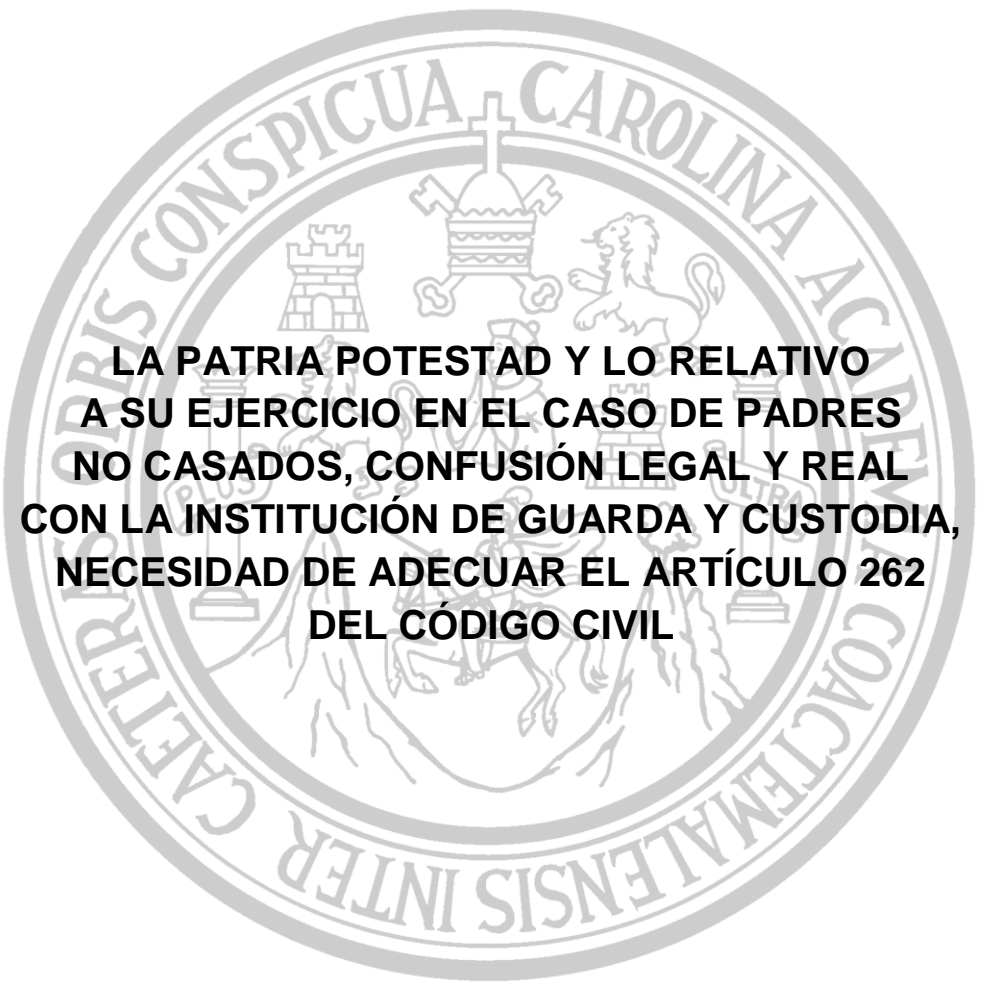


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by a castle on the left and a lion on the right. The shield is supported by two figures. The outer ring of the seal contains the Latin text "CAROLINA ACCADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERA CONSPICUA".

**LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO
A SU EJERCICIO EN EL CASO DE PADRES
NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL
CON LA INSTITUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA,
NECESIDAD DE ADECUAR EL ARTÍCULO 262
DEL CÓDIGO CIVIL**

LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR

GUATEMALA, FEBRERO DE 2017

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

**LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO A SU EJERCICIO EN EL CASO DE PADRES
NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA INSTITUCIÓN DE GUARDA
Y CUSTODIA, NECESIDAD DE ADECUAR EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA

EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2017



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil

VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

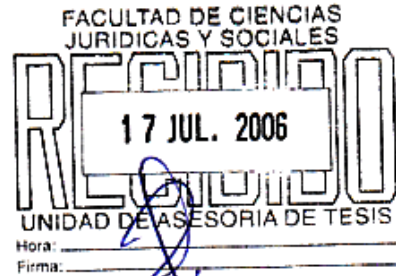
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia

VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Manuel de J. Muñoz A.
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 12 de mayo de 2006

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejia Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Por este medio me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de providencia de Decanato del dieciocho de octubre de dos mil cuatro, he actuado en mi carácter de Asesor de Tesis a la Bachiller: LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR, en la elaboración del trabajo titulado: "LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO A SU EJERCICIO EN EL CASO DE PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA INSTITUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA, NECESIDAD DE ADECUAR EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL"

Del trabajo realizado le informo lo siguiente:

Que el trabajo se realizó bajo mi asesoría y durante la elaboración la autora atendió las recomendaciones y sugerencias con respecto a la forma de enfocar los diferentes capítulos, asimismo sobre el cumplimiento de los requisitos que exige el Reglamento respectivo, para trabajos de tesis.

El trabajo de tesis consta de cinco capítulos los cuales tratan los siguientes temas: I) Las Instituciones del Derecho de Familia; II) El caso de los padres no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la Patria Potestad; III) Análisis del Artículo 262 del Código Civil y sus repercusiones en la interpretación judicial en el ejercicio de la Patria Potestad, Guarda y Custodia, Cuidado, Tutela Especial, en el caso de discordia y decisión sobre el interés predominante del menor; IV) Necesidad de adecuación jurídica, real y legal del artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos; V) Presentación de los resultados del Trabajo de Campo.

En consecuencia con lo anterior, considero que el trabajo de la Bachiller LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR, reúne los requisitos exigidos por el Reglamento para exámenes técnicos profesional y público de tesis.

Atentamente,

Lic. Manuel de Jesús Muñoz Aquino
Asesor de Tesis
Colegiado 3620 Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (a) CELSO ROJAS CHET**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR**, Intitulado: **"LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO A SU EJERCICIO EN EL CASO DE PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA INSTITUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA, NECESIDAD DE ADECUAR EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



Licenciado Celso Rojas Chet

Abogado y Notario

8ª. Calle "B" 33-16 zona 21 Col. Justo Rufino Barrios

Guatemala, 02 de julio de 2009

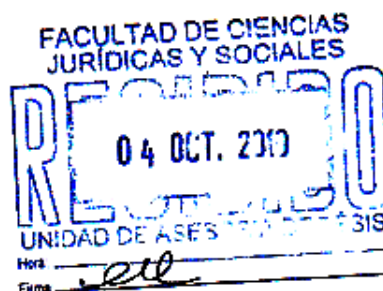
Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado:

De manera respetuosa me dirijo a usted cumpliendo con lo ordenado en su providencia de fecha dieciocho de julio de dos mil seis, y hago de su conocimiento que procedí a revisar el trabajo de tesis elaborado por la bachiller LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR, intitulado: "LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO A SU EJERCICIO EN EL CASO DE PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA INSTITUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA, NECESIDAD DE ADECUAR EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL", por lo que en forma atenta le informo lo siguiente:

- a. El aporte jurídico de la presente investigación consiste en la importancia de dar a conocer las confusiones que se dan en la práctica jurídica y procesal en la interpretación de las figuras de patria potestad, guarda y custodia, y cuidado en la protección de los menores por no estar reguladas como instituciones y que las mismas son exclusivamente para los parientes; así también se pone de manifiesto en el desarrollo del trabajo de tesis, la necesidad de adecuar jurídica, real y legalmente el Artículo 262 del Código Civil, en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos.



- b. El trabajo revisado se desarrolló utilizando en su elaboración, el método científico, técnicas de investigación de carácter documental, bibliográfico estadístico y entrevistas, aplicando también los métodos inductivo y deductivo cumpliendo estrictamente con los requisitos técnicos y científicos de una investigación de esta naturaleza, desarrollando los mismos en forma directa y específica.

- c. Así también para el cumplimiento integral de la presente investigación se revisó la redacción, las conclusiones y recomendaciones emitidas las cuales son congruentes de acuerdo a la investigación y el aporte es importante por el contenido del tema investigado.

En conclusión la bibliografía es suficiente y precisa, por lo que el trabajo de tesis cumple con los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, y en especial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, y que el mismo continúe el trámite correspondiente.

En forma respetuosa,

Lic. Celso Rojas Chet

Abogado y Notario

Colegiado No. 3120

Lic Celso Rojas Chet
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de enero de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LESBIA LUCRECIA BÓLERES SALAZAR, titulado LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO A SU EJERCICIO EN EL CASO DE PADRES NO CASADOS, CONFUSIÓN LEGAL Y REAL CON LA INSTITUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA, NECESIDAD DE ADECUAR EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

[Handwritten signatures and stamps]

SECRETARIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
GUATEMALA, C. A.

DECANATO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Gratitud eterna por todas sus bendiciones, por ser mi guía y la luz en mi caminar.
- A MIS PADRES:** David de Jesús Bóleres Estrada (+) y Sohemia Salazar de Bóleres; por su amor, sabios consejos y apoyo incondicional, admiración y ejemplo de valores y principios a seguir, de rectitud, honradez y trabajo.
- A MI ESPOSO:** Oscar Alfredo Medina Barrientos, con todo mi amor y por ser mi ejemplo e inspiración.
- A MI HERMANA:** Myrna Edith Bóleres Salazar, por todo su cariño, por ser un ejemplo a seguir en mi vida por ser mi inspiración, apoyo y confianza mutua.
- A MI FAMILIA:** Para que vean que con esfuerzo y empeño se pueden alcanzar las metas.
- A MIS AMIGAS:** Y en especial a SayraCorado, por su apoyo incondicional, Albi Sandoval, Isabel Argueta, Ingrid Fuentes, Bárbara Payeras, Sofía Méndez, Linda Diemeck, Karla Núñez, FallowLópez, Alejandra Chiroy, Leticia Carrera, Jania Serrano, Siomara Alvarado, Licda. Aury López.
- A:** La tricentenaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, a la que prometo honrar toda mi vida profesional y con la que estaré eternamente agradecida.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por el honor de ser egresada de tan prestigiosa casa de estudios.



A USTED:

Especialmente por acompañarme el día de hoy en el comienzo de una nueva etapa profesional en mi vida.





ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Las instituciones del derecho de familia.....	1
1.1. La familia.....	1
1.1.1. Definición.....	1
1.1.2. Importancia.....	4
1.1.3. Naturaleza.....	6
1.1.4. División.....	6
1.2. La patria potestad.....	7
1.2.1. Definición.....	7
1.2.2. Separación.....	11
1.2.3. Suspensión.....	12
1.2.4. Pérdida.....	13
1.2.5. Restablecimiento.....	15
1.3. Guarda y custodia.....	16
1.4. Cuidado.....	18
1.4.1. Obligación principal.....	18
1.5. La tutela.....	19
1.5.1. Clases de tutela.....	20

CAPÍTULO II

2. El caso de los padres casados y no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad.....	27
2.1. Los padres casados.....	27



2.2. Los padres no casados.....	
2.3. Interpretación judicial respecto a los hijos.....	32

CAPÍTULO III

3. Análisis del Artículo 262 del Código Civil y sus repercusiones en la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, cuidado, tutela especial, en el caso de discordia y decisión sobre el interés predominante del menor.....	47
3.1. Aspectos generales.....	48
3.2. Problemática en caso de los padres no casados y el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia.....	51
3.3. Análisis del Artículo 262 del Código Civil.....	53
3.4. Normas internacionales en protección de los menores.....	57

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.....	65
4.1. Análisis legal.....	65
4.2. Análisis real y social.....	70

CAPÍTULO V

5. Necesidad de reformar el Artículo 262 del Código Civil.....	73
--	----

CONCLUSIONES	85
---------------------------	----

RECOMENDACIONES	87
------------------------------	----



ANEXO.....

BIBLIOGRAFÍA.....



INTRODUCCIÓN

Esta tesis surge con el interés de analizar que los derechos de los niños han sido concebidos como un límite para evitar cualquier forma de arbitrariedad, cuya finalidad es reafirmar el reconocimiento de éstos; como personas humanas y protegerlos contra la discriminación.

La hipótesis que se plantea en este estudio es, contribuir a la aclaración de la confusión legal y real que presenta la institución de guarda y custodia del ordenamiento civil guatemalteco, cuando se suspende o se pierde la patria potestad y que debilita la concepción que el menor tiene de la institución familiar, puesto que faculta al juez para entregar al niño a falta de la dirección de los padres a instituciones educativas para su guarda y custodia, y la urgente necesidad de adecuar el Artículo 262 del Código Civil a la realidad social en la actualidad y que el juzgador en lugar de entregar a un menor a instituciones educativas pueda elegir su entrega a familias sustitutas plenamente identificadas cuando el menor carece de parientes próximos.

Dentro de los objetivos trazados para este trabajo, están: resolver la confusión jurídica que existe entre la guarda y custodia en cuanto a que por motivos concretos se suspenda o se pierda la patria potestad; el juzgador en lugar de disponer la entrega a familiares, o de no existir, a familias sustitutas con el objeto de mantener el tejido familiar y social, omite tal circunstancia que es interés primordial en el bien supremo del menor y decide que si el menor sale de la casa de sus padres y no tiene parientes próximos, resuelve su entrega fuera del



contexto familiar a otra persona de reconocida honorabilidad o si fuere posible de un centro educativo o institución.

Esta tesis consta de cinco capítulos: el primero se refiere a las instituciones del derecho de familia, haciendo énfasis en la familia, la patria potestad, guarda y custodia, cuidado y la tutela; el segundo trata el caso de los padres no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad, circunstancias que se dan en estos casos y se desarrolla la interpretación judicial respecto a los hijos; el tercero se esboza un análisis del Artículo 262 del Código Civil y sus repercusiones en la interpretación judicial, en el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, cuidado, tutela especial, en caso de discordia y decisión sobre el interés superior del menor; en el capítulo cuarto se enfoca la necesidad de adecuación jurídica, real y legal del Artículo 262 del Código Civil, en el caso de los padres no casados en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, se realiza un análisis legal, real y social; para finalizar, en el quinto se hace propuesta para reformar el Artículo 262 del Código Civil.

En el desarrollo de este trabajo se utilizaron los métodos analítico y sintético, jurídico y científico, en forma demostrativa y expositiva; así como la aplicación de técnicas bibliográficas, entrevista, encuesta, estadística. Finalmente, se incluyen las conclusiones y recomendaciones, con la expectativa de que este trabajo contribuya a la discusión para que se dé el cambio legal.



CAPÍTULO I

1. Las instituciones del derecho de familia

Es importante y necesario establecer en la investigación el concepto y origen de la familia como institución de derecho que protege la misma, como principio fundamental para establecer los derechos y obligaciones en las relaciones padres e hijos en la minoría de edad; específicamente lo relativo al ejercicio de la patria potestad.

1.1. La familia

La familia se originó según algunas opiniones “En la promiscuidad o libertad sexual que predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación, pasando por el matriarcado, con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se le dio la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, con la monogamia, base de la familia como ahora es concebida”.¹

1.1.1. Definición

“Familia es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos

¹ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**, tomo II, Volumen I. pág. 6.



de la autoridad a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.²

También el concepto familia tiene muy diversas definiciones porque responden a contenidos jurídicos y a aspectos históricos que no son coincidentes ni en el tiempo ni en el espacio. También se entiende que familia, en un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad. También otra acepción del término familia es la institución social, permanente y natural, opuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la afiliación.

El vínculo familiar es de gran importancia jurídica porque de él, nace una amplia serie de derechos y obligaciones como consecuencia de tal vinculo especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno filial (la patria potestad de modo muy destacado), a los alimentos y a las sucesiones.

También considero de importancia definir el derecho de familia y entre otros tratadistas, según Julián Bonnecase define el derecho de familia como el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio e indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.

² **Ibid**, pág. 4



Así también Rafael De Pina Vara, define el derecho de familia como el conjunto de las normas del derecho positivo referente a las instituciones familiares.

La familia como célula natural, primaria y fundamental de la sociedad, responde a diversos conceptos. Se entiende por familia todas aquellas personas unidas por el parentesco (consanguinidad, afinidad civil) que se extiende a diversos grados y generaciones. Este concepto se apoya en la afiliación, en el matrimonio así como en la adopción. En un sentido limitado abarca solo a las personas que viven en el mismo techo, es decir padres, hijos y posiblemente nietos.

