una típica institución de derecho de familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben de cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la ley, a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía a los intereses de la familia y de la sociedad. Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos-deberes, es decir una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura como un típico derecho subjetivo de familia.

Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que estos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual del sujeto que está bajo la patria potestad y en caso de abandono, descuido el Estado podrá hacer cesar la potestad conferida.

Es de considerar que más que un derecho natural, la patria potestad es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor o incapaz.

Es en este sentido, el Código Civil Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala en sus artículos 253 y 254, estructura la base de esta institución indicando



que su fin es la protección familiar a los menores o incapaces y se realiza a través de la autoridad de los padres.

2.7. Sujetos de la patria potestad

“Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados”.²²

El derecho de familia se forja en el vocablo padre no únicamente al legítimo, sino lo hacen ampliable al padre adoptivo, el biológico, incluso a los abuelos, tanto maternos como paternos; y, de la misma forma, se concibe que la denominación hijo comprenda al legítimo, legitimado y adoptivo. En tanto que otros, asignan el sentido estricto a cada uno de los vocablos indicados: Es hijo, únicamente el legítimo y padre, aquel de idéntica calidad.

El Código Civil de Guatemala en su Artículo 252 regula: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción”.

²² Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. **Derecho de familia y sucesiones**. Pág. 227.

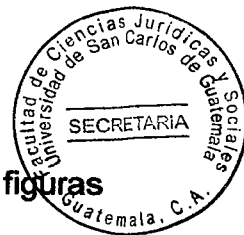


El Código Civil establece la diferencia entre los elementos personales propios de la patria potestad con aquellos que conforman la institución de la tutela, deduciendo que son dos los elementos personales o subjetivos de la patria potestad, los padres y los hijos menores de edad, según el caso, sean o no de matrimonio.

2.8. Características de la patria potestad

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

- 1º. La patria potestad es una institución del derecho de familia, no es un su mismo derecho subjetivo que corresponde a los padres, sino a un complejo indisoluble de deberes y derechos que se expresan en una función a ellos encomendada. Se le legisla en todo ordenamiento jurídico teniendo en cuenta los intereses de los hijos, los padres de familia, del Estado y de la sociedad.
- 2º. Intransmisibilidad, igualmente la patria potestad es un deber-derecho intransmisible, tanto por acto "*inter vivos*" como "*mortis causa*". En ese sentido, se encuentra fuera del comercio de los hombres, como tal no puede ser objeto de venta, cesión, transacción total ni parcialmente, a título gratuito ni a título oneroso.
- 3º. Irrenunciabilidad, se caracteriza por ser irrenunciable, por lo tanto, no cabe la renuncia de la patria potestad como tampoco puede ser objeto de abandono, sino podría ser causal de suspensión o pérdida de la misma.



- 4°. **Imprescriptibilidad**, es otra nota que distingue a la patria potestad de otras figuras semejantes. Significa que esta institución no puede ser adquirida, ni perderse por el mero transcurso del tiempo, en ese sentido es recuperable en cualquier instante cuando haya sido prolongado el tiempo de abandono de los hijos por pasividad o ausencia del titular, hasta la emancipación del menor de edad al adquirir la capacidad de ejercicio.
- 5°. **Temporalidad**, la patria potestad se caracteriza asimismo por su relatividad en el tiempo, por un lado, debido a esta peculiaridad la patria potestad ya no es perpetua, concluye cuando el hijo ha alcanzado la mayoría de edad o cuando la incapacidad del hijo mayor que haya sido declarado en estado de interdicción cese y sea declarada judicialmente.
- 6°. **La no intangibilidad**, si el progenitor no la desempeña en concordancia con sus fines, se abusa de sus prerrogativas legales, si maltrata al hijo o le da ejemplos dañinos, puede ser privado de ella o de su ejercicio. En estos casos, el Estado interviene para controlar el ejercicio prudente de la autoridad paterna. Pudiendo el padre abusador ser suspendido y hasta privado de su ejercicio.
- 7°. **Es indelegable**, como consecuencia de ser personal, no puede existir una delegación jurídica de esta función por ser los padres los llamados a ejercerlas.

2.9. Suspensión de la patria potestad

El Código Civil Decreto Ley 106, además de regular los derechos y obligaciones que provienen de la institución de la patria potestad, también regula las causales por la que se puede solicitar la separación, suspensión, pérdida y restablecimiento de la patria



potestad, considerando que existe diversidad de causales que podrían ser motivo para solicitar la suspensión de la misma y que a aún no se encuentran legisladas.

En circunstancias específicas, la suspensión de la patria potestad, procede cuando existe el riesgo del bienestar de los hijos menores de edad, para proteger a los mismos, se puede promover una demanda para pedir la suspensión de carácter temporal de la patria potestad del padre que haya incurrido en ciertas causales, las que se encuentran reguladas en el Código Civil Decreto Ley 106 Artículo 273: "Suspensión. La patria potestad se suspende:

- 1º. Por ausencia del que la ejerce;
- 2º. Por interdicción, declarada en la misma forma;
- 3º. Por ebriedad consuetudinaria; y
- 4º. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes".

Los casos de suspensión, cualquiera fuera la causal, son rescatables por parte de los padres, demostrando que tienen interés en recuperar el ejercicio de la patria potestad y que han superado el problema que los llevó a tal consecuencia, comprometiéndose a no incurrir nuevamente en algunas de estas causales y probando que están en condiciones óptimas para asegurar el bienestar de sus hijos.

2.10. Pérdida de la patria potestad

Del vocablo latino perdita, que significa pérdida, y se entiende de la siguiente forma: la pérdida es la carencia o privación de lo que se poseía. En lo que respecta a la pérdida



de la patria potestad, se debe entender como definitiva, que cesa definitivamente en comparación a la suspensión y por lo consiguiente las causas que lo provocan son de mayor relevancia que las anteriores.

Supone extinción no necesariamente institucional, sino únicamente para el sujeto que ejerce la patria potestad, pudiendo subsistir en cuanto al hijo que quedará sometido a la potestad del otro titular o bien a la tutela. Las causas que puedan conllevar a una pérdida de la patria potestad, se encuentran contenidas en el Artículo 274 del Código Civil Decreto Ley 106, siendo las siguientes:

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

También, se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona. Con la institución de la adopción, el adoptante pasa a tener un vínculo de afinidad con el adoptado, el que pasa a constituirse como hijo de este, por lo que el adoptante es quien ahora ejerce la patria potestad, perdiendo el padre biológico de ostentarla.