Así también se define a la familia en sentido amplio y comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho que en cada caso va precisando y en sentido estricto la familia comprende en realidad solo los padres e hijos entre tanto estos no se casen o constituyan una nueva familia; de estos aspectos se puede concluir o deducir que la familia está determinada en base al matrimonio según nuestro ordenamiento civil vigente y del parentesco consanguíneo comprendiéndose además de manera excepcional el parentesco por adopción.

En lo que atañe al trabajo de tesis sustentado, en relación a lo concerniente a la patria potestad y lo relativo a su ejercicio en el caso de padres no casados, en cuanto a su confusión legal y real, las doctrinas modernas han tratado de esclarecer tales confusiones en cuanto a la regulación jurídica de la patria potestad ya que actualmente en la legislación nacional ya no hay distinción entre hijos legítimos o naturales ya nuestra legislación ha adoptado tales actualizaciones y regula de



manera igual el ejercicio de la patria potestad de los padres tanto dentro del matrimonio como de los padres no casados, así también es de señalar la importancia que el derecho moderno y que adopta nuestra legislación será reglamentado el ejercicio de este poder jurídico (patria potestad) considerándolo como una función social, con el objeto de que más que un conjunto de derechos implique una serie de obligaciones y responsabilidades en beneficio de los hijos menores o interdictos.

1.1.2. Importancia

En Guatemala, la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y en 1956, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan. En la legislación penal se ha previsto el delito de negación de asistencia económica y el delito de incumplimiento de asistencia, en el orden familiar. (Artículos. 242, 243 del Código Penal, Decreto No. 17-73). En cuanto al primero indica nuestro ordenamiento penal vigente que quien estando obligado legalmente a prestar alimentos en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido será sancionado con prisión de seis meses a dos años, salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación. En cuanto al segundo establece el incumplimiento agravado. La sanción señalada en el artículo anterior, se aumentará en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación, traspasare sus bienes a tercera persona o empleare cualquier otro medio fraudulento. Este ordenamiento



penal protege el cuidado para el desarrollo de los menores al obligar, a quien tiene dicha obligación a prestar alimentos que cubre vivienda, vestuario, educación, salud del menor y todas sus necesidades a efecto de lograr un desarrollo integral, sancionando penalmente a quien incumpla o evada tal obligación.

Otro tipo penal que se relaciona con la guarda y cuidado de los menores o de los padres con relación a los hijos es en lo establecido en el Artículo 244 del Código Penal en cuanto al incumplimiento de deberes de asistencia, que establece que quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que éstas se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año.

El Artículo 245 del mismo cuerpo legal relacionado establece: eximente por cumplimiento. En los casos previstos en los tres artículos anteriores, quedará exento de sanción, quien pagare los alimentos debidos y garantizare suficientemente, conforme a la ley, el ulterior cumplimiento de sus obligaciones.

El Artículo 244 del Código Penal analizado merece el comentario en cuanto a que el Estado debe fomentar como política pública e instituir los mecanismos e instituciones necesarias o fortalecer las ya establecidas con el objeto de velar por el cumplimiento de esta norma ya que por lo débil de la asistencia estatal no se cuida del abandono material y moral en que se encuentran muchos menores en situación de peligro en nuestra sociedad guatemalteca.



1.1.3. Naturaleza

Tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizás la más importante, del derecho civil; o sea, como una parte del derecho privado. En todo el curso de la evolución histórica del derecho de familia –dice Puig Peña- siempre ha venido este situado entre las ramas fundamentales del Derecho civil, formando, con los derechos reales, de crédito de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero, en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este Derecho como poco correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del Derecho.³

1.1.4. División

Respecto a la división del derecho de familia se escribe: “El derecho de Familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en Derecho de Familia Objetivo y Derecho de Familia Subjetivo. En sentido objetivo se entiende por Derecho de Familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, Derecho de Familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El Derecho de Familia Objetivo se divide, a su vez, en Derecho de Familia Personal y Derecho de Familia Patrimonial. El primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también el Derecho de Familia en Derecho Matrimonial, que

³ Rojina Villegas, **ob. cit.** t. II. Vol. I pág. 14



tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges, y el Derecho de Parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad), o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del Derecho de Familia”.⁴

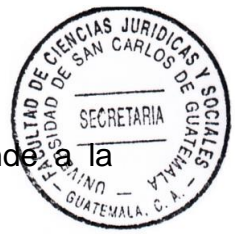
1.2. La Patria Potestad

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

1.2.1. Definición

Si entendemos la patria potestad como el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta mayoría de edad o la emancipación, así también para que administren sus bienes en igual periodo. Generalmente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos, anteriormente este derecho era atribuido al padre y solo por la muerte de este o por haber incurrido en la pérdida de la misma pasaba a la madre en la actualidad y ante la igualdad de derechos adquiridos por la mujer nuestro ordenamiento legal vigente atribuye al padre y a la madre el ejercicio en forma conjunta.

⁴ Fonseca Guataza. **Curso de derecho de familia**, pág. 14



Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde a la madre.

Se entiende también como el conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos, se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.

Patria potestad, concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el Derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos. En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen. Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el contenido de la patria potestad se pueden apreciar cinco aspectos:

a) El Personal: En este aspecto deben los padres velar por sus hijos: cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en



correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

Nuestro ordenamiento civil vigente en el Artículo 253 establece obligaciones de ambos padres. El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales, si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

En el aspecto personal y refiriéndonos en concreto a las personas que ejerzan la patria potestad y los menores sujetos a la misma; podemos establecer que dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos como consecuencia se destacan los sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general puesto que los derechos y obligaciones que se originan y derivan como consecuencia de la patria potestad, entre las personas relacionadas no son los mismos que de una manera general determina el parentesco, son derechos exclusivos que se deriva de la relación familiar estrictamente relacionada.

b) Patrimonial: Los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, pero éstos deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares cuando sea preciso.



Nuestro derecho civil en cuanto al cuidado y limitaciones que deben tener los padres al administrar los bienes de los hijos como lo suyos propios, se manifiesta en el sentido de proteger y darle valor a los intereses económicos para la protección de la familia en general originando un régimen jurídico especial en sus preceptos legales que impiden la enajenación o gravamen de aquellos bienes que sean considerados indispensables para la subsistencia del grupo familiar y su seguridad para los fines de su desarrollo y fortalecimiento toda vez que los padres no pueden disponer de los bienes de los hijos sino en los casos previstos por la ley a través de un procedimiento ante los jueces de familia competentes para tal autorización de venta en caso de utilidad o necesidad.

c) Representación: En los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

En este sentido nuestro ordenamiento civil protege al menor de que en asuntos que atañen a su situación personal o a los bienes que posee la ley lo restringe en el uso y disposición de sus bienes y manifiesta que cuando haya conflicto en tal orden el padre o la madre que lo represente en ese momento tendrá las decisiones en los conflictos que surjan y lo representará en el orden legal para proteger sus derechos como persona y los derechos que le corresponden a sus bienes con la única excepción que no podrán representarlos cuando exista algún conflicto de intereses entre los padres y el hijo menor, en este caso la ley previene que se nombrará al hijo para dirimir los conflictos que surjan entre él y sus padres.



Este aspecto lo abarca nuestro ordenamiento civil en el Artículo 254 que establece representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición. El Artículo 255 del mismo cuerpo legal establece: mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en el de separación o divorcio en los que la representación la ejercerá quien tenga la tutela de menor o del incapacitado.

También la ley protege el interés del menor al indicar que si existe pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en el ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

Otro aspecto en los que protege la ley a los menores es cuando es hijo de padres menores de edad y en este caso la patria potestad será ejercitada por la persona que tiene la patria potestad o la tutela sobre el padre.

1.2.2. Separación

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



Puede considerarse como poco acertada la creación de la figura que el código denomina separación de la patria potestad, y en la cual se da tal énfasis a ciertos aspectos de simple administración de bienes que llegan a incidir en el ejercicio total de la patria potestad, olvidando el legislador que una persona puede ser buen padre de familia, pero mal administrador de bienes por carecer de los conocimientos o de la competencia necesaria en ese sentido.

1.2.3. Suspensión

Conforme a lo dispuesto en el Código Civil en su Artículo 273 la Patria Potestad se suspende:

- 1º. Por ausencia de quien la ejerce, declarada judicialmente.
- 2º. Por interdicción, declarada judicialmente.
- 3º. Por ebriedad consuetudinaria.
- 4º. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.

Este precepto legal establece cuatro supuestos jurídicos por lo cual la patria potestad de los padres se suspende por ausencia o por interdicción de quien la ejerce la cual como requisito esencial se establece que estos supuestos deben ser declarados por el Juez correspondiente así también se suspende en el ejercicio de la patria potestad a quien padece de ebriedad consuetudinaria o por tener el hábito del juego o del uso indebido y constante de drogas y estupefacientes. En este sentido



también la ley en el artículo relacionado protege el cuidado y desarrollo del menor como fin supremo su protección y suspende a quien ejerce la patria potestad por el riesgo que corre el menor y su patrimonio al estar bajo la dirección y cuidado de una persona con las dependencias nefastas que establece los numerales tres y cuatro del artículo analizado.

1.2.4. Pérdida

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

- 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.
- 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.
- 6º. Cuando el hijo es adoptado por otra persona.



Este precepto legal en igual forma en beneficio y protección del menor como bien supremo y para garantizar el crecimiento y desarrollo mental del menor señala como presupuestos para la pérdida de la patria potestad por quien la ejerce señala preceptos legales como por costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato y medidas para corregir a los hijos o abandono de sus deberes familiares en igual forma obliga a la pérdida para ejercer tal derecho por dedicar a los hijos a la mendicidad o darles ordenes consejos o malos ejemplos a los menores, en igual forma por delitos cometidos por uno de los padres contra el otro o contra alguno de los hijos, por abandono o por haber sido condenado los padres dos o más veces por delitos comunes y agrega que también se pierde el ejercicio de la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona. Estos supuestos jurídicos por los cuales se pierde la patria potestad son dictados con el objeto de que el menor en ningún momento permanezca bajo la guarda y cuidado de una persona que en lugar de buscar la seguridad y desarrollo del menor compromete su integridad, desarrollo y crecimiento personal y con los supuestos relacionados encamina al riesgo y seguridad del menor y luego del procedimiento respectivo y el establecimiento de que con la conducta de los padres el menor cae en la esfera y peligros de los supuestos jurídicos establecidos en el artículo que se analiza la ley prevee la pérdida de la patria potestad para el restablecimiento de los derechos inherentes al menor sujeto a la patria potestad.

De la misma manera nuestro ordenamiento civil vigente establece que en cuanto a las acciones de pérdida o suspensión de patria potestad lo podrán ejercitar a través del procedimiento legal correspondiente los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y la Procuraduría General de



la Nación, este último y el progenitor inocente serán parte en el juicio y en todos los casos.

1.2.5. Restablecimiento

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

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

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

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., del Artículo 274 del Código Civil.

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



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

1.3. Guarda y custodia

La Guarda y Custodia, no está contemplada en nuestro Código Civil, razón por la que no tiene categoría de institución de derecho civil, sin embargo, se utiliza común e indistintamente en la terminología, sobre todo en materia de derecho de familia, en los procesos en los que existe pugna entre los padres, por decidir con quien de ellos permanecerá el menor, o en los procesos de divorcio para el mismo efecto. En todo caso la guarda y custodia obedece a una situación un tanto más temporal que la patria potestad.

Debido a que en nuestras Leyes no está contemplada la guarda y custodia, es importante hacer referencia a legislaciones de otros países.

En el Código Civil Argentino, Artículo 412 se establece la Tenencia y Vigilancia del Menor (*guarda y custodia*), El tutor debe cuidar del menor como un buen padre de familia. Debe tenerlo consigo y el menor está obligado a vivir con él. Es aplicable en este punto, todo lo dicho respecto de los hijos que se encuentran bajo la patria



potestad. Sin embargo, si el menor fuere indígena, el tutor podrá ponerlo en otra casa (Artículo 430 Código Civil Argentino). Y si un pariente le diese alimentos, podrá con autorización del juez, tenerlo en su casa (Artículo 429 del Código Civil Argentino), sin revocar por ello la tutela. Estas disposiciones se explican porque muchas veces será imposible a los tutores afrontar los gastos de alimentación y cuidado de los menores. Pero de cualquier modo, no hay que olvidar que el desmembramiento de la tutela, inevitable, pues si se atribuye la tenencia a otra persona, es inconveniente, pues contraría el espíritu de la institución; y que si el tutor puede y desea tener consigo al menor, debe ser amparado por el juez, aun en el caso de que el *guardador* hubiera sido señalado por los padres en su testamento.

“Esta figura se contempla también en el Código Civil español en el capítulo V, título X, libro I. Sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se han venido cumpliendo cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia. A estas situaciones atiende el Artículo 303 del Código Civil, autorizando al Juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del seudo-pupilo y establecer medidas de control y vigilancia del seudo-tutor. Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad” (Artículo 304 Código Civil Español). Normas relativas al Código Civil Español.

Respecto de la autoridad judicial, siempre en busca del bien del pupilo, el juez tiene facultades especiales para determinar la persona y las calidades de esta en el ejercicio de esta función pública. Por lo demás, es él quien, teniendo noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al



tutor; preside la formación del inventario de los bienes del menor y determina que dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados. Mientras la constitución no se perfecciona, asume el Ministerio Público la representación o defensa del menor o el “presunto incapaz”.

1.4. Cuidado

El cuidado enfocado a la patria potestad, es la obligación que se contrae a la solicitud para atender, asistir, guardar, conservar el patrimonio y derechos y obligaciones de un menor.

Es también la obligación de utilizar los medios idóneos y con esmero, para responder por un menor, el cual esta a su cargo.

Nuestro Código Civil al referirse al cuidado lo refiere al interdicto, estableciendo la obligación del cuidador.

1.4.1. Obligación principal

La obligación principal del curador es procurar que el interdicto recobre su capacidad. Sin duda, el buen manejo de los bienes es muy importante, pero lo primordial es la persona, su salud mental y física. El tratamiento médico del insano, la reeducación del sordomudo ocupan el primer plano y deben llevarse adelante sin omitir gastos razonables. A ese objeto se han de aplicar con preferencia las *rentas de sus bienes*. No ha de pensarse por ello, que sólo las rentas han de poder destinarse a ese fin; si la recuperación de la salud y de la aptitud para desempeñarse por sí mismo lo exige, incluso puede enajenarse el capital, pues no



sería admisible ninguna limitación en estos gastos siempre que fueran acomodados a la fortuna y posición social del interdicto y hubiera una razonable probabilidad científica de recuperación.

1.5. La tutela

La palabra tutela se deriva del verbo latino *tueor*, defender, cuidar, proteger, ya con base conceptual, la tutela es anterior al derecho romano. “Los pueblos primitivos – escribe Castán-, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quien ejercía sobre ellos una especie de *ius dominicale*. Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él el mismo poder dominical... En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era esta establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. La tutela era, pues, legítima y familiar. Mas tarde, desenvolviéndose la intervención del padre (tutela testamentaria) y de la autoridad pública (tutela dativa), pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en este momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente concebimos”.⁵

Si tomamos el vocablo de tutela en el sentido muy generalizado de la legislación de muchos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores

⁵ Espín Canovas, **derecho civil**, vol. IV, pág. 226



de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas.

Así también la tutela es la institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona o bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismos.

La doctrina también establece la denominada tutela dativa, que es aquella que tiene su origen en la voluntad de un menor que haya cumplido los dieciséis años de edad o, en el caso de que no los tenga, la designación será hecha por el Juez pupilar. Esta tutela tiene lugar cuando no haya tutor testamentario ni persona que conforme a la ley corresponda la tutela legítima o cuando el tutor este impedido temporalmente o que esté obligado a desempeñarla. También existe doctrinariamente la tutela de hecho que es aquella forma particular de la gestión de negocios desarrollada en esfera de las actividades propias del tutor, que es también denominada tutela irregular, de la que se presentan como casos, el del tutor designado y que como tal actuó antes de haber sido removido el tutor anterior, el del tutor que, habiendo sido declarado incapaz para el cargo, continua no obstante, en su ejercicio, hasta el nombramiento de otro y el del tutor que continua en el ejercicio de la tutela después de la mayoría de edad del pupilo o de su habilitación de edad o de haber cesado la causa de la tutela.

1.5.1. Clases de tutela

El Código de 1877 distinguió cuatro clases de tutela: natural, testamentaria, legítima y judicial, pero la tutela natural era confundida prácticamente por la patria potestad.



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

a) Tutela testamentaria

Dispone el Código Civil que esta clase de tutela se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituye heredero o legatario, si este careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo. (Artículo 297 Código Civil).