El padre que haya perdido la patria potestad tiene la obligación siempre de sustentar todo lo necesario para el cuidado y mantenimiento de su hijo o hijos. También, esta solo puede ser promovida por los ascendientes, los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y por la Procuraduría General de la Nación. El progenitor inocente y la Procuraduría General de la Nación son parte en el juicio en todos los casos.

2.11. Restablecimiento de la patria potestad

Restablecimiento significa volver a una situación anterior de favorabilidad frente al presente, es decir: "Retornar o volver a establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía."²³

Por lo tanto, considero que el restablecimiento de la patria potestad es retomar al estado en que se encontraba el padre en relación a la persona y los bienes del hijo anteriormente de declarada la separación, suspensión o pérdida de la patria potestad.

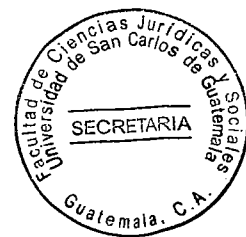
Con la posibilidad del restablecimiento se otorga una segunda oportunidad al padre que ha errado, para que pueda reintegrarse a la familia y a la educación de su hijo o hijos. El Artículo 277 del Código Civil Decreto Ley 106, indica que el juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

²³ Diccionario de la lengua española. Pág. 1785.



- "1º. Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;
- 2º. Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes;
- 3º. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º. de este Artículo".

En todos los casos se debe evidenciar el deseo y voluntad de parte del padre en recuperar el ejercicio de la patria potestad de su hijo o hijos, el cual se demuestra con su buena conducta y su deseo de rehabilitación ante sus relaciones familiares y sociales, y así establecer si la persona tiene la capacidad para desarrollarse nuevamente como padre y sobre todo como administrador y educador de su hijo o hijos, comprobando la buena conducta y deseo de rehabilitación de parte del padre, en el transcurso de por lo menos de tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva, como lo establece el Artículo 277 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106.





CAPÍTULO III

3. La tutela

3.1. Etimología y evolución de la tutela

Con relación a la etimología de la palabra se establece: "Que la palabra tutela se deriva del verbo latino tutor, defender, cuidar, proteger".²⁴

Antes de aludir al origen de la tutela considero necesario hacer una breve observación de la institución llamada patria potestad de la cual es accesoria la tutela. Para principiar en la antigüedad se aceptaba que la patria potestad era una relación entre padre e hijo que se apoyaba sobre el deber, y sobre el conjunto de poderes que se le otorgaban sobre todo al padre y a la persona y bienes de sus hijos de cualquier edad, quienes constituían parte de su esfera patrimonial, y eran considerados como propiedad del padre que podía decidir sobre ellos.

El origen de la tutela en su carácter tutelar que suple a la patria potestad en caso de ausencia de la misma, se encuentra en los pueblos primitivos, incluso en el derecho romano. La tutela: "Como institución de guarda y custodia, los pueblos primitivos, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los

²⁴ Brañas. Ob. Cit. Pág. 265.



hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius dominicale*.

Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él, el mismo poder dominical.

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

La tutela era, pues, legítima y familiar. Más tarde, desenvolviéndose la intervención del padre (tutela testamentaria) y la autoridad pública (tutela dativa), pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupila y en este momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente se le concibe".²⁵ En el derecho romano el emperador Justiniano, en sus Institutas 26, 1,1, recogió la definición que la tutela había sido dada por el jurisconsulto Servio Sulpicio Rufo, cónsul en el año 51 a.C., quien de la misma dijo que era: "Un poder y potestad (la fuerza) en una cabeza libre (persona libre), dada y permitida por el derecho civil, para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo".²⁶

²⁵ *Ibid.* Pág. 265.

²⁶ *Ibid.* Pág 270.



Por esta circunstancia, se tenía la necesidad de un protector para el impúber bien porque hubiera nacido *sui iuris* fuera del matrimonio legítimo, o porque habiendo nacido bajo patria potestad hubiera salido de esta antes de la pubertad.

El poder dado al tutor coincidía con el acordado al *paterfamilias*, puesto que el impúber sometido a tutela seguía siendo *sui iuris*; y el tutor carecía de facultad correccional respecto del pupilo, como de autoridad sobre la persona de éste, tanto más, cuanto que solo debía ocuparse de lo concerniente al patrimonio del pupilo y no de sus intereses morales o educacionales, fuera de que esa intervención tutelar llegaba a su fin, al hacerse púber el protegido. Roma no fue excepción a la tendencia de los pueblos civilizados de brindar protección a los impúberes.

Por eso, aun siendo la tutela originaria del derecho de gentes, el derecho civil la consagró como una imprescindible institución llamada a mantener unidos los intereses de la familia con los del incapaz, sobre todo en aspectos patrimoniales, dado que los miembros de la familia civil tenían la vocación hereditaria en caso de muerte del pupilo, circunstancia por la que seguramente la ley de las XII tablas estableció que la tutela debía estar en cabeza de los agnados prioritariamente.

3.2. Definición de la tutela

Numerosas son las definiciones que distintos autores han proporcionado acerca de la institución de la tutela. "La tutela es fundamentalmente un instituto de protección de



menores que tienen por objeto el cuidado, amparo, y defensa de la persona e intereses del menor no emancipado”.²⁷

Tutela es: “El derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no están sujetos a la patria potestad, para representarlos en todos los actos de la vida civil”.²⁸

Para Carlos Larios Ochaíta “Se entiende por “tutela” la institución legal que tiene por fin proteger en su persona y en sus bienes a las personas que no estando sujetas a la patria potestad tienen incapacidad natural o legal para valerse por sí mismas. Es importante notar que esta institución, llamada “Tutela” es creación de la ley y existe en beneficio de los menores de edad”.²⁹

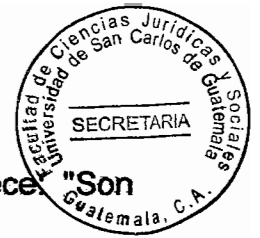
“Es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos”.³⁰ De las definiciones propuestas por los distintos tratadistas sobre la institución de la tutela, considero que la tutela es una institución jurídica, cedida a una persona jurídica o individual, para que brinde la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal no están en posibilidad de gobernarse por sí mismos.

²⁷ Cerezo Hernández, Rolando. **Derecho de familia**. Pág.283.

²⁸ **Ibid.** Pág. 391.

²⁹ Larios. **Ob. Cit.** Pág. 157.

³⁰ Puig. **Ob. Cit.** Pág. 403.



El Código Civil Decreto Ley 106 en el Artículo 8 segundo párrafo establece "Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores de edad por ser incapaces y que no tienen padres que los representen, pueden solicitar el auxilio de la Procuraduría General de la Nación o de cualquier persona capaz, para que denuncie este inconveniente a la autoridad competente, para que por medio de declaración judicial se les nombre tutor y así el menor se pueda valer de un representante legal que lo proteja, cuide, y administre sus bienes; y con los mayores de edad, que por cualquier circunstancias son incapaces para ejercer por sí mismos, también la Procuraduría General de la Nación o cualquier persona incapaz deben denunciarse estos hechos ante la misma autoridad competente, para que previo análisis médico de esta persona mayor edad, sea declarada en estado de interdicción en sentencia firme y se le nombre al mismo tiempo su tutor".

3.3. Características de la tutela

De las definiciones anteriormente citadas se crean las características principales de la institución de guarda y custodia, denominada tutela, siendo las siguientes:

- 1º. Su función es fundamentalmente protectora de la persona del menor de edad que no se encuentra bajo el cuidado y representación de sus padres, y del mayor de edad que por determinadas circunstancias físicas o mentales no pueden valerse por sí mismas y que de igual forma que no se encuentre bajo la patria potestad.



- 2º. El cargo de tutor es un cargo público, están obligadas por ley todas las personas con pleno goce de sus derechos civiles, por razón de la propia función tuitiva.
- 3º. Su función es representativa, porque representa legalmente al pupilo.
- 4º. El cargo de tutor y protutor son de carácter personalísimo, no pueden delegarse ni transferirse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.
- 5º. Sujetos a la intervención por parte del Estado, debido a que están sometidos a normas del ordenamiento jurídico y a la supervisión por el órgano jurisdiccional competente.

3.4. Distinción entre la tutela y patria potestad

La tutela se asemeja a la patria potestad en que ambas son instituciones con contenido personal y patrimonial que comprenden el cuidado de la persona del incapaz, sustento, educación, protección en general, representación en actos civiles y administración de los bienes, como remedio de la incapacidad.

Las funciones del tutor son las mismas que en la patria potestad prácticamente, existe una gran analogía entre la tutela y la patria potestad, el objeto de ambas es el mismo: la educación del hijo y la administración de los bienes, pero los medios difieren entre sí, por cuanto el legislador confiere a los padres un poder más amplio que el de los tutores, el padre tiene derechos que jamás podrá tener el tutor. La diferencia de estas dos instituciones parte desde la fuente, pues la patria potestad se origina del vínculo natural



que surge de la consanguinidad, por lo cual unos descienden de otros, pudiendo originarse también de la adopción, generando en ambos casos una relación paterno-filial. En cambio, la tutela se origina por el derecho positivo, que crea y organiza la institución en las leyes según las necesidades propias de cada país.

La tutela es considerada como una patria potestad restringida, el tutor tiene límites mayores por inspirar menos confianza tanto en lo que se refiere a su contenido personal como patrimonial, es un poder protector con origen en la ley y no en la naturaleza, se establece para suplir la incapacidad de aquellos a quienes les falta la patria potestad.

En la esfera personal, la tutela regula la obligación de velar por el tutelado, lo cual se refleja en la obligación de dar alimentos, el deber de educarle y proporcionarle una formación integral y promover la adquisición o recuperación de la capacidad de obrar del pupilo, dependiendo de si es menor o incapacitado respectivamente. Al igual que con la patria potestad el tutelado tiene la obligación de obediencia y respeto frente al tutor. En cuanto a la representación, coincidentemente también con la patria potestad, el tutor asume la representación del menor o incapacitado para todos los actos que no puede realizar por sí mismo. En la esfera patrimonial el tutor es quien administra los bienes del tutelado, aunque necesita mayor intervención judicial para una serie de actos que los que requiere la patria potestad, por ejemplo para dar o tomar dinero en préstamo en nombre del pupilo. El tutor es el administrador legal del patrimonio del tutelado y quedan solidariamente obligados el tutor y protutor a promover la constitución de la garantía y ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia. Los preceptos del Código Civil Decreto Ley 106 no les imponen a los padres la



obligación de promover la constitución de la garantía como administradores de los bienes de los hijos.

El tutor está obligado a informar al juez competente con intervención del protutor cada año sobre la situación del menor o incapacitado, así como también la rendición de cuenta de su administración. Los preceptos del Código Civil Decreto Ley 106 no les imponen a los padres la obligación de rendir cuenta como administradores de los bienes de los hijos.

El patrimonio personal o patrimonio general de la persona tiene una función de servicio a favor de ella.

En el país cualquier control que se realice sobre la actuación de los padres, únicamente tiene como punto de referencia el interés superior del hijo.

Resumiendo entonces, pudiera precisarse que la tutela como forma de guardaduría sustituye a la patria potestad, aparece de forma alternativa ante la ausencia de los padres, por lo que no tiene razón de ser si los mismos se mantienen vivos y en condiciones de atender todos los requerimientos del hijo con la disposición necesaria. Su utilización en estas circunstancias implicaría una mayor restricción en las facultades que la patria potestad concede a los progenitores para representar y administrar los bienes y la persona de los hijos, sin excesivas medidas judiciales de control, lo cual resulta lógico por la confianza que esta institución por su propio carácter de derecho natural genera.



3.5. Clases de tutela que regula el derecho civil guatemalteco

El Decreto Ley 106 Código Civil de Guatemala, en el Artículo 296 constituye: "La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial. Pero, también reconoce la existencia de la tutela específica, especial y legal que son de naturaleza excepcional.

3.5.1. Tutela testamentaria

"Es la discernida de acuerdo con el nombramiento que el padre o madre hacen en su testamento, y que puede recaer sobre cualquier persona con capacidad de obrar y que no esté excluido por la ley".³¹

Es el derecho individual que le asiste a los padres de elegir a un tutor para sus hijos entre sus parientes o amigos, es la facultad que únicamente tiene el padre que muere de último, y se le designa testamentaria porque nace cuando hay ausencia de la patria potestad y porque el nombramiento está contenido en el testamento. El Artículo 297 del Código Civil Decreto Ley 106 regula que: "La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo".

³¹ Cabanellas de Torres. Ob. Cit. Pág. 391.



3.5.2. Tutela legítima

La que se difiere según el orden indicado en la ley, a falta de la tutela testamentaria, por inexistente o ineficaz.