Indica también que los padres y los abuelos, en su caso, puedan nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos, pudiendo también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo, uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación (Artículo 298 Código Civil).

El Código Civil de 1877 y el de 1933 (Artículos 317 y 229, respectivamente), solo reconocieron a los padres la facultad de nombrar tutores a sus hijos. El Código Civil actual confiere esa facultad además, a los abuelos y al adoptante, en los términos expresados. La razón de ese criterio se explica en la exposición de motivos del proyecto de código, así: “Se da en el proyecto facultad al abuelo o la abuela que ejerzan la tutela legítima, para designar por testamento la persona que deba ejercer la tutela de sus nietos. En disposición anterior se otorga a los abuelos la facultad de reconocer a los hijos de sus hijos, en defecto de éstos, de tal manera que se coloca



a los abuelos en la situación que deben tener, dado el cariño innegable y el interés siempre creciente que manifiestan por sus nietos, procediendo así de acuerdo con la realidad. Se agrega, también, lo relativo a la facultad del padre adoptante que instituya heredero a su adoptado, para nombrar tutor de éste; así como el derecho de cualquier testador para designar tutor del menor a quien instituye heredero o legatario, si dicho menor careciere de tutor nombrado por el padre o la madre, o de tutor legítimo”.⁶

En la tutela testamentaria es determinante la voluntad de la persona instituyente, o sea la del padre o de la madre sobreviviente (lo cual quiere decir que mientras vivan los dos padres no pueden, ni aislada ni conjuntamente, designar tutor, pues se supone que si uno falleciere, la patria potestad continúa en toda su plenitud en el otro, aunque cabe notar que el legislador no previó la posibilidad de que ambos padres puedan fallecer al mismo tiempo, como puede suceder en accidentes o catástrofes; y la voluntad, en su caso, del abuelo o de la abuela, o del testador o del adoptante.

La tutela testamentaria es la originada en la facultad conferida al ascendiente que sobrevive, de los dos que en cada caso deben ejercer la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

b) Tutela legítima

Es aquella que se le confiere por mandato de la ley, directamente a determinadas

⁶ **Exposición de Motivos**, cit., pág. 25.



personas cuando no haya quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Dispone el Artículo 299 del Código Civil, que la tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente: 1º. Al abuelo paterno; 2º. Al abuelo materno; 3º. A la abuela paterna; 4º. A la abuela materna; y, 5º. A los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos lo que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad (a criterio del juez, indudablemente); y que la línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio, por razón, sin duda, de que generalmente es la madre quien más intensamente tienen lazos afectivos, y, por consiguiente, su familia, en especial la abuela de sus hijos, sin perjuicio de que, por 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 constituyan una garantía para el desempeño satisfactorio del cargo.

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

Si bien la tutela testamentaria, por proceder de la voluntad de quien ejerce la patria potestad (salvo el caso excepcional arriba referido), precede en orden de prioridad a la tutela legítima, es ésta la que pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado. En la testamentaria, queda el instituyente en libertad de nombrar a persona ajena a la familia del menor, quizá por haberse considerado que



el padre, o la madre, o los abuelos o el adoptante, están en la mejor condición para determinar lo más conveniente a los intereses del menor.

El Código Civil de 1877 (Artículo 326) fue más amplio y específico al asignar la tutela legítima a los ascendientes en general, refiriéndose a los abuelos y demás ascendientes paternos. Respecto al Código Civil de 1933, procede señalar la tutela que el artículo 233 del mismo influyó decisivamente en la redacción del Artículo 299 del código vigente.

c) Tutela judicial

El Artículo 300 del Código Civil dispone que la tutela judicial proceda por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Esta clase de tutela es, entonces, eminentemente supletoria: radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción que carezca de los parientes más cercanos y de tutor testamentario, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.

El Artículo 301 del Código Civil regula expresamente la tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción, disponiendo que corresponde: 1º. al cónyuge; 2º. al padre y a la madre; 3º. a los hijos mayores de edad; y, 4º. a los abuelos en el orden anteriormente establecido.

Conviene analizar ese precepto a la luz del contenido en el Artículo 254 del Código Civil, el cual dispone que la Patria Potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil. Debe entenderse, en consecuencia, que el incapacitado (situación) continúa bajo la Patria

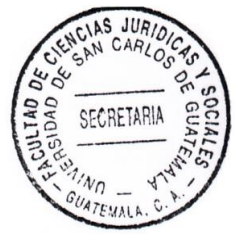


Potestad mientras que sus padres o uno de ellos vivan. Fue poco acertado el legislador al incluir la referida disposición contenida en el Artículo 301 del Código Civil, toda vez que incurrió en la misma contradicción del Código Civil de 1933, que disponía, también en el Artículo 190 del Código Civil, que los hijos declarados en estado de interdicción permanecían bajo la patria potestad aunque hubiesen cumplido la mayoría de edad, y en el Artículo 239 del Código Civil regulaba en igual forma que el vigente a quiénes corresponde la tutela de aquellos.

Otras disposiciones respecto a la tutela, después de especificar quienes pueden ejercer la tutela testamentaria, la legítima y la judicial, el Código Civil, en orden que resulta lógico se ocupa de la inhabilidad y excusas para la tutela, así como de la remoción de los tutores y protutores (véase Artículos 314 al 317 del Código Civil), Asimismo, regula el ejercicio de la institución tutelar, exigiendo el previo discernimiento del cargo, estipulando la obligación de hacer inventario y hacer presupuesto anual para los gastos de administración (Artículos 319 al 328 del Código Civil).

Además, el Código Civil especifica los casos en que el tutor necesita autorización judicial para determinados actos de carácter patrimonial (Artículos 332 al 335), establece determinadas prohibiciones para el tutor (Artículos 336 al 338); fija la retribución de la tutela (Artículos 340 y 341); obliga a la rendición de cuentas (Artículos 343 al 348) y a la entrega, concluida la tutela, de todos los bienes y documentos del pupilo (Artículos 349 y 350). Dada la naturaleza de este trabajo, se considera innecesario referirse con detenimiento a esas disposiciones legales, que tienen fundamentalmente un carácter cuasiprocesal.





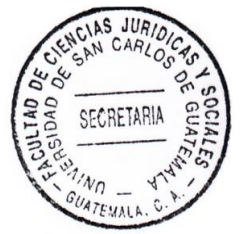
CAPÍTULO II

2. El caso de los padres casados y no casados y la interpretación judicial en el ejercicio de la patria potestad.

Se pretende establecer la interpretación de los juzgados y cortes judiciales en las resoluciones, autos y sentencias con relación al ejercicio de la patria potestad entre los padres casados y los no casados.

2.1. Los padres casados

Al analizar el caso de los padres en cuanto al ejercicio de la patria potestad en forma conjunta o separada, en cuanto a los padres casados y que conviven como una familia no existe problema ni inconveniente para interpretar quien mantiene el ejercicio de la patria potestad puesto que el Artículo 252 de nuestro ordenamiento civil vigente establece con respecto a la patria potestad y su ejercicio en el matrimonio y fuera de él y para el primero es claro y concreto tal mandamiento legal, al establecer que la patria potestad es ejercitada conjuntamente por el padre y la madre, de común acuerdo ya que la institución del matrimonio se basa en la igualdad de derechos y obligaciones por ambos cónyuges y por lo tanto todas las decisiones dentro del matrimonio en cuanto a donde van a vivir, aspectos económicos, cuántos hijos van a tener son decisiones que deberán tomarse conjuntamente y cuando exista controversia la misma puede ser sometida a conocimiento de un juez competente para que se resuelva la misma.



2.2. Los padres no casados

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

La unión de hecho, significa una unión libre entre dos personas, hombre y mujer, y que tienen los mismos fines que tienen los cónyuges en el matrimonio. Respecto a la unión de hecho, esta puede ser declarada y no declarada.

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

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

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



b) Puede que exista dentro de la paternidad y maternidad, únicamente una relación de noviazgo, la pareja no ha convivido juntos, pero si lo han pretendido hacer y por diversidad de circunstancias, no lo han hecho, pero esa convivencia temporal que han tenido, tiene mucha diferencia con la señalada en el inciso anterior, hace que tengan hijos y que por lo tanto, adquieran derechos y obligaciones para con éstos.

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

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

Filiación: concepto. La filiación es la relación que se establece entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra, la filiación tiene un carácter presuncional, es decir, resulta de hechos que la presuponen o autorizan a presumirla, es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro. La relación de filiación tomada desde el punto de vista del padre se llama paternidad. La filiación de un hijo con respecto a los padres puede ser legítima, legitimada y natural. O en otras palabras, los hijos pueden ser legítimos, legitimados y naturales, los primeros se presumen hijos legítimos los nacidos dentro del matrimonio y se prueba con el acta de nacimiento.



Los hijos legitimados son aquellos nacidos de personas no unidas en matrimonio; pero que posteriormente lo celebran y esta filiación se prueba con el reconocimiento de ambos padres junta o separadamente.

Los hijos naturales son los nacidos fuera del matrimonio y producto de una unión que no ha sido legitimada ante la ley, la filiación de estos hijos se prueba por el acta de reconocimiento. Y este reconocimiento es el acto por el cual una persona declara y reconoce ante la autoridad competente que es hijo suyo.

Para Rojina Villegas, la filiación constituye un estado jurídico, a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que, afirma son hechos jurídicos. Y agrega “por lo que se refiere a la afiliación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no solo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o el hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre con el estado de minoridad o de mayoría de edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón”.

También en un sentido estricto, filiación es la relación de parentesco entre la prole y sus progenitores.

La filiación de la madre para con el hijo, es una filiación natural y ésta no resta más que sea probada con el simple nacimiento y la constancia de ello, es por eso que en



cuanto a la filiación y paternidad, la ley, es decir, el Código Civil lo regula con respecto a la paternidad que se deriva de la filiación matrimonial y la paternidad que se deriva de la filiación extramatrimonial. En todo caso, la protección del menor es predominante y para cada uno de estos aspectos la ley es especial y específica al regularlos adecuadamente.

El Artículo 199 del Código Civil establece: “Paternidad del marido. El marido es padre del hijos concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarada insubsistente nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.

También, existen las formas de impugnación de la paternidad por parte del marido, y al respecto el Artículo 201 del Código Civil indica: “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si éste no impugna su paternidad. La impugnación no puede tener lugar: 1º. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez; 2º. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; y 3º. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido”.

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



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

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

2.3. Interpretación judicial respecto a los hijos

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

El menor tiene entre los derechos fundamentales:

- a) Derecho a ser reconocido por su padre legítimo

Para garantizar el bien supremo del niño, nuestro ordenamiento jurídico en general protege a la familia desde la ley fundamental como lo es la Constitución Política de la República de Guatemala, inicia protegiendo a la familia, en el Artículo 47 al establecer que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia que promueve su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los conyugues, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. En igual



forma el Artículo 50 de nuestra Carta Magna indica la igualdad de los niños y establece que todos los hijos son iguales ante la Ley y tienen los mismos derechos.

En general la Constitución manifiesta la obligación del Estado de proteger la salud física, mental y moral de los menores de edad y les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

En concordancia con el derecho hacer reconocido por su padre legítimo la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia, establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes en cuanto al derecho que tienen a su identidad incluido la nacionalidad y el nombre, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en sus expresiones culturales y en su idioma.

En la actualidad y adoptando doctrinas y métodos de investigación modernos y científicos la ley en sentido general protege el derecho del menor a ser reconocido por su padre legítimo y en igual forma hacer mantenido por él en garantía de sus derechos a los alimentos y a su estabilidad mental y emocional, nuestro ordenamiento jurídico da herramientas científicas para la vinculación del menor con su padre legítimo cuando no exista voluntad de este para su reconocimiento se ha reformado el Código Civil vigente y por medio del Decreto Número 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en cuanto a la reforma del Artículo 200 del Código Civil relacionado y el cual ahora acepta prueba en contrario en cuanto establece en el Artículo primero indica contra la presunción del artículo anterior no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del Ácido del Desoxirribonucleico(ADN); así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso a su conyugue en los primero ciento veinte días de los trescientos que



precediera el nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

El Artículo dos del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, adiciona el numeral cinco del Artículo 221 del Código Civil y establece que cuando el resultado de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico (ADN); determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba ordenada por Juez competente, su negativa se tendrá como prueba de paternidad, salvo prueba en contrario. Este supuesto lo establece la ley para garantizar el derecho del menor a su identidad.

b) Derecho a la vida, a la protección a la seguridad, a la educación, recreación, etc.

El derecho a la vida se lo garantiza a los menores y a todas las personas la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo tres como parte de los derechos individuales y derechos humanos de las personas al establecer que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y seguridad de las personas.

El derecho a la educación lo garantiza nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo setenta y uno al establecer que se garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente. Es obligación del Estado, proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna.

En concordancia con nuestra Carta Magna el Decreto 27-2003 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece en el Artículo 25 que los niños, niñas



y adolescentes tienen derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, mediante la realización de políticas sociales, públicas que les permita un nacimiento o un desarrollo sano y armonioso, en condiciones dignas de existencia. En cuanto a la educación este cuerpo legal establece en su Artículo 36 la educación integral. Y establece los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir una educación integral de acuerdo a las opciones éticas, religiosas y culturales de su familia, esta deberá ser orientada a desarrollar su personalidad, civismo y urbanidad, promover el conocimiento y ejercicio de los derechos humanos, la importancia y necesidad de vivir en una sociedad democrática con paz y libertad de acuerdo a la ley y la justicia...

También garantiza al igual que nuestra Carta Magna que la educación pública deberá ser gratuita, laica y obligatoria hasta el último grado de diversificado así como la búsqueda de garantizar la educación multicultural y multilingüe.

c) Derecho a la salud

La salud está garantizada constitucionalmente en nuestra Carta Magna en el Artículo 93 el cual determina que el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano sin discriminación alguna, establece también que el estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar, físico, mental y social.



Establece también nuestra Constitución Política de Guatemala, que la salud de los habitantes de la nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.

En cuanto a este derecho la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece en su Artículo 28 que queda asegurada la atención médica al niño, niña o adolescente a través del sistema de salud pública del país, garantizando el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para promoción, protección y recuperación de la salud. También por medio de esta ley el Estado garantiza la salud primaria, al indicar que el Estado por medio de los organismos competentes deberá establecer programas dedicados a la atención integral del niño, niña hasta los seis años, así como promoverá la salud preventiva, procurando la activa participación de la familia y la comunidad, sin perjuicio de las obligaciones que el Estado tiene para todos los niños, niñas y adolescentes.

d) Derecho a que se relacione con sus padres cuando estos no fueren casados o bien se encuentren separados o divorciados

La Convención de los Derechos del Niño, vela y garantiza por lo que los Estados Partes respetarán en todo momento el derecho fundamental del niño para garantizar su desarrollo integral y velarán por el supuesto jurídico de que el estatus del niño que este separado de uno o de ambos padres respetaran los Estados a que el niño mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, salvo si estas relaciones personales es contrario al interés superior del niño.



Además la Convención garantiza que cuando la separación del niño de uno o de ambos padres por una medida adoptada por uno de los Estados Partes, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además de que la presentación de tal petición no se entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

e) Derecho a que sus padres lo alimenten

Ordenamiento sustantivo civil en su Artículo 278, la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación y e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. El Artículo 283 del mismo cuerpo legal, establece a las personas obligadas e indica que están obligados recíprocamente a darse alimento, los conyugues, los ascendientes, descendientes y hermanos.

También este artículo protege al menor en su cuidado, manutención y cuidado cuando establece que cuando el padre por circunstancias personales y pecuniarias, no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos y la madre tampoco pudiese hacerlo la ley traslada tal responsabilidad a los abuelos paternos de los alimentistas, por todo el tiempo que dure la imposibilidad del padre de estos.

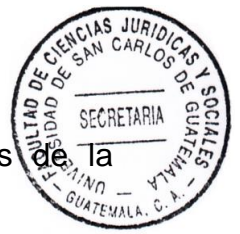


Así también para mantener este derecho de los menores la ley ha establecido la obligación de garantía, la cual consiste en que la persona obligada a prestar alimentos y contra la cual haya habido necesidad de promover juicio para obtenerlos, deberá garantizar suficientemente la cumplida prestación de ellos con hipoteca, si tuviere bienes hipotecables, o con fianza u otras seguridades a juicio del juez que conozca del asunto.

Constitucionalmente el derecho del menor hacer alimentado está protegido y sancionado penalmente al establecer la obligación de proporcionar alimentos y concretar esencialmente que es punible la negativa a proporcionarlos en la forma que establece la ley penal sustantiva.