Llámesese legítima a la tutela diferida por la ley, es la que incumbe a los parientes más próximos del menor obedeciendo el orden regulado en la norma legal; se constituye esta forma de tutela únicamente en ausencia del tutor nombrado en testamento o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de ser tutores, la ley constituye a quien pertenece el ejercicio por el parentesco que se relaciona con el pupilo.

El Artículo 299 del Código Civil Decreto Ley 106 establece que: "La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

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

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la procedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de



conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, **que** constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo”.

3.5.3. Tutela judicial

“Es la discernida por designación judicial o del consejo de familia, y no por disposición testamentaria ni por ministerio de la ley; con la cual se diferencia tanto de la tutela testamentaria como de la tutela legítima”.³²

Es la que procede por nombramiento de juez competente, se establece esta clase de tutela porque no hay tutor testamentario ni tutor legítimo, es la tutela que el juez competente constituye a los incapaces o a los menores de edad, cuando los padres no hayan estipulado en su testamento el nombramiento del tutor y cuando no vivan o no estén los parientes llamados a ejercer la tutela legítima, o cuando, estando, no sean capaces o idóneos, o porque han renunciado a la tutela o se ha dado por terminada la tutela y aún se sea necesaria.

El Artículo 300 del Código Civil Decreto Ley 106 regula: “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista. Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que mencionan en el Artículo anterior”.

³² Ibid. Pág. 391.



3.5.4. Tutela legal

El Artículo 308 del Código Civil Decreto Ley 106 establece: "Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento". En Guatemala el Estado a través de las instituciones y establecimientos de asistencia social destinados para el efecto, les provee protección temporal o permanente a los menores o incapacitados que no estén bajo la patria potestad, con el objeto de administrarles educación integral, asistencia médica, social y psicológica para lograr alcanzar su adaptación a la sociedad, representándolos legalmente hasta que estos, estén en capacidad de ejercerlo por sí solos.

3.5.5. Tutela especial

Esta clase de tutela no se encuentra regulada dentro del cuerpo legal de la institución de la tutela, sino se encuentra fundamentada dentro de la institución de la patria potestad en el Artículo 268 del Código Civil Decreto Ley 106 el que establece: "Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial".

Entre otros casos, el tutor puede ser llamado a ejercer esta función a pesar de tener el menor padres en ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. Esta figura, es conocida como tutela especial, porque los progenitores del menor siguen siendo los representantes legales generales, mientras que el tutor especial solamente



desempeñará un rol específico y determinado para la defensa de algunos derechos o negocios especiales del menor.

Esta necesidad de nombrar a un tutor especial como persona distinta de los padres se presenta cuando padres e hijos tienen intereses contrapuestos entre sí; tanto así que los derechos e intereses de los padres se mezclan con los de sus hijos; o los hijos tienen que reclamar judicialmente alimentos a sus padres, pero resueltas las razones de interferencia, los padres recuperan su representación plena, y el tutor especial cesa su función.

3.5.6. Tutela específica

Esta clase de tutela se presenta exclusivamente en el caso de que varios pupilos estén sujetos a una misma tutela, pero con conflictos de intereses entre varios de ellos, el juez nombra un tutor específico para cada uno de los menores en conflicto, para asegurar y garantizar la realización de los objetivos de la tutela.

El Código Civil Decreto Ley 106 en el Artículo 306 establece: "Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos". Debe tenerse en cuenta que mientras no se nombre un tutor y protutor y los cargos no hayan sido discernidos, el juez, de oficio, o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado de la persona del menor o incapacitado y la seguridad de sus bienes.



3.6. Sujetos que intervienen en la tutela

3.6.1. Tutor

"Al tutor le corresponde directamente el cuidado de la persona y de los bienes del tutelado, por ser el representante legal de éste"³³. Es la persona jurídicamente capaz e idónea, facultada por la ley, para proteger y representar legalmente al menor de edad que no se encuentre bajo la patria potestad, o bien de la persona mayor de edad que en sentencia firme ha sido declarada en estado de interdicción, con el objeto de administrar sus bienes.

3.6.1.1. Derechos del tutor

El tutor viene a ocupar el lugar de los padres, de ahí la similitud de sus deberes y derechos. No obstante, siendo que la tutela es un estatuto legal sin base natural como la patria potestad, los deberes y derechos de los tutores son menores que los de los padres y el controlador del Estado es mayor. Las facultades que tiene el tutor en el desempeño de su cargo se encuentran reguladas en el Código Civil Decreto Ley 106, siendo las siguientes:

- 1º. Es de naturaleza remuneratoria: así lo establece el cuerpo legal citado en su Artículo 340 regula: "La tutela y protutela dan derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por

³³ Brañas. Ob. Cit. Pág. 267.



ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo. Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento o cuando sin mediar negligencia del tutor o hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez, al tener en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela. La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor correspondiendo al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restante”.

- 2º. El tutor puede excusarse de desempeñar el cargo, siempre y cuando concurra cualquiera de las circunstancias que la ley prevé su Artículo 317 de la ley citada.
- 3º. No está obligado a aceptar el cargo cuando no sea pariente del pupilo, o cuando existan personas llamadas por la ley para realizarlos y que no tengan ningún tipo de impedimento, como lo regula el Artículo 318 del Código Civil Decreto Ley 106.
- 4º. Tiene el derecho de ejercitar las acciones que tenga en contra del ex pupilo, por un tiempo de 5 años de concluida esta, como lo regula el Artículo 351 del cuerpo legal citado.
- 5º. El Artículo 294 de la ley citada regula que el tutor puede otorgar mandatos especiales para actos determinados.

3.6.1.2. Obligaciones del tutor

Para evitar que el tutor pueda optar decisiones arbitrarias, o que perjudiquen los intereses de tutelado, el Código Civil Decreto Ley 106 le impone las siguientes obligaciones:



- 1º. El Artículo 294 regula que el cargo de tutor es personal y no puede delegarse.
- 2º. Si una persona se encuentra ejerciendo el cargo de tutor legítimo o judicial y surgiere un tutor testamentario, debe trasladar inminentemente el cargo, en virtud que la tutela testamentaria es la más sustancial y excluyente de las demás, como lo regula el Artículo 302 del cuerpo legal citado.
- 3º. El tutor que represente a un menor de edad, cuando este cumpla 16 años, debe de asociarlo en la administración de los bienes para su información y conocimiento, como lo establece el Artículo 303 del cuerpo legal citado.
- 4º. El tutor, procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los 30 días siguientes a la aceptación del cargo, como lo regula el Artículo 320 del cuerpo legal citado.
- 5º. El Artículo 321 regula que el tutor posteriormente practicado el inventario, tiene la obligación de constituir garantía, salvo que no haya bienes; o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador.
- 6º. El Artículo 327 de la ley citada establece que el tutor, dentro del primer mes, de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de administración para el año y para los gastos extraordinarios que pasen de Q.500.00 quetzales necesita el tutor autorización judicial.
- 7º. El Artículo 342 de la ley citada regula que el tutor, tiene la obligación de llevar una contabilidad, comprobada exacta de todas las operaciones de su administración en libros autorizados, aun cuando el testador le hubiere relevado de rendir cuentas.



- 8°. El Artículo 344 de la ley citada regula, que el tutor deberá rendir **cuentas** anualmente y al concluirse la tutela o cesar en su cargo.
- 9°. El Artículo 346 de la ley regula, que el tutor que sustituya a otro está obligado a la entrega de bienes y la rendición de cuentas al que lo ha precedido. Si no lo hiciera es responsable de los daños y perjuicios que por su omisión siguieren al pupilo.
- 10°. El Artículo 349 de la ley citada regula entrega de bienes. El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan. Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas.

3.6.1.3. Prohibiciones para ejercer el cargo de tutor

La institución de la tutela carece de diversidad de prohibiciones que deberían estar legisladas para toda persona que quiera ejercer el cargo de tutor, teniendo como principal función el cuidado de la persona del pupilo y la protección del patrimonio del mismo, el ordenamiento jurídico vigente regula las causales de prohibición para ejercer el cargo de tutor en su Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley 106, no puede ser tutor.

- 1°. El menor de edad y el incapacitado.
- 2°. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años.



- 3°. El que hubiere sido removido de otro tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido no estuviesen aprobadas.
- 4°. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta.
- 5°. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación.
- 6°. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes, o cónyuges, con el menor o incapacitado.
- 7°. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos.
- 8°. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento.
- 9°. El que no tenga domicilio en la República.
- 10°. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.

3.6.2. Protutor

Es el cargo creado por el Código Civil español para ejercer funciones de intervención o vigilancia en la tutela de menores e incapacitados”.³⁴

En el Artículo 304 del Código Civil guatemalteco se establece que el protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio. La

³⁴ Guillermo Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 326.



designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúnan las condiciones de notoria honradez y arraigo.

El protutor es la persona que interviene en las funciones de la tutela para asegurar el correcto desempeño de la misma.

La gestión principal del protutor es la de fiscalizar la actuación del tutor. Al igual que en el caso de la tutela, la protutela es un cargo público al que están obligadas todas las personas que gocen de sus derechos civiles.

3.6.2.1. Derechos del protutor

Los derechos que tiene el protutor en el desempeño de su cargo se encuentran regulados en el Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, siendo las siguientes:

- 1º. El Artículo 294 de la ley citada regula que el protutor puede otorgar mandatos especiales para actos determinados.
- 2º. Puede excusarse de ejercer la protutela cuando se materialice cualquiera de las causas establecidas en el Artículo 317 de la ley citada.
- 3º. No está obligado a aceptar el ejercicio del cargo de protutor, si no fuere pariente del menor o incapacitado, como lo regula el Artículo 318 de la ley citada.
- 4º. Tiene derecho a una retribución anual por el ejercicio de su cargo, correspondiente al 25% del valor destinado para el efecto, como lo establece el Artículo 340 del cuerpo legal citado.



3.6.2.2. Obligaciones del protutor

El protutor es un muy importante órgano de la tutela y es el más inmediato órgano contralor de la actividad del tutor; el protutor tiene la función de obrar por el menor e incapacitado y representarlo en todos aquellos casos en los cuales los intereses del menor e incapacitado estén en oposición con los intereses del tutor. Las obligaciones del protutor se encuentran reguladas en el Artículo 305 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, siendo las siguientes:

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

3.6.2.3. Prohibiciones para ejercer el cargo de protutor

Con referencia a las prohibiciones para que se ejecute el nombramiento del protutor, la ley regula que son las mismas que para el tutor, no habiendo obstáculo para el protutor en su función de fiscalizador en el ejercicio de la tutela, la ley no establece prohibiciones específicas para el ejercicio de este cargo; las prohibiciones son las reguladas en el



Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley 106, las que ya fueron citadas en el apartado anterior, refiriéndose a la persona del tutor.

3.6.3. Pupilo

El pupilo debe estar en condiciones específicas, reunir requerimientos indispensables, para que surja la institución de la tutela, en caso de ser menor de edad, no debe estar sometido a la patria potestad; si es mayor de edad pero no ha logrado la emancipación, debe ser declarado judicialmente, por lo concerniente debe ser declarado en estado de interdicción y establecida en sentencia firme, sino se presentan estos supuestos no puede entrar a funcionar la tutela en beneficio del pupilo.

3.6.3.1. Derechos y obligaciones del pupilo

La ley otorga derechos y obligaciones al pupilo, sin embargo existe una diversidad de derechos que aún no se encuentran legislados en beneficio del pupilo, con relación al nombramiento del tutor y protutor, los derechos y obligaciones del pupilo que establece la ley, están en el Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, siendo los siguientes:

- 1º. Cuando el pupilo cumpla 16 años se le debe de asociar en la administración de los bienes para su información y conocimiento, Artículo 303 de la ley citada.
- 2º. Si fuere varios pupilos sujetos a una misma tutela y surgieren conflictos de intereses, tienen derecho a que el juez nombre tutores específicos. Artículo 306 de la ley.



- 3°. Tiene derecho a que el juez decrete las medidas necesarias para asegurar su persona y bienes, mientras no se les haya nombrado tutor y protutor. Artículo 307 de la ley citada.
- 4°. Si tuvieren un tutor legal, tienen derecho a que les confíen a personas de notoria moralidad que dispongan de los medios económicos para proporcionarles alimentos, instrucción, y educación. Artículo 309 de la ley citada.
- 5°. Tiene derecho de elegir la carrera, oficio o profesión que deseen. Artículo 330 de la ley citada.
- 6°. Tiene el derecho de ejercitar las acciones que resulten de su ex tutor, en el plazo de 5 años de concluida esta. Artículo 351 de la ley citada.
- 7°. Como obligación, el pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Artículo 331 de la ley citada.