El Decreto 27-2003 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, también fortalece los derechos fundamentales del menor en forma personal cuando otorga a estos el derecho a la integridad personal y manifiesta que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser protegido contra toda forma de descuido, abandono o violencia, así también a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

También esta ley otorga a los menores el derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición, el primero les otorga el derecho la libertad que les confiere la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala y la legislación interna. También reconoce el derecho de los menores a la identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma. Indica que es obligación del estado



garantizar la identidad de los menores sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella.

Otorga a los menores al derecho de no ser separados de su familia sino en las circunstancias especiales definidas por la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos.

La ley relacionada también otorga el derecho al respeto consistente en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y espiritual de los menores otorgándole también el derecho a la dignidad poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, aterrador, humillante o constrictivo, sin olvidar el derecho de petición que tiene el menor de pedir ayuda y poner en conocimiento a cualquier autoridad la violación o riesgo de esta de sus derechos y estará obligado a tomar la medidas pertinentes.

El Decreto 27-2003 a que nos hemos referido también abarca y otorga derechos sociales a los menores otorgándoles el derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud mediante el desarrollo de políticas sociales que permitan un nacimiento y desarrollo sano y armonioso. También otorga el derecho al sistema de salud, a programas de asistencia médica de vacunación de salud primaria y en cuanto a derecho de educación, cultura, deporte y recreación, otorga a los menores una educación integral, pública, multicultural y multilingüe, así como el derecho al descanso, esparcimiento y juego.

A los menores en riesgo les otorga en general derechos a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata, otorga derechos a la protección



contra la explotación económica, derecho a protección al maltrato, derecho a la protección de la explotación y abusos sexuales y derechos a la protección contra toda información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y adolescencia.

Los derechos que otorga la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia fortalecen los derechos que otorga nuestro ordenamiento civil a los menores en sus relaciones familiares.

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

Del análisis de este artículo se desprende que lo predominante en función de la ley es el interés de los hijos y que cuando hay conducta de los padres que es perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad; si tomamos en cuenta que históricamente la institución de la patria potestad nos muestra una doble vía en el sentido de interpretarla como patria potestad sinónimo de poder o de derecho a la patria potestad como función o deber y esta institución como poder exclusivo del padre originalmente a trasladarnos a la época actual interpretando la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre.



Si continuamos en el análisis del artículo relacionado vemos y analizamos que cuando la conducta de los padres es perjudicial o negativa para el hijo o los hijos hay dos supuestos que se demande la suspensión o que se declare la pérdida de la patria potestad, analizando el primer supuesto en cuanto a la suspensión de la patria potestad y como lo establece el Artículo 273 del mismo cuerpo legal que textualmente indica suspensión. La patria potestad se suspende:

I. por ausencia del que la ejerce declarada judicialmente; este numeral se interpreta en el sentido de que no basta, que quien ejerza la patria potestad del menor se encuentre ausente de hecho es necesario que se tramite ante el juez competente la ausencia y que esta sea declarada judicialmente la cual debe encontrarse firme para tener efectos y repercusiones legales.

II. por interdicción, declarada en la misma forma; si la persona mayor de edad en ejercicio de la patria potestad de un menor o interdicto sufre en el periodo que la ejerce alguna enfermedad mental o abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes que le prive en el discernimiento de tal forma que no solo la exponga a ella a algún peligro o exponga a su familia a graves perjuicios económicos y que por tales situaciones no se encuentra en condiciones normales requeridas para desempeñar la importante función de la patria potestad sino que se aleja del cuidado y guarda que debe preveer y se pone en una situación jurídica lejana y contradictoria a las capacidades que como padre o madre debe tener al ejercitar la patria potestad como es el pleno goce y ejercicio de sus capacidades civiles esto como indica la ley también debe ser declarada judicialmente además de los exámenes médicos psicológicos para que opere la suspensión de la patria potestad para este caso en concreto.



III. por ebriedad consuetudinaria; esta causal para que opere la suspensión de la patria potestad tiene y guarda relación con el numeral dos anteriormente analizado en cuanto al abuso de bebidas alcohólicas es un motivo suficiente para declarar la interdicción a efecto de que el actor sea suspendido y deje de ejercitar la patria potestad respondiendo al interés predominante de la seguridad y cuidado de los hijos este extremo debe entenderse como un término medio entre la capacidad e incapacidad civil o como una capacidad no declarada expresamente.

IV. por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes; al analizar este numeral cuando quien ejerce la patria potestad tiene el hábito del juego o el consumo de drogas o estupefacientes se pretende suspender la patria potestad toda vez que es un mal ejemplo y pone en peligro la tranquilidad y desarrollo del menor aunque debe tomarse en cuentas que en nuestro ordenamiento civil vigente el hábito del juego no es causante de declaración de interdicción.

Así también debemos tomar en cuenta que el relacionado Artículo 262 del Código Civil se refiere también a la pérdida de la patria potestad y esto debe tomarse en cuenta que es una medida más grave y de mayor trascendencia toda vez que con el cumplimiento de los presupuestos se pretende que quien ejerce la patria potestad sufra la pérdida definitiva de la misma cuya repercusiones son incalculables en el ámbito familiar y el Código Civil relacionado en su Artículo 264 estipula pérdida. La patria potestad se pierde:

1) por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares esta conducta de los



padres afectan enormemente la formación de los hijos toda vez en el proceso de formación estos actúan como ejemplo ante ellos y si los padres acostumbran a desempeñarse bajo estos parámetros de la interrelación familiar es seguro que los menores lo tomaran como una actitud de vida y podrán posteriormente adquirir los mismos hábitos como repetición también la dureza en el trato para ellos algunas veces hasta con castigos físicos o golpes o el abandono de los deberes como padres y familiares significa que no se está ejercitando en forma correcta y apegada a la ley la patria potestad incluso por tales actitudes se deja de ejercer la autoridad paternal y maternal en perjuicio de los menores y obviamente los aspectos contemplados por el ordenamiento civil en cuanto a la pérdida del ejercicio de la patria potestad de los menores o interdictos son aspectos que quedan contemplados a la apreciación del juzgador según las circunstancias específicas de cada caso concreto que se presente ante el para tramitar y resolver conforme a la ley la pérdida de tales derechos. Aunque lógicamente la ley utiliza la expresión genérica de los padres cuando en casos concretos puede ser que solo uno de ellos recaiga en estas conductas y en todo caso si solo en uno de ellos recae en estas conductas la pérdida de la patria potestad seria declarada solamente en contra de él.

2) Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores, esta concepción legal tiene por objeto mantener y preservar la recta formación moral de los hijos. Estos extremos como lo son la mendicidad y los ejemplos corruptores deben probarse en cuanto a un caso concreto y son presupuestos comprobables con relativa facilidad ante los órganos jurisdiccionales lo que no ocurre con las ordenes, consejos o insinuaciones que los padres efectúan a los menores para actos corruptores entonces se equipara con lo analizado



anteriormente en cuanto a estos hechos o actos al presentarse ante el juez competente quedan a criterio de este la resolución para la pérdida de la patria potestad dada las circunstancias y pruebas que se presenten para la resolución del caso concreto.

3) Por el delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos, el padre que cometa un tipo de delito en contra del otro padre o en contra de alguno de los hijos cualquiera que sea la figura penal imputada será quien sufra la pérdida de la patria potestad declarada judicialmente puesto que esta debe ser posterior a la sentencia condenatoria y firme dictada por el delito cometido sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan dictarse para prevenir la integridad en favor del agraviado.

4) Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos para el que los haya expuesto o abandonado. Por exposición o abandono debe entenderse la acción u omisión que coloque al hijo bajo patria potestad en situación de riesgo o peligro en su integridad personal y por abandono el incumplimiento de los deberes por el padre o la madre a que están obligados por la ley para la protección, cuidado y desarrollo de los hijos sometidos a su patria potestad.

5) Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. En el caso que nos ocupa la ley prevee y sustrae a los hijos de la autoridad de quien ejerce la patria potestad sobre ellos por carecer este de las cualidades morales que son imprescindibles para ejercitar la patria potestad como lo manda el ordenamiento civil vigente y siempre debe tomarse en cuenta la naturaleza y la circunstancia de los delitos cometidos.

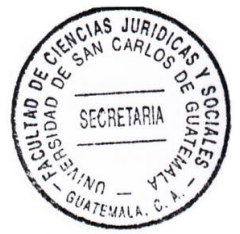


También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona, ésta pérdida de la patria potestad establecido en el presupuesto de la adopción es lógico y responde a la institución de la adopción establecidos en el Artículo 228 y el 232 del Código Civil en cuanto que se establece que al constituirse la adopción el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y este tiene derecho de usar el apellido de aquel en concordancia con tal ordenamiento legal es lógico suponer que al constituirse la adopción y el adoptante adquiere la patria potestad la causa lógica y que opera en la plenitud del derecho el padre biológico pierde la patria potestad del menor en este caso sin necesidad de declaratoria judicial y que la misma es declarada en la resolución final al declararse la institución de la adopción así también es de indicar en este análisis que en los casos previstos por la ley en el Artículo 77 también del código civil señala las circunstancias y los casos específicos en que puede darse el restablecimiento de la patria potestad por quien la haya perdido por declaración judicial. En cuanto a las acciones respecto a quienes son las personas idóneas para promover la acción sobre la pérdida o suspensión el código civil dispone en el Artículo 276 al indicar que solo podrán promover la acción sobre perdida o suspensión de la patria potestad, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el ministerio público. El progenitor inocente y el Ministerio público serán parte de todos los casos y en cuanto a la manifestación del Ministerio Público debe tomarse en cuenta que en la actualidad tales derechos los ejerce la Procuraduría General de la Nación por sus órganos competentes.

En el caso de los padres no casados, existe una disposición legal que resulta contradictorio la norma señalada en el Artículo 261 del Código Civil que dice



textualmente: “Madre soltera o separada. Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166. En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable del delito de Sustracción propia, conforme el Artículo 209 del Código Penal Decreto No. 17-73, y será sancionado con prisión de uno a tres años; y a la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente”.



CAPÍTULO III

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

Con el objeto de establecer si existe confusión o no en la interpretación del precepto legal y si debe ampliarse el mismo para determinar y dar certeza legal a la instituciones de la guarda y custodia, y cuidado de los menores en los casos concretos y de establecer plenamente la diferencia y características específicas de cada institución. Así también debe establecerse un análisis profundo en las facultades otorgadas al juez en el caso concreto de la suspensión e inhabilitación de la patria potestad a cargo de los padres y revisarse las repercusiones reales y legales de remitir a un menor a cargo de una institución y establecer plenamente si no existe contravención con la norma de protección del bien supremo del menor en el derecho interno e internacional como derecho primordial a la protección del menor en todo caso dicho análisis que se hace de la norma legal debe determinar modo, tiempo y forma del control jurisdiccional hacia la institución o en todo caso implementar la figura de familia sustituta para el cuidado y desarrollo del menor por el tiempo que se resuelve la controversia judicial, sometida al conocimiento del juzgador.



3.1. Aspectos generales

Es importante realizar una distinción de la figura jurídico familiar de patria potestad, guarda y custodia y cuidado de los menores, para evitar las confusiones que presenta en la actualidad el precepto legal analizado y dar certeza y seguridad jurídica en los conceptos, atribuciones, limitaciones y derechos de las figuras que protegen el cuidado de los menores, para que el juez que conozca de las controversias sometidas a su conocimiento tenga certeza en las herramientas a utilizar en la guarda y cuidado de los menores cuando sus padres han sido por sus actitudes desordenadas en su conducta y que es perjudicial para sus hijos se haya demandado o utilizado el órgano judicial para que se declare la suspensión o pérdida de la patria potestad por tales conductas.

Para efectos del presente trabajo, como ha quedado establecido, el ejercicio de la patria potestad, es una facultad que le corresponde con exclusividad a los padres, sean éstos casados o no. En el caso del ejercicio de la guarda y custodia, ello implica, pese a que se ha hecho una denominación formal de la institución, en el presente análisis, únicamente se quiere definir el hecho de que el ejercicio de la patria potestad, difiere sustancialmente del ejercicio de la guarda y custodia, así como del ejercicio de la figura del cuidado de un menor.

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



ellos, por las circunstancias de que se encuentran separados, divorciados o bien no son casados, en cuanto a quien tiene en su poder al hijo, y que comúnmente es la madre, ella, ejerce la guarda y custodia del hijo.

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

Este precepto fortalece la autoridad familiar de los padres que es un aspecto medular en el fortalecimiento de la familia y como consecuencia el fortalecimiento social al establecer que los menores mientras se fortalece y desarrolla su integridad personal deben vivir con sus padres casados o unidos o con su padre o madre que los tenga a su cargo, esto es primordial como lo establece la ley para el desarrollo personal del menor, o sea es la situación ideal para el fortalecimiento del Estado, pero la ley ilustra otras situaciones como el abandono de la casa paterna o materna en forma arbitraria y sin permiso alguno, por parte del menor, la ley protege la autoridad paternal y auxilia a la autoridad domestica por los medios correspondientes de la autoridad pública para reintegrar a los menores al poder y obediencia familiar, en este caso la ley vigoriza la institución de la patria potestad al dar herramientas a los padres para reintegrar a los hijos rebeldes a la autoridad domestica apoyado en la autoridad pública.



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

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

Entre la patria potestad y la guarda y custodia, hay diferencias jurídicas, de las cuales se mencionan algunas de ellas:

a) La patria potestad la ejercen exclusivamente los padres de familia sean o no casados o adoptivos, mientras que la Guarda y Custodia es otorgada a determinada persona individual o jurídica. Artículos 252 y 431 del Código Civil.

b) La guarda y custodia, es una facultad otorgada judicialmente, en tanto que la Patria Potestad son derechos y obligaciones contraídas al ser padre de familia. Artículos 47, 49 y 253 del Código Civil.

c) La patria potestad encierra todo lo que es derechos y obligaciones del hijo menor o incapacitado, pero la guarda y custodia específicamente se encarga del manejo adecuado de sus bienes. Artículos 253, 254 y 47 del Código Civil.



d) En nuestra legislación la guarda y custodia no esta regulada como institución sino más bien como una actividad judicial otorgada por medio de nombramiento a determinada persona (*guardador*); en tanto que la Patria Potestad esta enmarcada como institución de derecho civil. Artículo 252 del Código Civil.

e) La patria potestad puede terminar en cualquier edad del niño por separación, suspensión o pérdida; en cambio la guarda y custodia termina únicamente por la mayoría de edad, mientras solo se sufre remoción de guardador. Artículos 269, 273, 274, 54 y 431 del Código Civil y Artículos 418 y 419 del Código Procesal Civil y Mercantil.

f) La guarda y custodia se inscribe en el Registro Civil y hay una retribución anual para el guardador, en la patria potestad no hay retribución ni inscripción. Artículos 51 y 370 del Código Civil.

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

Tal como lo establece la ley, indistintamente si los padres sean o no casados, se encuentren separados o divorciados, tienen la obligación de mantener y cuidar a sus hijos.

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



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

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

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

Cuando hayan rivalidades entre los padres sobre las patria potestad de sus hijos, el juez en el ejercicio de su función, podrá dictar, a pedido de uno de los padres y resolverá a favor de uno de estos, que considere tenga la mayor capacidad económica, moral y educativa, para beneficio superior del menor. Esto lo hace el Estado a favor del menor siempre buscando el bien supremo de este, en armonía



con la Legislación que regula aspectos de los menores, Decreto 27-2003 Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia.

3.3. Análisis del Artículo 262 del Código Civil

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

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

a) Esta norma es congruente con lo regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que en todo caso, debe velarse por el interés superior del niño.

Es congruente en cuanto a que dicha convención considera la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales inalienables de todos los miembros de la familia humana.

En su Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que los estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad,



incluido la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas.

Especialmente en el numeral uno del Artículo 9 relacionado con lo analizado, los estados velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación establece la convención puede ser necesaria en casos particulares, dando como ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Establece el numeral segundo del artículo relacionado, que en cualquier procedimiento entablado con lo establecido en el párrafo primero atendiendo, al principio del debido proceso, establece que se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

En garantía de tales derechos como fundamentales para el menor y que deben ser garantizadas por el Estado, la Convención establece que los Estados partes, respetaran el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo estableciendo el supuesto de que tal contacto sea contrario al interés superior del niño.