3.7. Excusas para el ejercicio de la tutela y protutela

En principio los cargos de tutor y protutor son de carácter irrenunciables, este admite excepciones fundadas en el interés público que exige que estas funciones no sean desatendidas, con respecto a las excusas, esta figura jurídica surge cuando una persona tiene la capacidad y cumple con los requisitos que la ley establece para que pueda ser nombrada como tutor o protutor, pero a la vez se le es imposible cumplir con su cargo, debido que está dentro de algunas de las causales que la ley establece para poderse eximir de aceptar dicho cargo y que el juez lo acepte. La ley regula que las excusas son las mismas tanto para el tutor como para el protutor, sin embargo la ley no establece excusas específicas para el ejercicio de cada cargo; las excusas son las que



establece el Artículo 317 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

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

3.8. Remoción de la tutela y protutela

La denominada remoción de la tutela y protutela no equivale a la extinción de la misma, sino al cese como tutor o protutor de la persona que previamente había sido nombrada judicialmente, pero manteniéndose la necesidad de nombrar un nuevo tutor o protutor.

La remoción equivale a destitución y tiene lugar cuando el tutor o protutor, después de diferida la tutela o protutela, incurren en una causa legal de incapacidad o se conducen mal en el desempeño de la tutela o protutela, sin embargo surge de igual forma por el incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio, y cuando surgen problemas de convivencia grave y continuas. La ley regula que las causas de remoción son las mismas tanto para el tutor como para el protutor, sin



embargo la ley no establece causas específicas para cada cargo; las causas de remoción son las que establece el Artículo 316 del Código Civil guatemalteco Decreto

Ley 106. Serán también removidos de la tutela y protutela:

- 1°. Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;
- 2°. Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;
- 3°. Los que emplearen maltrato con el menor;
- 4°. Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y
- 5°. Los que se ausentaren por más de seis meses del lugar en que desempeñen la tutela y protutela".



CAPÍTULO IV

4. La necesidad de reformar el Artículo 314 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, regulando la causal por tener el hábito del juego dentro de las prohibiciones de la tutela

Es fundamental el análisis de los aspectos de importancia para fundamentar el desarrollo de la tesis.

4.1. El hábito y su etimología

“Del latín *habitus*, modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas”.³⁵

Por lo tanto, el hábito es la capacidad que el hombre tiene de disponerse de un modo distinto de cómo es por naturaleza, aunque no vaya en contra de ella. Los hábitos no son lo mismo que las costumbres. Las costumbres son una repetición de actos que no necesariamente se hacen de modo consciente y libre. Los hábitos, en cambio, suponen la libre decisión de cada persona de hacerlos. Esto significa que los hábitos se adquieren por el ejercicio libre de los actos que cada quien desempeña, los mismos suponen la libre decisión de cada persona en los actos que ejecuta de modo consciente.

³⁵ Diccionario de la lengua española. Ob. Cit. Pág. 3208.



Para la psicología, los hábitos son cualquier acto que se adquiere por la experiencia y se llevan a cabo de manera regular y automáticamente. Los hábitos incluyen desde los gestos, la forma de mover las manos, el hablar, también la satisfacción de las ansias personales, ya sea el hábito del juego, fumar, comer o de beber en exceso. Los psicólogos están interesados en el estudio de los hábitos debido a su función como elemento básico del aprendizaje y también, en ocasiones, como problemas que deben tratarse cuando impiden o alteran el bienestar de una persona.

4.2. El juego y su etimología

“Del latín *iocus*. Es el ejercicio recreativo sometido a reglas, y en el cual se gana o se pierde. Juego de naipes, de ajedrez, de pelota”.³⁶

El juego tiene diversas formas de expresión según las diferentes etapas de la vida del hombre. El juego de los adultos es más profundo que el desarrollado en el ámbito infantil. El hombre juega como un niño, por gusto y recreo, por debajo del nivel de la vida seria.

Se considera como serio todo lo derivado de las responsabilidades laborales cotidianas, claramente vinculado con la búsqueda del entretenimiento. El concepto de juego se define como: “Acción u ocupación libre, que se desarrolla dentro de unos límites temporales y espaciales determinados, según reglas obligatorias, aunque libremente

³⁶ *Ibid.* Pág. 3593.



aceptadas, acción que tiene su fin en sí misma y va acompañada de un sentimiento de tensión y alegría y de la conciencia de ser de otro modo en la vida corriente".³⁷ Una de las características más importante del juego, es ser una actividad libre, el juego por mandato no es juego, es decir, no debe suponer ninguna obligación, ya que cada persona debe decidir si participar o no y, por esta razón, poder ser abandonado en cualquier momento; su elección debe ser absolutamente libre.

4.3. Problemas relacionados con el hábito de juego

No todas las personas que juegan excesivamente son iguales, ni tampoco enfrentan los mismos problemas. Las personas con problemas de hábito de juego se encuentran en grupos de todas las edades, tienen todo tipo de ingresos, y provienen de todas las culturas y profesiones. Algunas personas desarrollan problemas de hábito de juego repentinamente, otras con el transcurso del tiempo; el hábito de juego produce consecuencias negativas y problemas en diferentes ámbitos: personal, familiar, social, laboral, económico y legal.

La familia es una de las áreas más dañadas por el hábito de juego, éste afecta de forma muy negativa al cónyuge y a los hijos del jugador, las mentiras constantes en las que incurre el jugador para justificar sus deudas crean un clima de desconfianza y recelo, la comunicación se deteriora y los casos de separación y divorcio son corrientes. Los cónyuges sufren trastornos psicossomáticos y depresión. El juego tiene también un

³⁷ **Ibid.** Pág. 54.



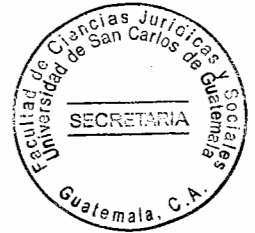
impacto negativo en los hijos, por las dificultades económicas en las que puede caer la familia, por la falta de tiempo y de cariño dedicado a los hijos y porque éstos son en ocasiones blanco de las disputas entre los padres, además de estar sometidos a modelos inadecuados que los pueden convertir en poblaciones de alto riesgo para el juego.

El hábito de juego conduce a un aislamiento social y a un abandono de actividades, además de una pérdida de amistades.

Los jugadores implican menos en el trabajo y tienen menor atención y concentración en el mismo, con deterioros en el rendimiento laboral. Además, pueden incurrir en robos de dinero que pueden conducir al despido o a graves pérdidas económicas en trabajadores autónomos.

El área económica es una de las más afectadas por el hábito de juego y además es, habitualmente, la clave que hace descubrir a la familia que algo está pasando.

El hábito de juego crea enormes deudas, situaciones apuradas sobre la administración monetaria, peticiones de dinero, préstamos y robos esporádicos además de la ausencia de conductas de ahorro, a veces esta situación puede conducir a la comisión de delitos para obtener dinero. De lo dicho anteriormente, se deduce que el hábito de juego no únicamente es un problema personal, sino un problema social que influye en muchos aspectos de la vida y que deteriora no solamente la vida del jugador sino las de sus familias y de todas las demás personas que están a su alrededor.



4.4. Diversas perspectivas del juego en el derecho guatemalteco

4.4.1. El delito de juegos ilícitos en el derecho penal de Guatemala

Desde épocas remotas, existe la diferencia entre juegos lícitos e ilícitos. Son juegos ilícitos aquellos en los que la ganancia o pérdida depende total o casi totalmente de la suerte, envite o azar, sin que medie en ellos la natural y lícita habilidad del jugador.

El Artículo 477 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece: "Juegos ilícitos. Los banqueros, administradores, empresarios, gerentes o demás personas encargadas y los dueños de casas de juegos de suerte, envite o azar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de un mil a diez mil quetzales".

El Artículo 478 de la ley citada establece: "Las personas que concurrieren a las casas de juegos de suerte, envite o azar, serán sancionadas con multa de doscientos a dos mil quetzales".

En los artículos citados se sanciona a las personas que asisten a las casas de juegos de suerte, envite o azar. Por casas de juego se entiende generalmente a los lugares habitualmente y por especulación destinada a la suerte, envite o azar, en la jurisprudencia acerca de ellas destaca la nota de habitualidad. No es indispensable, para la existencia del delito que sean casas públicas o privadas, el elemento intencional



está formado por la conciencia de que se asiste a una casa de juegos de suerte y la voluntad de realizar el hecho a pesar de ese conocimiento.

En el año 2013 se presentó una iniciativa de ley que dispuso aprobar la Ley Reguladora de Juegos de Azar y Espectáculos Públicos, con el fin de regular la autorización, instalación, funcionamiento, operación y explotación de toda la actividad referida a los juegos de azar, apuestas, casinos, video loterías, bingos y espectáculos públicos. Esta ley será inspeccionada por la Comisión Nacional Reguladora de Juegos de Azar y Espectáculos Públicos al igual que otros entes como el Ministerio de Gobernación, la Superintendencia de Administración Tributaria y el Ministerio Público.

4.4.2. El hábito de juego como causal de suspensión en la patria potestad

Como se aludió en el apartado anterior, la patria potestad es el conjunto de facultades; fundado en la naturaleza y reconocido por la ley o por acto de adopción, que los padres tienen sobre sus hijos menores o mayores de edad que adolezcan de capacidad, para la guarda y cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

Los problemas que pueden surgir en el ejercicio de la patria potestad son: la separación de la patria potestad; la suspensión de la patria potestad y la pérdida de la patria potestad. En el Artículo 273 del Código Civil Decreto Ley 106, dentro de las causales de la suspensión de la patria potestad, se regula por tener el hábito de juego, siendo una causal de forma temporal, ya que la causa puede ser subsanada por parte del progenitor que está afectado por la pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad.



Poseer el hábito de juego como origen de la suspensión de la patria potestad, es una circunstancia lograda por el hábito y realizado en forma continua que constituye un grave problema para la persona y su familia. Los padres de familia que constantemente se mantienen con el vicio del juego, y de cualquier tipo de juego, se vuelven partidarios a las apuestas, por lo tanto se pone en riesgo el patrimonio de la familia, sirviendo en ciertos casos como garantía para poder seguir jugando o para pagar las obligaciones contraídas.

4.4.3. El hábito de juego como causal de separación y divorcio

La legislación civil guatemalteca enumera las causales que pueden sustentar una solicitud de separación o divorcio por causa determinada, otorgando la facultad a uno de los cónyuges de demandar al otro ante un órgano jurisdiccional competente, invocando una de las causales que están explícitamente contenidas en la ley e imputables al cónyuge demandado, la cual una vez agotado el debido proceso se declara judicialmente y constituye la separación de cuerpos o bien concluye con una sentencia que disuelva el vínculo conyugal.

El Artículo 155 del Código Civil Decreto Ley 106 regula: "Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio:..9º. Los hábitos de juego, etc." Si uno de los cónyuges se mantiene jugando de una manera viciosa, con una habitualidad desenfrenada, el otro cónyuge puede sustentar la acción de separación y divorcio. Se debe tener claro que a la ley civil no le interesa la clase de juego que se lleve a cabo, porque la ley no hace referencia alguna, sino lo que le interesa es la



habitualidad en que incurre el cónyuge y que de tal modo constituya un vicio, **que sea** motivo de discrepancias conyugales o que sea la causa de la destrucción del vínculo conyugal.

4.5. Causales de prohibición para ejercer la tutela

Durante las últimas décadas, la tutela y demás instituciones de guarda legal han adquirido una gran importancia social como consecuencia de una mayor sensibilidad por parte de la sociedad en general y de las autoridades públicas en particular hacia los problemas que sufren los menores, y han cristalizado la necesidad de proporcionar una adecuada protección jurídica a los incapacitados.

La institución de la tutela requiere una previa delimitación de las personas llamadas a desempeñar tal función y un posterior nombramiento de ellas para que efectivamente la ejerzan, por lo tanto el Código Civil Decreto Ley 106 en su Artículo 314, regula las causas de prohibición para adquirir la tutela, causas que ya fueron citadas en el apartado anterior de la institución de la tutela, y que claramente hacen mención a que a determinadas personas la ley les prohíbe ejercer la misma.

Dentro de estas prohibiciones enumeradas en la ley y explícitamente en la institución de la tutela, en ninguna se hace mención tener el hábito de juego como prohibición para adquirir la tutela, puesto que en la patria potestad si lo regula, como causal para ser suspendido, y en la separación o divorcio como causa determinada para sustentar la acción de separación de cuerpos o disolución del vínculo conyugal.