También la Convención garantiza en el numeral cuatro del Artículo 9, que cuando la separación del niño con sus padres sea resultado de una medida adoptada por un



Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona este bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionara, cuando se lo pida a los padres, al niño, o si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultare perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cercioraran, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

b) El primer supuesto que regula la norma se debe a que en el caso de existir pugna entre el padre y la madre, o bien en el caso de que a éstos se le siga un procedimiento de suspensión o pérdida de la patria potestad, ya sea a los dos padres, o bien a uno de ellos, se hace necesario en resguardo del cuidado del menor, que el juez, al tener conocimiento de esa circunstancia, tendrá que adoptar las medidas pertinentes para el resguardo y protección del menor.

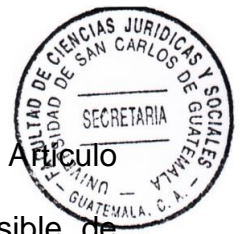
c) La ley le faculta al juez que pueda disponer, temporalmente y mientras resuelve en definitiva la situación jurídica del menor en cuestión que salga del hogar en donde se encuentran sus padres y dejarlo al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

d) Que como ha quedado establecido anteriormente, la institución de la guarda y custodia, tiene la naturaleza que se refiere al cuidado y protección recayendo la responsabilidad a la persona quien lo tenga, y que comúnmente para efectos de la realidad social y cultural guatemalteca, es una característica propia del ejercicio de



los padres, cuando por separación o por no encontrarse casados, o bien se encuentren divorciados, existe la guarda y custodia de hecho o legal que se le otorga a uno de los padres de éste menor, y en todo caso, a un pariente, cuando existan circunstancias que así lo aconsejen.

e) Que se hace una mala interpretación de la institución de la guarda y custodia, de conformidad con el Artículo 262 del Código Civil, toda vez, que también, pese a que en un supuesto regula que puede el juez decretar la guarda y cuidado o custodia del menor a un pariente más cercano, también, le faculta y no debe ser así, a que pueda entregarlo bajo esa denominación de guarda y custodia a otra persona de reconocida honorabilidad, y que lógicamente, no sería un pariente, y con el agravante de que esa guarda y custodia, mal interpretada por el legislador, también, puede decretarla a favor de un director de un centro educativo, lo cual también, ya sería incongruente porque para ello, existe la institución de la tutela legal, tal como lo regula el Artículo 308 del Código Civil que textualmente dice: “Tutores legales. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento”, siendo que en el anterior aspecto, corresponde a un Juez de la Niñez y la Adolescencia su conocimiento. Al aplicar incongruentemente esta norma se podría afectar la integridad de la personalidad del menor, al entregarlo a una Institución fuera de un ámbito familiar integral, contraviniendo el derecho superior del menor garantizado por la Constitución de la República y demás Leyes Nacionales e Internacionales.



f) Es del criterio la que sustenta este trabajo, que en el último párrafo del Artículo 262 que dice “o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo”, debe ser suprimido toda vez que tiende a confusión y que cae en la esfera de otra institución ya regulada, como la institución de la Tutela.

3.4. Normas internacionales en protección de los menores

Las normas internacionales de protección de menores, conviene su análisis a partir del surgimiento del derecho infantil.

“Derecho infantil”: Es una legislación destinada a “proteger los derechos del menor. En el marco de la ley, los niños están considerados bajo dos aspectos: en cuanto individuos, siempre han gozado de una posición especial, en particular en lo relativo a lo que se les consiente hacer. Dentro de la familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el Derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran los padres (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos”.

a) Relación de Padres-hijos

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



que existe en Derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño— a todos los aspectos asociados a la condición de ser padres.

Desde el momento en que los padres reconocen a su hijo, adquieren esta responsabilidad, y la seguirán teniendo aunque se divorcien o separen. En caso de conflicto, aunque no esté reconocida por la ley esta responsabilidad, se puede acudir a un tribunal para solicitar que se otorgue el reconocimiento. Si el hijo es ilegítimo, la responsabilidad corresponde sólo a la madre, aunque el padre puede acudir a un tribunal para pedir que se le otorgue esta responsabilidad.

b) Cuando los menores son objeto de disputas

Este tipo de disputas surge cuando los padres comienzan a tener dificultades dentro de su relación. En tales casos los tribunales tienen el poder para determinar lo que sucederá con los hijos. Un principio importante, sin embargo, es que el tribunal no debe pronunciarse, si es posible resolver la cuestión por medio de un acuerdo entre los padres, ya que se considera que esto es lo mejor para el niño.

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

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



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

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

c) La protección del menor

Una parte esencial de las leyes de protección al menor hace referencia a las competencias de que disponen las agencias estatales (por lo común los servicios locales de asuntos sociales o instituciones benéficas) para intervenir cuando se cree que los niños se encuentran en una situación de riesgo.

Estas agencias corren el peligro, por una parte, de ser criticadas por no tomar ninguna medida que hubiera podido evitar daños graves al niño, o incluso su fallecimiento, y por otra, de ser acusadas de exceso de celo profesional al apartar a los niños de sus familias. Este segundo aspecto ha dado como resultado la restricción, en el Derecho Contemporáneo, de los amplios poderes discrecionales con que cuentan los asistentes sociales y la participación de los tribunales, en una etapa bastante temprana del problema, para dictar medidas que debían aplicar dichos asistentes. La ley refuerza asimismo la política de los servicios sociales de intentar resolver los problemas sin romper la familia. Con este fin se utiliza por lo

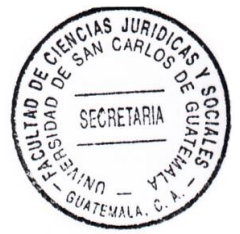


general la cláusula de supervisión, que proporciona una base formal a la labor del asistente social.

Los casos más serios pueden necesitar una cláusula de asistencia, que deja la responsabilidad de los padres en manos de la autoridad local, lo que conllevará que el niño sea apartado de su familia y enviado con otra. Si los problemas se resuelven el niño volverá con su familia, pero si no es así, se pedirá al tribunal que permita que el niño pueda ser dado en adopción, si es pequeño, o pueda ser ingresado en alguna institución de auxilio a la infancia hasta que alcance la mayoría de edad.

En los casos urgentes, el tribunal determinará una cláusula de protección de emergencia para posibilitar que el niño sea apartado de un entorno que se considera peligroso. En circunstancias extremas la policía puede ejercer este poder durante un corto periodo de tiempo antes de acudir al dictamen del tribunal. El conocimiento reciente de la amplitud del abuso sexual infantil ha proporcionado especial trascendencia a estas decisiones. Lo que en muchas instancias se consideraba una injusta acusación de los padres, de acuerdo a lo establecido por el viejo sistema legal, ha desembocado en una mayor participación de los tribunales en el marco legislativo actual. El problema además empeora porque a menudo la única prueba para establecer que se trata de un caso de abuso la constituyen declaraciones efectuadas por niños muy pequeños.

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



d) Los alimentos de los hijos

Recientemente se ha producido un avance en el derecho estableciendo los mecanismos jurídicos, que garantizan que, en el caso de que los padres estén separados, el progenitor que no viva con el niño pague el costo de la manutención y educación del hijo, reemplazándose así los inadecuados métodos aplicados hasta entonces.

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

e) Derecho internacional

“En 1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños debieran tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor. La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión. La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar



informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor.”⁷

La Convención reconoce derechos de los niños inicialmente con el derecho intrínseco de la vida y garantiza en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño, le garantiza el derecho al nombre, a la nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Así también protege el derecho de niño a preservar su identidad, incluido la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley, garantiza las relaciones del niño con sus padres. También esta Convención reconoce y garantiza el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios y tratamientos de enfermedades y rehabilitación; garantiza también el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y social.

En igual forma la convención garantiza que los Estados Partes reconocen y velarán por el derecho a la educación a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades. Tal educación deberá ser encaminada a desarrollar la personalidad, las actitudes y capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades, deberá inculcar al niño el respeto a los derechos humanos, a las libertades fundamentales, a sus padres, a su propia identidad cultural, el respeto a su idioma y a sus valores nacionales dependiendo del país en que vive.

Los Estados Partes que suscriben la convención reconocen al derecho del niño al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas, al derecho de

⁷ www.bibliojuridica.org/variosautore.htm (Guatemala, 12 de julio 2004)



participar plenamente en la vida cultural y artística. Esencialmente la Convención protege al niño de que se garantiza la lucha contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.





CAPÍTULO IV

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

Este es el punto medular del trabajo de investigación, toda vez que se pretende, se legisle y se regule ante la necesidad imperiosa de la época moderna, fortaleciendo la patria potestad y lo relativo a su ejercicio en el caso de los padres no casados así como la confusión legal que existe con lo relativo a la guarda y custodia y modificarse tal precepto legal en el sentido de que se eliminen las figuras que cuidaran al menor en cuanto a una persona de reconocida honorabilidad o que fuere posible de un centro educativo, sustituyéndolo por familias sustitutas garantizando el derecho primordial del niño a una identidad y fortalecer el derecho de pertenencia. De acuerdo a los tratados internacionales ratificados por la República de Guatemala.

4.1. Análisis legal

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



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

a) Garantías de los menores: Los Estados Partes que suscriben tal Convención, garantizan como mínimos a los menores para el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los menores los siguientes derechos reconociendo que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

- El derecho a la vida, al desarrollo integral de su persona: La Convención reconoce que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y los Estados deben garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo de este.
- A que no sean objeto de actos ilícitos o retención ilícita: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o



reputación. También se obliga a los Estados a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

- A la libertad de expresión de su pensamiento u opinión, conciencia y religión: Los estados partes garantizaran según La Convención, al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del menor en función de la edad y madurez del mismo. Se le debe dar la oportunidad de ser escuchado en todos los procedimientos judiciales y administrativos que le afecten ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado de acuerdo con las normas de procedimiento de las leyes nacionales.
- A difundir ideas e informaciones de todo tipo: El niño tiene derecho a la libertad de expresión, derecho que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño, siempre sujeto a ciertas restricciones que la ley prevea y que sean necesarias.
- Libertad de asociación y celebración de reuniones pacíficas: La Convención reconoce el derecho del niño a estas libertades y se manifiesta en que no se impondrán restricciones al ejercicio de este derecho distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias para una



sociedad democrática, y la protección de la salud y la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás.

- De la obligación común de los padres para su manutención: La Convención reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Establece que los padres u otras personas encargada del niño les atañe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, los Estados Partes deberán velar y proporcionan asistencia material y programas de apoyo particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y vivienda de los menores. Deberán tomar también medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte, como si viven en el extranjero.
- A la adopción en condiciones adecuadas: La Convención, garantiza y establece que se reconocen o permiten el sistema de adopción cuidaran de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y los Estados Partes deberán velar porque la adopción del niño solo sea autorizada por autoridades competentes las que serán determinadas con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables. Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño en caso de que este no pueda ser colocado en hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva en el país de origen. También obliga a que lo Estados Partes adoptaran todas las medidas apropiadas con el objeto de garantizar en el



caso de adopción en otro país la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos a quienes participan en ella.

- A la atención especial de menores incapacitados: La Convención asegura y reconoce que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, y le permitan llegar a bastarse a sí mismo y participen activamente en la comunidad. Reconocen también el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales con sujeción a los recursos disponibles, pero que dicha prestación reúna las condiciones requeridas para la asistencia del niño.
- A la salud, atención médica, educacional, de recreación y esparcimiento: La Convención garantiza y reconoce el derecho del niño al disfrute al más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. En cuanto a la educación reconoce el derecho del niño a ésta a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, establece la obligación de la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, así como de fomentar el desarrollo, en distintas formas de la enseñanza secundaria que incluye la enseñanza general y profesional. Con relación a la recreación y esparcimiento los estados partes deben reconocer el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y a las artes de su país, debiéndose proporcionar las oportunidades apropiada, en condiciones de igualdad en la participación de la vida cultural, artística, recreativas y de esparcimiento.

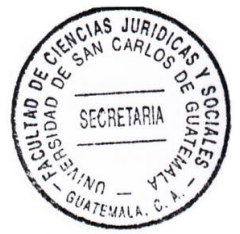


b) En el caso de las disputas entre el padre o la madre, respecto a la guarda y custodia de éste, el juez competente, podrá determinar con quien se quedará el menor de manera temporal, mientras resuelve en definitiva, auxiliado, por una serie de elementos, como puede ser el informe de la trabajadora social o trabajador social o bien de un psicólogo, psicóloga, psiquiatra, etc.

4.2. Análisis real y social

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

Resulta contradictorio lo normado en el Código Civil con respecto al ejercicio y preferencia en la patria potestad del padre con relación a la madre, por lo que indica el Artículo 261 del Código Civil, que le da prioridad en el ejercicio de la patria potestad a la mujer cuando ésta se encuentra separada o soltera, así también, en el caso del Artículo 262 del mismo cuerpo legal, estableciendo el interés superior del menor, en caso de pugna entre el padre o la madre, o bien cuando se demande la suspensión, separación o pérdida de la patria potestad de los padres, el juez puede decidir en función del interés superior del niño, que el menor quede bajo el cuidado, pero que en este caso, es encontrarle por parte del juez la figura legal al entregar al menor:



a) a un pariente cercano

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

c) a un centro educativo

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

Se considera necesario reformar el Artículo 262 del Código Civil, adecuando a las necesidades que se presentan en nuestro país y regulando la guarda y custodia como parte del derecho de familia, otorgándole la categoría de institución de derecho civil, así como lo hace con la patria potestad y la tutela.

El Código Civil limitadamente hace referencia en los Artículos 47 y 49 el nombramiento del guardador cuando regula la ausencia de la persona; en el Artículo 54 las causas de remoción del guardador; en el Artículo 57 que mientras no se otorgue garantía, no cesara la administración del guardador; en el Artículo 58 la terminación de la representación del guardador; en el Artículo 370 la inscripción de las guardas; en el Artículo 430 la obligación de los guardadores de presentar al Registro Civil el documento que acredite su cargo; y en el Artículo 431 la anotación de la remoción o suspensión de los guardadores.

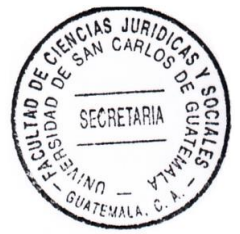
También el Código Procesal Civil y Mercantil hace brevemente referencia el Artículo 414 sobre el nombramiento por ministerio de la ley del guardador, el 415 de las



facultades del guardador, el 418 de la solicitud del discernimiento del cargo de guardador, y el 419 del tiempo para las excusas, impedimentos y remoción del guardador.

De lo anterior se puede analizar que en varios artículos encontramos al guardador, y que únicamente en el Artículo 370 del Código Civil se mencionan las guardas.

Está regulada la tutela y el tutor, la patria potestad y los padres, por lo que parece ilógico que esté regulado el guardador, pero no la guarda como institución.



CAPÍTULO V

5. Necesidad de reformar el Artículo 262 del Código Civil

De acuerdo a lo establecido anteriormente, es criterio de la ponente, que para actualizar, modernizar y alcanzar el espíritu de las doctrinas actuales es apremiante para garantizar la protección, cuidado y desarrollo de los menores con el objeto del desarrollo integral del mismo es urgente la necesidad de reformar, ampliar los conceptos vertidos en el contenido e interpretación del Artículo 262 del Código Civil, a efecto de clarificar y definir el contenido de las instituciones inmersas en tal precepto legal así como definir, ampliar y controlar la actividad jurisdiccional del Juez que conozca del asunto puesto que en la actualidad tal precepto legal es objeto de confusión e induce al juzgador, *a no hacer una diferencia sustancial de la institución de la guarda y custodia, de la patria potestad así como del cuidado de los menores*, ya que no define ni determina la actividad de cada institución tomada en cuenta, toda vez que tal precepto legal en forma general establece que el interés de los hijos es predominante. Al establecer que cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demanda la suspensión o pérdida de la patria potestad el Juez debe adoptar providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor dando a demás potestad al juzgador a disponer mientras resuelve en forma definitiva que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo o de otra persona de reconocida honorabilidad o si fuere posible de un centro educativo. En tal sentido se reitera el legislador estableció en la ley supuestos jurídicos que a criterio de la ponente debió analizar en forma separada pues en algún momento contiene hechos que son contrapuestos desde las mismas providencias urgentes a tomar y deja a criterio del juzgador diligencias que deben



ser debidamente analizadas ante la necesidad de proteger el interés supremo del menor.

Así también se hace recomendable una mayor difusión, divulgación y educación del tema de la patria potestad para potenciar sus principios toda vez que es de interés supremo para el menor constituir y fortalecer los cimientos que fundamentan a la familia guatemalteca y especialmente difundir y solicitar la discusión a efecto de mantener a la vanguardia de los adelantos jurídicos de tal institución discusión que debe ser solicitada a los encargados de actualizar la legislación del país y procurar con la modificación para que se adecuen a las doctrinas modernas lo relacionado con la institución de la patria potestad.

Es un urgente y en forma reiterativa el análisis de las diversas instancias para su ulterior modificación y establecer las diferentes etapas, requisitos y funciones que deben adoptar las instancias administrativas y judiciales sobre el interés predominante de los hijos cuando la conducta de los padres sea perjudicial a estos y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad y dando intervención en todo los procedimientos a la Procuraduría General de la Nación.

Se estima que en la actualidad la institución de la patria potestad no representa ni se manifiesta con la solidez de otros tiempos. El desarrollo de las relaciones de familia en la actualidad por la época moderna y agitada en que se desarrolla nuestra sociedad guatemalteca ha variado y se ha debilitado la autoridad de los padres con respecto a los hijos en parte por la poca educación, fortalecimiento y divulgación que el Estado a través de sus diferentes ordenamientos legales y esencialmente de la constitución política de la República de Guatemala ha desatendido el Estado las



políticas que garanticen el fortalecimiento familiar la divulgación del respeto que desde la escuela debe enseñarse a los niños por la familia por el Estado, el respeto a la autoridad de las instituciones, de los padres y esencialmente del fortalecimiento y unidad familiar y la pérdida de tales valores hacen que en la actualidad los hijos o hijas abandonen el hogar a temprana edad, se revelan a la autoridad, institucional y familiar con más frecuencia y a menor edad, no está demás agregar el ingrediente de lo conflictivo de nuestra sociedad, lo que destruye en forma acelerada el tejido social de tal forma se deduce que en la actualidad la institución de la patria potestad ante su debilitamiento social es una figura vigente aunque casi no positiva.

Lo anterior, puede ser perjudicial para el menor, ya que la ley le faculta al juez, adoptar las providencias de urgencia para decretar que el menor quede al cuidado (*en el caso de los parientes no es relevante*), cuando esto debe ser primordial para garantizar los derechos del menor en beneficio de su interés supremo como es el derecho a la familia y hacer cuidado por sus padres o sus parientes, derecho garantizado por las leyes internas como el Derecho Internacional acepto por la República de Guatemala, lo que se vulnera con el complemento del artículo analizado al facultar al juzgador en el hecho controvertido sometido a su conocimiento de que incluso este puede decretar que el menor objeto de litigio quede al cuidado de otra persona que no es pariente e incluso de un centro educativo, este supuesto jurídico contraviene el espíritu de nuestro ordenamiento civil con respeto a la persona y la familia así como de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, respeto a velar por el interés superior del menor y por tal razón el juez que conozca del asunto debe velar y garantizar que tal medida de providencia de urgencia para el cuidado del menor no debe ser decretada a la ligera



y tomarse como último recurso luego de agotar la investigación de los familiares del menor tanto de la rama paterna o materna para vela y garantizar la seguridad y desarrollo del menor en garantía de bien supremo del mismo.

También es importante y que debe distinguirse y determinarse al respecto y diferencia de la guarda y custodia y del ejercicio de la patria potestad y lo relativo al cuidado de los menores, en el caso del ejercicio de la patria potestad es una facultad innata que otorga la ley a los padres o madre del menor y que ninguna persona puede ejercitar en nombre de estos cuando ellos están presentes y sin ninguna limitación en cuanto a su capacidad civil y esta únicamente puede dejar de ejercitarse cuando en beneficio al bien supremo del menor y velando por su integridad personal los padres pueden ser separados suspendidos o perder en definitiva el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos por medio de un procedimiento legal previamente establecido y tramitado en sus respectivas instancias en un juzgado y ante un juez competente y cuya resolución se encuentre firme y no pendiente de recurso alguno establecido en la legislación procesal civil y de familia. Por otra parte en lo que respecta en el ejercicio de guarda y custodia de los menores es una facultad que la ley atribuye a los padres individualmente considerados así como de algún pariente dentro de los grados de ley en la línea paterna o materna con referencia al menor.

Con relación al cuidado de los menores a ley implícitamente la establece dentro de nuestro ordenamiento civil vigente como una situación jurídica que por las situaciones que representa un caso concreto se otorga y ostenta una persona que no es pariente ni padres del menor y que es dada por un juez competente de familia



y del ramo de menores, para que se cuide a un menor por carencia legal de la persona obligada por la ley para tal extremo.

En el caso de que el juez que conozca de las actuaciones para el cuidado del menor pueda decidir facultado por la ley para el internamiento del menor objeto del cuidado a un centro educativo es una medida que a veces puede perjudicar al menor pues lo institucionaliza y lo hace parte de un engranaje administrativo perdiendo toda percepción educación y fortalecimiento de una idea familiar y de sus obligaciones y derechos dentro de la familia como institución perdiendo así el contacto social que se inicia dentro del núcleo familiar y por lo tanto debe ser una medida extraordinaria y ultima que el juzgador deba tomar dentro del procedimiento sometido a su cargo agotando todas las instancias y medidas a su disposición porque el menor sea integrado a un núcleo familiar interno o externo para su cuidado y fortalecimiento de su desarrollo, a lo interno como núcleo familiar nos referimos a cualquier pariente dentro de los grados de ley en la rama paterno o materno del menor, y a lo externo nos referimos a que se debiera fomentar familias sustitutas que puedan integrar al menor en su interactuar pero con una idea del núcleo y desarrollo familiar y no ser remitidos a una institución de carácter público donde no se fomenta ni se muestra la función familiar sino que el menor pasa hacer parte de un engranaje administrativo en el que si se le mantiene cubierto de sus necesidades básicas pero alejado del desarrollo familiar el cariño el afecto que fortalece el desarrollo espiritual, mental, moral y físico del menor, limitándolo en su concepto integración y fomento de los derechos de familia.

Esta desintegración familiar tiene como repercusión y efectos sociales a partir del descuido de la desintegración familiar y la falta de una imagen paterno y materno



ante el menor, el desprecio e irrespeto de las leyes de las instituciones de los derechos y obligaciones y como consecuencia se pierden ciudadanos productivos para el fortalecimiento social, económico y cultural de la sociedad y el Estado de Guatemala.

De conformidad con lo antes establecido, debe adecuarse a través de su reforma, el contenido del Artículo 262 del Código Civil, y tomar en consideración lo siguiente:

Que la norma debe ser clara en distinguir lo que respecta a las facultades de los padres de los menores en cuestión, no importando si se refiere a padres separados, divorciados o solteros, emitiendo un ordenamiento jurídico en este sentido con normas claras e instituciones definidas, esencialmente en lo que respeta a la patria potestad, a la guarda y custodia y cuidado de los menores cuando se encuentren en situación de peligro o que puedan violarse los derechos elementales y esenciales que la ley nacional y los tratados internacionales aceptados por Guatemala les aseguren y fomentando por parte del Estado políticas publicas encaminadas a la educación divulgación y fortalecimiento de tales instituciones para que permanezcan garantizados los derechos a los menores en las situaciones relacionadas.

En la actualidad en nuestro ordenamiento civil vigente en lo que se refiere a la familia y sus relaciones, la guarda y custodia no tiene categoría de institución, sin embargo es utilizada en forma común e indistintamente en la terminología jurídica sobre todo en materia de derecho de familia en los procesos e incidencias en los que existen pugnas y controversias entre padres y parientes por decir y definir con quien de ellos permanecerá el o la menor en los procesos de divorcio o de relaciones familiares para el mismo efecto entre parientes a falta de los padres. En



igual forma en la actualidad el Código Civil y especialmente en lo referente a la guarda custodia y cuidado de los menores así como del ejercicio de la patria potestad no está ajustado a las exigencias de los hechos que genera la sociedad de hoy se ha quedado la ley en forma obsoleta y la misma no se ha mejorado ni modernizado por las instituciones pertinentes y en consecuencia se mantiene alejada de las doctrinas e instrumentos internacionales para mejorar los derechos de los menores en estos extremos.

A criterio de la sustentante y a través de la experiencia que le ha otorgado la investigación y las entrevistas de campo realizadas es del criterio que el Artículo 262 del Código Civil se encuentra mal redactado y carece de explicación lógica por lo que tiende a confundir y debilita la concepción de la institución de la patria potestad de la guarda y custodia y cuidado de los menores en situación de peligro en cuanto a su cuidado y se aleja de la realidad nacional y las normas internacionales en cuanto a la protección de los menores y tal confusión es porque pretende en un solo artículo decidir sobre el cuidado, y del menor en situaciones concretas cuando es un problema sumamente complejo toda vez que son medidas urgentes determinantes y que deben garantizar el bien supremo del menor y no causar daños que pueden ser irreversibles en el desarrollo, desenvolvimiento y fortalecimiento de su personalidad para su función social posterior.

En el proceso de la investigación de campo de la tesis que se sustenta en cuanto a la patria potestad y lo relativo en el caso de padres no casados y la confusión legal y real con la institución de guarda y custodia; la investigadora por medio de las entrevistas efectuadas, se pudo determinar que existe confusión entre los mismos operadores de justicia, abogados litigantes, así como los diferentes actores



administrativos y judiciales que participan en el ámbito legal que nos ocupa ante la necesidad de adecuar el Artículo 262 del Código Civil a la problemática actual de los menores a proteger. Las entrevistas y los cuestionarios utilizados en los trabajos de campo, determinaron que existe confusión y por lo tanto no hay uniformidad en los conceptos existentes entre el ejercicio de la patria potestad y lo relativo a la guarda y custodia, la confusión es real, conceptual y práctica, ya que la mayoría de los entrevistados contestó que no se puede diferenciar explícitamente la diferencia entre estas instituciones y si fueron determinantes en ilustrar que la confusión estriba y se determina porque nuestro código civil no regula en concreto ni establece la guarda y custodia como institución del derecho civil ni sus alcances y atribuciones como tal en beneficio y protección de los menores en situación de riesgo.

También las entrevistas fortalecen y robustecen el sustento del punto de tesis pues coinciden casi en su totalidad al responder que es deber del Estado velar y formular políticas sobre el interés superior del niño y la protección en el desarrollo integral de su personalidad para el fortalecimiento ciudadano del Estado y también se determina por las encuestas que en caso de separación de los padres sean casados o no, el mayor daño de tal situación se le ocasiona a los hijos que merecen y deben tener la protección total del Estado en el ejercicio de sus derechos.

Como se reitera existe en la actualidad la necesidad de reformar el Artículo 262 del Código Civil, en el sentido de determinar para evitar confusión las instituciones en cuanto al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y lo relativo al cuidado de los menores toda vez que nuestro ordenamiento civil vigente no determina un concepto de guardador en el caso especial del cuidado y custodia de un menor, toda vez que como se ha determinado en esta investigación la figura de guardador



aparece únicamente nombrado sin determinar su actividad, sus características y atribuciones y lo vemos relacionado en la figura de la ausencia en cuanto a que se declara una persona ausente para la guarda y administración de bienes del mismo cuando este los posea y deban ser administrados lógicamente, indica que cualquier persona capaz o la Procuraduría General de la Nación, puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de guardador de sus bienes. El Artículo 49 del mismo cuerpo legal establece que concluido el procedimiento respectivo para que la ausencia sea declarada judicialmente y una vez que exista el nombramiento definitivo de guardador, la persona designada deberá recibir los bienes llenando los requisitos legales pertinentes. El Artículo 51 indica que el guardador tendrá derecho a una retribución anual que fijara el juez de primera instancia competente, de acuerdo con lo dispuesto para la tutela. Esta ley también establece que cuando el guardador sea removido por su culpa no tendrá derecho a retribución alguna. También establece nuestra ley sustantiva civil, cuando termina el cargo de guardador para el caso de administración de los bienes del ausente.

Si atendemos que guardar se entiende por cuidar, custodiar, vigilar o cumplir, y que guardador es el encargado de conservar, custodiar una cosa, defender, conservar, cuidado o custodia de un objeto, si comparamos estos preceptos con lo que establece el Artículo 262 del Código Civil, podemos establecer que en este precepto cuando faculta al juez competente a tomar providencias urgentes y lo faculta incluso para disponer que el menor salga de su casa del cuidado de sus padres y quede del cuidado del pariente más próximo o de otra persona o si fuere posible de un centro educativo. Dentro de este precepto se da el cuidado a un pariente u otra persona de conocida honorabilidad y lleva implícitamente el cargo de cuidador y sinónimo de



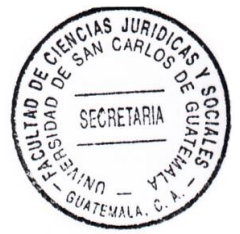
guardador, notamos que las calidades son diferentes aunque en ninguna de ellas se define la calidad de guardador ya que en los preceptos relacionados con la ausencia es el cuidado y administración de los bienes del ausente, mientras que cuando se refiere a interés de los hijos en el Artículo 262 que se analiza el cuidado es de personas y es aquí donde se da la confusión pero no se determinan ni enumeran las facultades y atribuciones que debe tener este guardador en el caso del cuidado de los niños ni se garantiza que este cuidador en caso de personas no parientes e instituciones tengan las aptitudes cualidades y conocimientos de los derechos de los menores que nuestra legislación nacional otorga a los mismos, tanto en leyes de familia como en leyes de protección a los menores como es la Ley Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto 27-2003, ni enumera ni describe los derechos y facultades del guardador ni toma en cuenta dentro de tal artículo analizado que pasa con los bienes que pueda poseer el menor sometido a cuidado de un tercero.

Es importante también establecer que en la necesidad de reformar el Artículo 262 del Código Civil, que incluso el juez, que debe ser un juez garante o un juez de garantías en la protección de los derechos elementales del menor el juez puede actuar de oficio en las providencias urgentes de los hechos sometidos a su conocimiento por cualquier interesado e iniciar la investigación respectiva pues el contenido del Artículo analizado, amarra y no deja actuar al juez limitando su participación y medidas urgentes únicamente cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande por medio de un litigio la suspensión o pérdida de la patria potestad y este supuesto es el que permite al juez adoptar las providencias urgentes que exija al interés y conveniencia del menor y es hasta que la Litis este entablada que el juez puede disponer de tales medidas incluso de que el menor



salga de la esfera del control y cuidado de sus padres y en extremo que abandone la casa paterna y quede al cuidado de un pariente próximo... . Por tal razón debiera ampliarse en la reforma de tal precepto legal la actuación o el impulso procesal del juez en la toma de tales medidas o providencias de urgencia para el cuidado del menor de oficio ante el conocimiento que tenga el juez por cualquier motivo en el peligro que afronte el menor en su guarda, custodia o patria potestad.



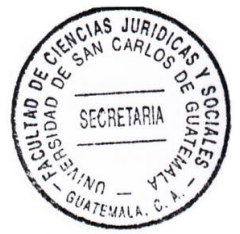


CONCLUSIONES

1. La patria potestad es la institución jurídica familiar por medio de la cual se regula el ejercicio y relaciones familiares y de cuidado que deben tener los padres con relación a sus hijos; dentro del matrimonio y fuera de este, del padre o la madre en cuyo poder se encuentre el hijo en cualquier otro caso, real o legal.
2. La patria potestad no representa en la actualidad una institución tan sólida como en otros tiempos; ya que en la actualidad el desarrollo de las relaciones de familia, ha variado y disminuido la autoridad de los padres con respecto a los hijos, quienes se rebelan con mayor frecuencia; destruyendo el tejido familiar con tal situación.
3. La patria potestad es más que un simple vínculo de sumisión de la persona del padre o del hijo o la hija; consiste en una serie de obligaciones y derechos, de uno frente a los del otro y garantiza una idónea y correcta educación social y espiritual; les corresponde ejercerla a los padres, independientemente si son casados, separados, solteros o divorciados.
4. El Código Civil no está ajustado a las exigencias de los hechos que se generan en la sociedad de hoy, en cuanto a los avances de los derechos y cuidados adquiridos por los menores. No se ha ajustado aún a los instrumentos internacionales como la Convención sobre Derechos de la Niñez.