4.6. El hábito de juego como causal de prohibición para adquirir la tutela

Respecto a la institución de la tutela, el Estado de Guatemala reconoce a través de la normativa civil vigente que la representación la posee el tutor y protutor, salvo algunas excepciones, pero nunca dejando en desventaja al pupilo que por su calidad se presume que se encuentra en desventaja ante una relación de poder del tutor y protutor, quien por su función se considera que es la parte en ventaja, por lo que si el pupilo quedara en posición de desventaja ante el tutor y protutor, el derecho civil le otorga como garantía las causales que pueden ser invocadas por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente del pupilo, para que puedan ser separados de sus cargos por medio de declaración judicial.

De igual forma si los fines de la tutela se encuentran amenazados o imposibles de realizar, o que la convivencia entre tutor, protutor y pupilo resulte dañina para alguno de los tres o ante terceros, de forma física o emocional, o que una de las partes atentare, dañare o amenazare al otro, en cualquiera de las formas ya sea en contra de su vida, su familia, su patrimonio, etcétera.

El derecho civil en ánimo de la preservación de las garantías fundamentales que todo ser humano debe de gozar, establece las causales que pueden poner fin a la institución de la tutela, liberando así al pupilo del tutor y protutor de continuar con una relación dañina y destructiva que limite su desarrollo como persona. Llama poderosamente la atención al sustentante que el legislador dentro de las prohibiciones contenidas en el Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley 106 del Congreso de la República de



Guatemala, no estableció prohibición por tener el hábito del juego como una forma para prevenir o requerir la separación del tutor y protutor, previa denuncia o comprobación del hecho por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente del pupilo, dejando desprotegido el ámbito económico del pupilo, y si este último tuviere bienes que su tutor y protutor deben administrar, quedará en desventaja ante la relación de poder que existe entre el pupilo y sus representantes.

Por lo tanto, se pretende proponer la reforma del Artículo 314 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala en el sentido que se incorpore dentro de las prohibiciones del tutor y protutor, regulando, por tener el hábito del juego, y así lograr que en el aspecto económico del pupilo que tuviere bienes que deben ser administrados por el tutor y protutor, no se encuentre en riesgo de disiparse por parte de los mismos en el ejercicio de sus cargos.

4.7. Propuesta de reforma del Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley número 106

DECRETO 01-2016

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado debe de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los



cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social. Asimismo la Ley suprema establece que se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad.

CONSIDERANDO:

Que la institución civil de la tutela tiene por fin proteger en su persona y en sus bienes a las personas que no estando sujetas a la patria potestad tienen incapacidad natural o legal para valerse por sí mismas. Estableciendo como garantía para su correcto ejercicio, prohibiciones a la persona individual o jurídica sobre quien recae tal responsabilidad. Sin embargo, la tutela como se encuentra regulada actualmente en la ley de la materia, deja desprotegido al pupilo, al no regular dentro de las prohibiciones del tutor y protutor, por tener el hábito del juego, como causa de la separación de la tutela, como si lo establecen otras instituciones civiles, como la patria



potestad y el matrimonio que protegen el bienestar de la persona, familia y por ende a la sociedad, reconociendo el hábito del juego como causal para suspender la patria potestad, o como causal que justifique la acción de separación de cuerpos o disolución del vínculo conyugal por parte de uno de los cónyuges, dentro del matrimonio.

CONSIDERANDO:

Que es necesario realizar una reforma del Código Civil vigente Decreto Ley 106, en la institución de la tutela, toda vez que se debe proteger al pupilo en el cuidado de su persona y de sus bienes, del tutor o protutor que incurra en el hábito de juego, con el objeto que se garantice el adecuado ejercicio de la representación y administración de los bienes del pupilo.

POR TANTO:

En Ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, inciso a) y los Artículos 47, 51 y 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DECRETO NÚMERO 106



Artículo 1. Se adiciona al Artículo 314 del Código Civil, Decreto Ley 106 del **Jefe de**
Gobierno, como numeral 11º el siguiente:

11º. Por tener el hábito del juego.

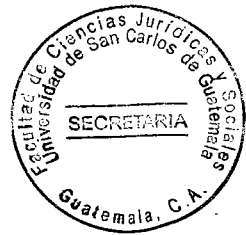
Artículo 2. El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente al de su publicación.

Emitido en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala, el 00 de
enero del dos mil dieciséis.

Presidente

Secretario

Secretario



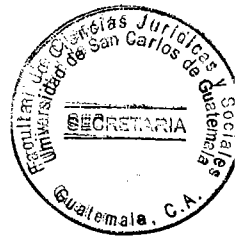


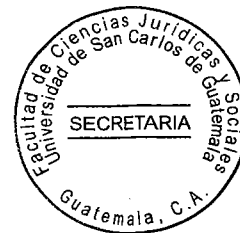
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la institución de la tutela, el Estado de Guatemala deja indefenso al pupilo al omitir dentro de las prohibiciones del tutor o protutor la causal por tener el hábito del juego, la cual es necesaria que se adicione, para así que se evite que la persona sea nombrada o ejerza su función de forma separada de dicho cargo si tiene el hábito de juego, ya que por no estar legislada existe el riesgo de disipación de los bienes del pupilo, perjudicándolo en su persona, dejándolo sin recursos para su desarrollo integral.

Existe una omisión que el legislador subsanó dentro de las instituciones civiles del matrimonio y la patria potestad, al establecer dicha prohibición como causal para pedir la separación o divorcio, o la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

Es recomendable en el tema de la reforma del Artículo 314 del Código Civil Decreto Ley 106, que se haga la determinación que resulta imprescindible que el Estado de Guatemala a través del Congreso de la República de Guatemala adicione al Artículo citado dentro de las prohibiciones por tener el hábito del Juego, para así ampliar su protección a la persona del pupilo, toda vez que se estableció que en los tribunales competentes no existe demanda alguna de solicitud de la suspensión de la tutela invocando por tener el hábito del juego, simplemente porque no se encuentra legislado lo que demuestra que el pupilo está desprotegido en sus bienes y por ende en su persona.





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala: Ed. Orión, 2009.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil fénix, 2007.

BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Guatemala: Ed. Académica centroamericana, 1982.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Derecho de familia y sucesiones**. México, D.F.: Ed. Jurídica universitaria, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1989.

CEREZO HERNÁNDEZ. Rolando. **Derecho de familia**. México, D.F.: Ed. Rubinzal, 2006.

Diccionario de la Real Academia Española. Madrid, España: Ed. Espasa calpe, 1992.

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Barcelona, España: Ed. Marino, 1975.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1989.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Guatemala: Ed. Litografía nawal wuj, 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Española, 1957.



Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1964.