5. En el Artículo 262 del Código Civil se confunde la institución de patria potestad, guarda y custodia y cuidado y no es congruente con la realidad nacional y con las normas internacionales en protección de los menores, al facultar al juez a decidir ó dejar al menor; en tanto se resuelve su situación, al cuidado de un tercero de reconocida honorabilidad o de un centro educativo.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado de Guatemala de mayor divulgación al tema de la patria potestad para potenciar sus principios; constituyendo así un aporte fundamental a la familia guatemalteca y su discusión en el Congreso de la República de Guatemala; para la modificación del artículo del Código Civil que regula la patria potestad y se actualice a los tiempos modernos.
2. Que el Estado establezca y fortalezca políticas públicas y educativas, a través del Ministerio de Educación, con el objeto de fortalecer y respaldar la institución de la patria potestad; así como, la autoridad de los padres para evitar la destrucción o debilitamiento del tejido familiar y abandono de la casa paterna antes de cumplir la mayoría de edad.
3. Es importante que la guarda y custodia deba contemplarse como institución de derecho civil, por los jueces y cortes, debiendo distinguirse del ejercicio de la patria potestad. El ejercicio de ésta es una facultad innata de los padres y solo puede separarse, suspenderse o perderse por medio de un procedimiento legal y previamente establecido.
4. Reformar el Artículo 262 del Código Civil, por parte del Congreso de la República de Guatemala, para establecer las etapas, requisitos o función que debe adoptar el juez acerca del interés predominante de los hijos, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad.

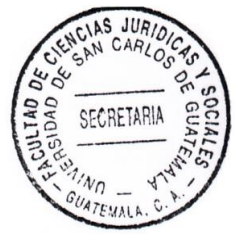


5. Que, se adecue jurídica y legalmente, por medio de la reforma que deberá efectuar el Congreso de la República de Guatemala, al Artículo 262 del Código Civil, considerando que la norma debe ser clara en distinguir lo que respecta a las facultades de los padres de los menores en cuestión; no importando si se refiere a padres casados, separados, divorciados o solteros.



ANEXO





Presentación de los resultados del trabajo de campo

Entrevistas

Tienen como finalidad la obtención de información. Hay diversos tipos de entrevistas: laborales (para informarse y valorar al candidato a un puesto de trabajo), *de investigación (realizar un determinado estudio)*, informativas (reproducir opiniones) y de personalidad (retratar o analizar psicológicamente a un individuo), entre otras.

En una entrevista intervienen el entrevistador y el entrevistado. El primero, además de tomar la iniciativa de la conversación, plantea mediante preguntas específicas cada tema de su interés y decide en qué momento el tema ha cumplido sus objetivos. El entrevistado facilita información sobre sí mismo, su experiencia o el tema en cuestión.

La entrevista utilizada en el presente trabajo de campo es la de investigación para realizar determinado estudio, el trabajo de campo, consistió precisamente en desarrollar unas entrevistas a 23 personas (*jueces de familia y abogados litigantes*) en el ramo de familia.

A continuación se presenta un cuadro por cada pregunta, con sus respectivas respuestas textuales:

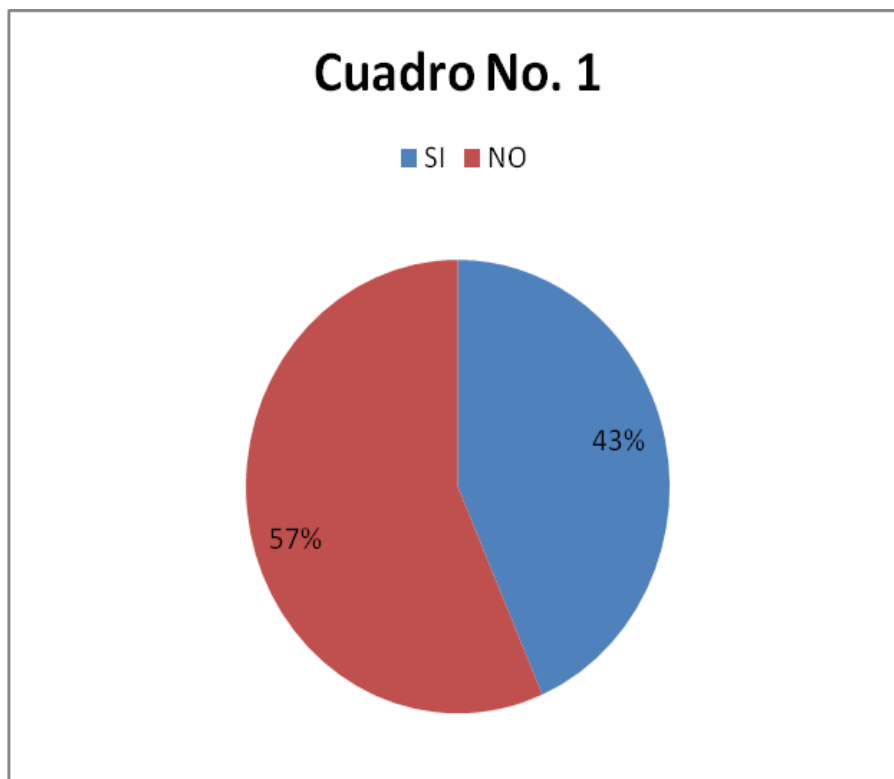
CUADRO No. 1

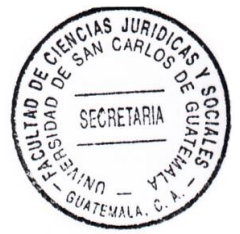
PREGUNTA:

¿CONSIDERA USTED QUE ES MÁS FRECUENTE LOS MATRIMONIOS QUE LAS UNIONES DE HECHO DECLARADAS?

RESPUESTAS:

- 10 RESPONDEN QUE SÍ, SEGÚN REGISTROS, LOS MATRIMONIOS SON MÁS FRECUENTES QUE LAS UNIONES DE HECHO DECLARADAS.
- 13 MANIFIESTAN QUE NO, QUE LO MAS COMÚN SON LAS UNIONES DE HECHO NO DECLARADAS, LAS CUALES POSTERIORMENTE SON DECLARADAS, POR LO QUE EL MATRIMONIO NUNCA SE CELEBRA.
- TOTAL 23 PERSONAS ENTREVISTADAS.





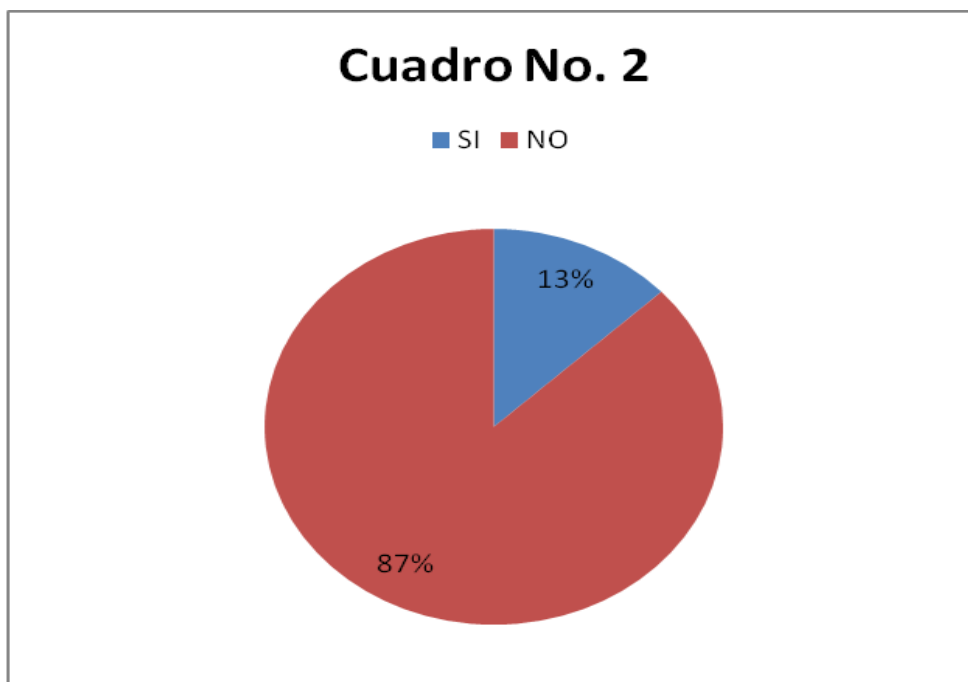
CUADRO No. 2

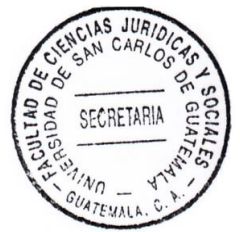
PREGUNTA:

¿SEGÚN SU EXPERIENCIA, CREE QUE ES MÁS FRECUENTE QUE EXISTAN UNIONES DE HECHO DECLARADAS QUE LAS NO DECLARADAS?

RESPUESTAS:

- **3** EXPRESAN QUE **SÍ**, QUE LAS UNIONES DE HECHO DECLARADAS SON MÁS FRECUENTES QUE LAS NO DECLARADAS, DEBIDO A QUE LAS PAREJAS QUIEREN ESTABLECER SUS OBLIGACIONES Y DERECHOS FAMILIARES ANTE LA LEY.
- **20** CONTESTARON QUE **NO**, QUE LAS PAREJAS COMUNMENTE SE OBLIGAN POR DIVERSAS CAUSAS A UNA SIMPLE UNIÓN, LA CUAL NUNCA SE DECLARA.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.





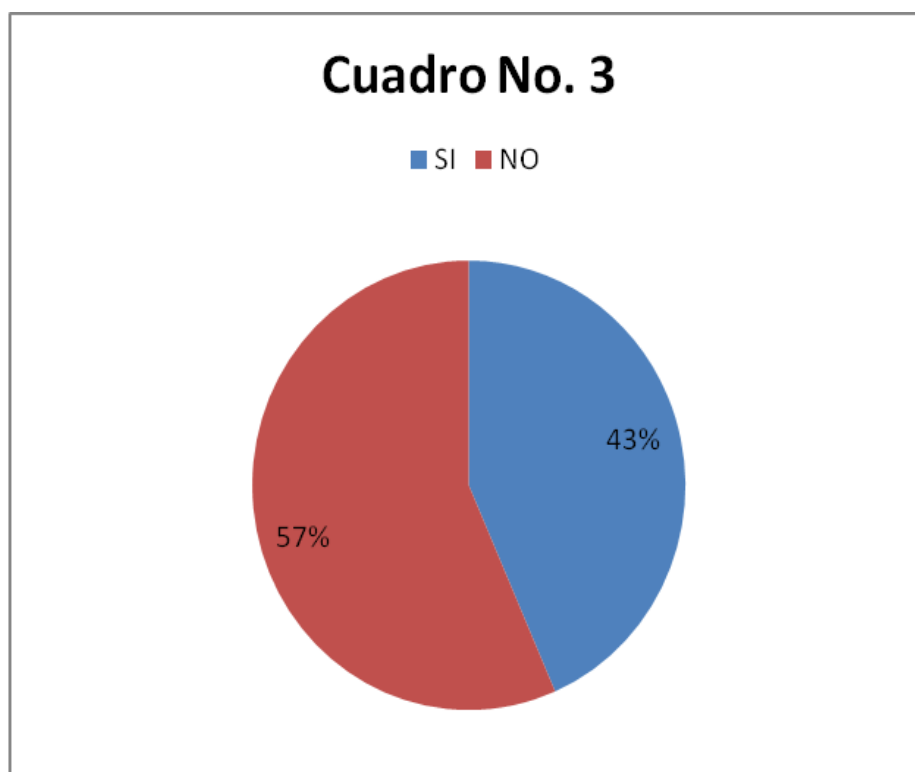
CUADRO No. 3

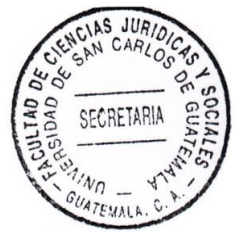
PREGUNTA:

¿CREE QUE ÚLTIMAMENTE SE HA INCREMENTADO EL ÍNDICE DE MUJERES SOLTERAS Y MADRES DE FAMILIA?

RESPUESTAS:

- 10 RESPONDEN QUE SÍ, QUE EFECTIVAMENTE EL INCREMENTO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS HA SIDO SIGNIFICATIVO.
- 13 MANIFIESTAN QUE NO, QUE AUNQUE LA POBLACIÓN SE HA INCREMENTADO EL ÍNDICE DE MUJERES SOLTERAS Y MADRES DE FAMILIA ES PORCENTUALMENTE EL MISMO AL DE OTROS AÑOS.
- TOTAL 23 PERSONAS ENTREVISTADAS.





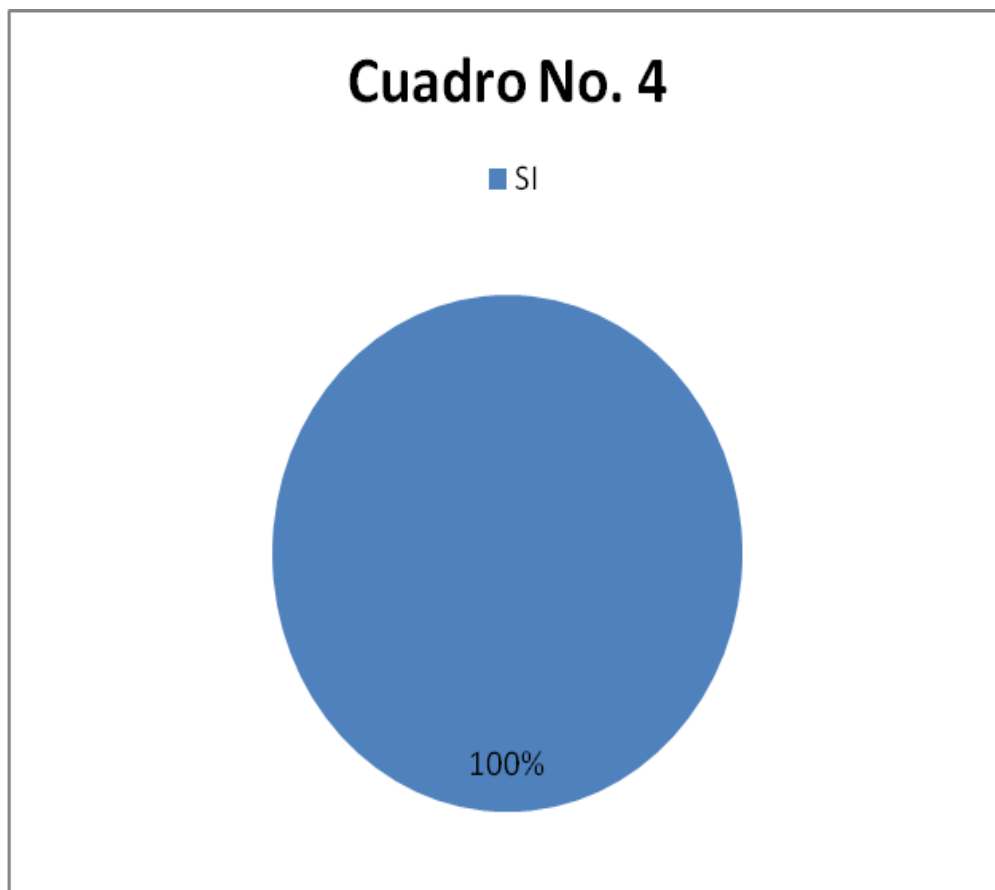
CUADRO No. 4

PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE EN EL CASO DE LAS SEPARACIONES DE LOS PADRES, EL MAYOR DAÑO SE LE OCASIONA A LOS HIJOS?

RESPUESTAS:

- **23** CONTESTARON QUE **SÍ**, QUE LÓGICAMENTE EN LAS SEPARACIONES DE LOS PADRES DE FAMILIA, RESULTAN MÁS PERJUDICADOS LOS HIJOS MENORES, MÁXIME CUANDO SE SUSPENDE O PIERDE LA PATRIA POTESTAD.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.



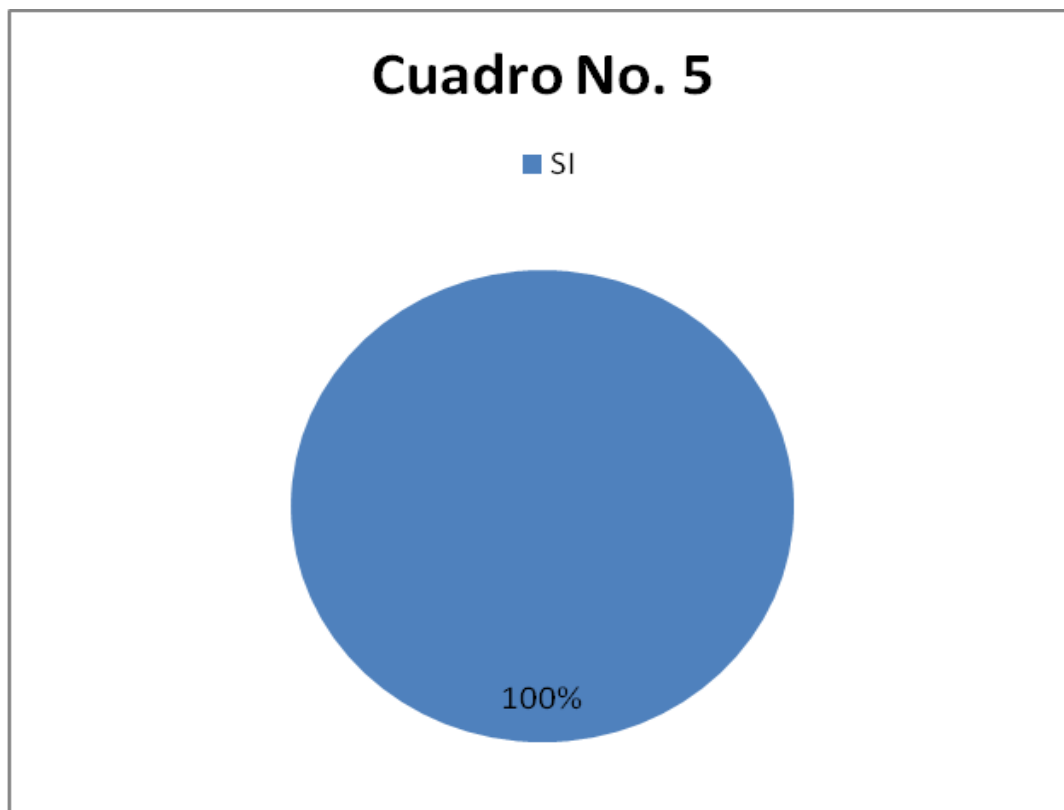
CUADRO No. 5

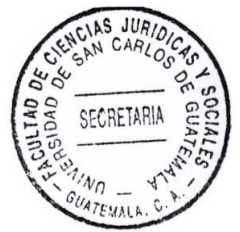
PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE EL JUEZ EN CASO DE PUGNA ENTRE EL PADRE Y LA MADRE DEBE VELAR SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO?

RESPUESTAS:

- **23** EXPRESARON QUE **SÍ**, QUE EL JUEZ DEBE DAR CUMPLIMIENTO A LO ESTABLECIDO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO Y EN EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL, OTORGANDO LA PATRIA POTESTAD O LA GUARDA Y CUSTODIA A LA PERSONA O INSTITUCIÓN MÁS IDÓNEA.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.





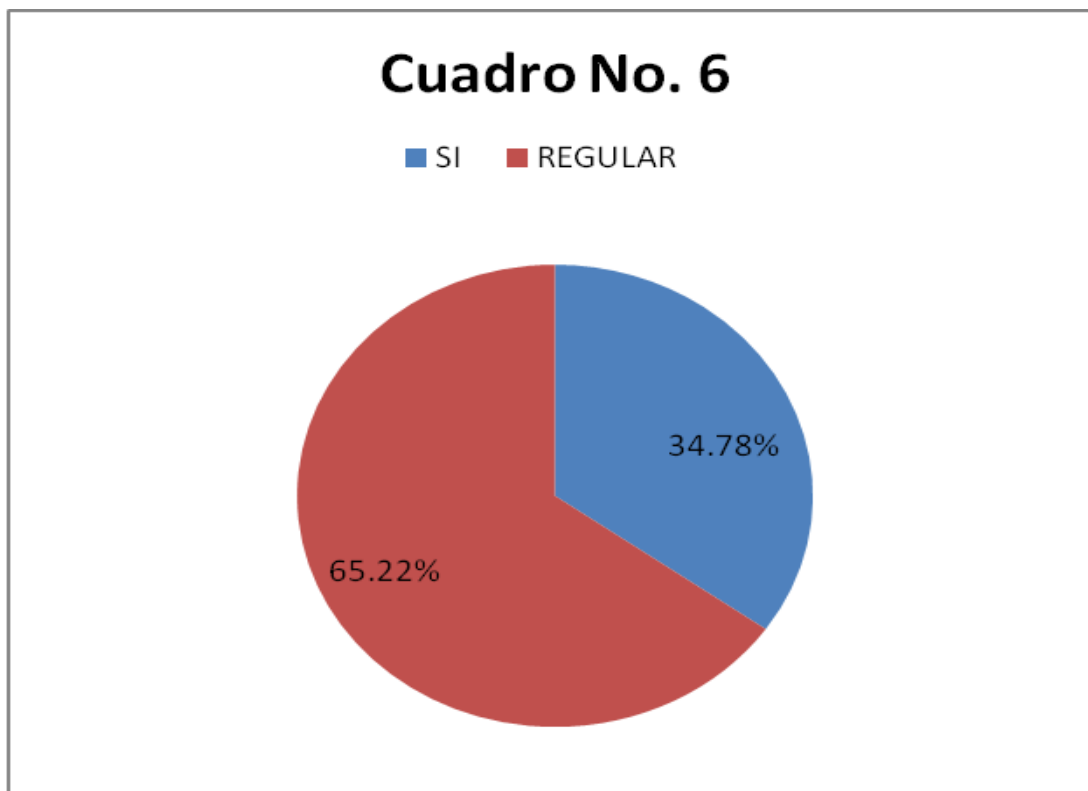
CUADRO No. 6

PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL CÓDIGO CIVIL SON CONGRUENTES CON LAS NORMAS RELATIVAS A LA PROTECCION DEL MENOR?

RESPUESTAS:

- **8** OPINAN QUE **SÍ**, QUE SON LO SUFICIENTE CONGRUENTES PARA EVITAR MUCHAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS DEL NIÑO, O LA PROTECCION DE LOS DESAMPARADOS.
- **15** MANIFIESTAN QUE **REGULAR**, PORQUE EL CÓDIGO CIVIL ESTABLECE QUE EL INTERÉS DE LOS HIJOS ES PREDOMINANTE, Y LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, PRECEPTÚA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.



CUADRO No. 7

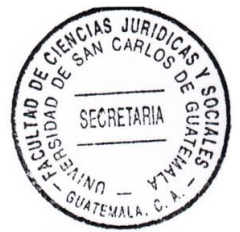
PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE ES MUY COMÚN QUE LOS PADRES SE ENCUENTREN EN PUGNA RESPECTO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS?

RESPUESTAS:

- **22** RESPONDEN QUE **SÍ**, QUE EN MUCHOS CASOS CUANDO LOS PADRES DECIDEN SEPARARSE, SE SUSPENDE O PIERDE LA PATRIA POTESTAD Y SURGE LA GUARDA Y CUSTODIA, Y UNO DE ELLOS NO ESTA CONFORME CON LA PERSONA O INSTITUCION QUE EL JUEZ HA NOMBRADO PARA EJERCERLA.
- **1** POR EL CONTRARIO OPINÓ QUE **NO**, QUE LOS PADRES HAN PERDIDO LA PATRIA POTESTAD POR IRRESPONSABILIDAD O MAL TRATO DE SUS HIJOS, POR LO QUE NO LES IMPORTA QUIEN EJERCERÁ LA GUARDA Y CUSTODIA DE SUS HIJOS.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.





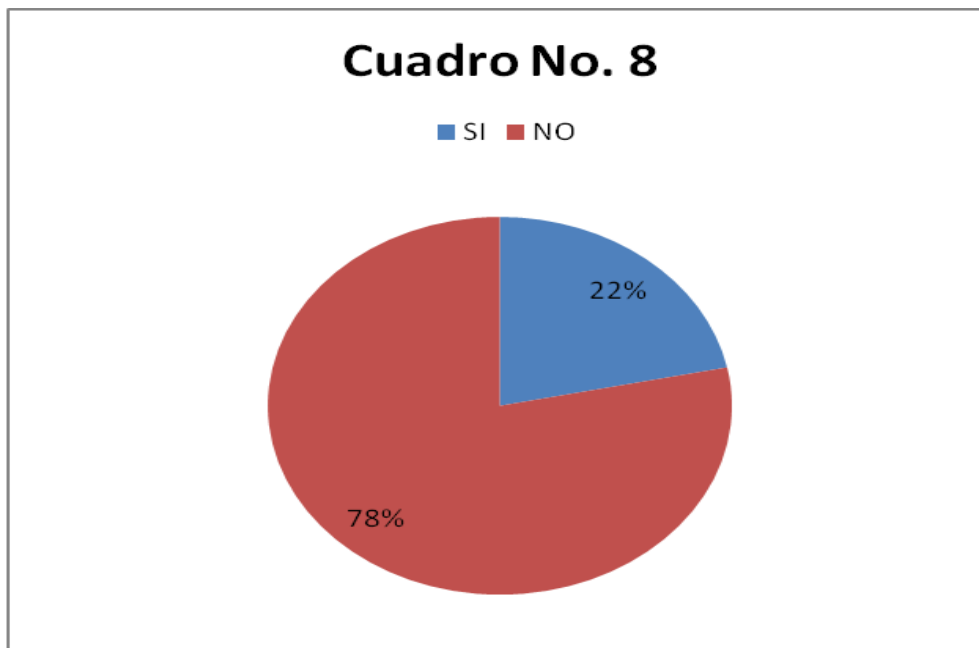
CUADRO No. 8

PREGUNTA:

¿CONSIDERA QUE EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA?

RESPUESTAS:

- **5** EXPRESARON QUE **SÍ**, PORQUE LA PATRIA POTESTAD ES UNA FACULTAD INNATA DE LOS PADRES DE FAMILIA Y LA GUARDA Y CUSTODIA LA PUEDEN TENER TERCERAS PERSONAS Y SE EJERCE SÓLO SI SE SUSPENDE O PIERDE LA PATRIA POTESTAD.
- **18** CONTESTARON QUE **NO**, QUE NUESTRO CÓDIGO CIVIL NO REGULA LA GUARDA Y CUSTODIA COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO CIVIL, POR LO TANTO NO SE PUEDE DIFERENCIAR.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.



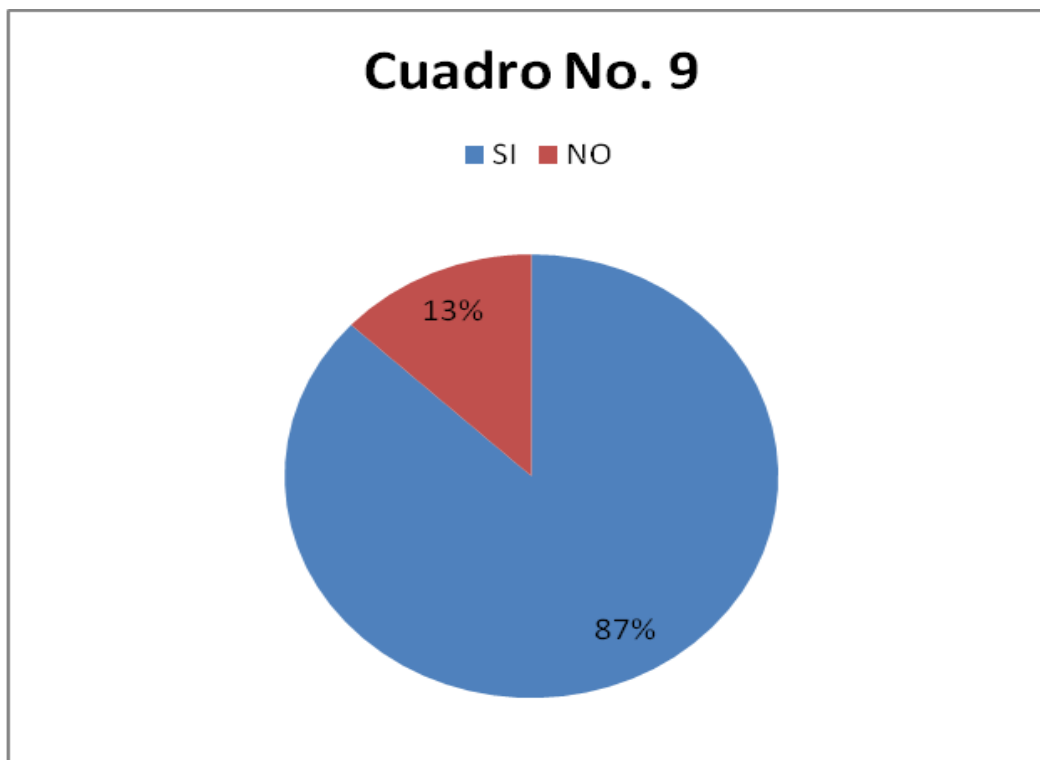
CUADRO No. 9

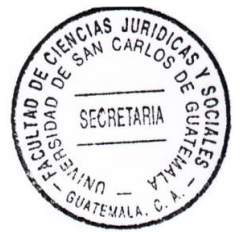
PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL CUIDADO DEL MENOR?

RESPUESTAS:

- **20** OPINAN QUE **SÍ**, PORQUE LA GUARDA Y CUSTODIA ENCIERRA ASPECTOS LEGALES O DE REPRESENTACIÓN ENTRE OTROS, MIENTRAS QUE EL CUIDADO SE REFIERE ESPECIALMENTE VESTUARIO, EDUCACIÓN Y ALIMENTACIÓN.
- **3** EXPRESARON QUE **NO**, PORQUE EL CUIDADO ES PARTE DE LA GUARDA Y CUSTODIA, POR LO QUE SE TRATA DE LA MISMA FIGURA JURÍDICA.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.





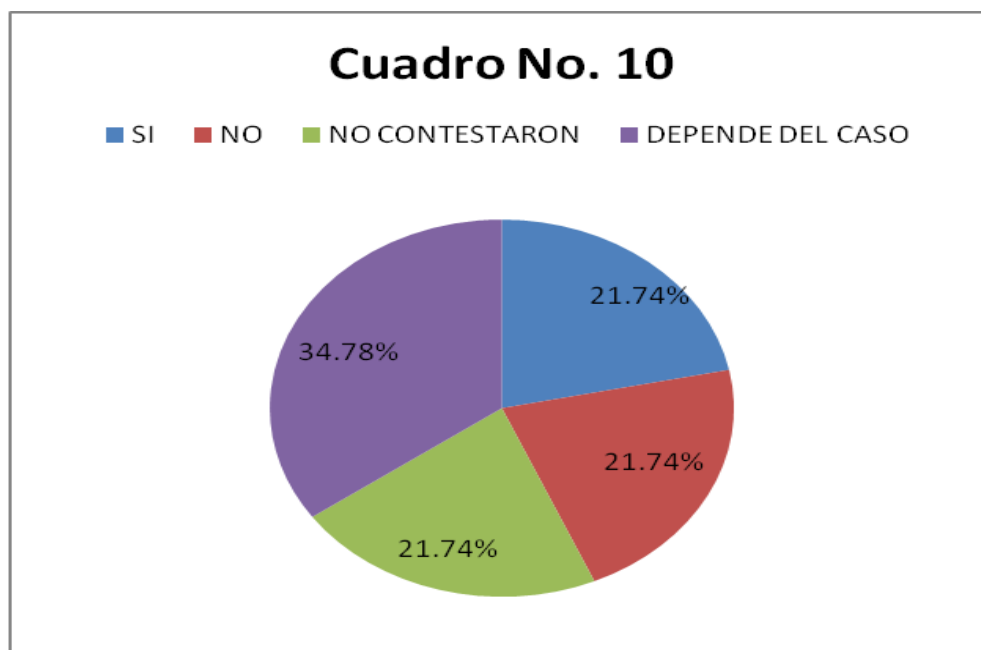
CUADRO No. 10

PREGUNTA:

¿CREE USTED QUE LOS JUECES NO HACEN UNA DISTINCIÓN ENTRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE PADRES Y DE TERCERAS PERSONAS?

RESPUESTAS:

- **5** OPINARON QUE **SÍ**, LOS JUECES TIENEN EL CONOCIMIENTO LEGAL PARA OTORGAR LA PATRIA POTESTAD O LA GUARDA Y CUSTODIA, LO MAS CONVENIENTE AL MENOR.
- **5** EXPRESAN QUE **NO**, DEBIDO A QUE LA GUARDA Y CUSTODIA NO ESTA CONTEMPLADA EN EL CÓDIGO CIVIL COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO, A LOS JUECES SE LES DIFICULTA LA DISTINCIÓN CON LA PATRIA POTESTAD.
- **5** PERSONAS DE LAS ENTREVISTADAS **NO CONTESTARON.**
- **8** RESPONDEN QUE **SÍ, DEPENDE DEL CASO,** EL JUEZ DEBE PRIMORDIALMENTE VELAR POR EL INTERÉS DEL MENOR, POR LO QUE SI TERCERAS PERSONAS SON MÁS IDÓNEAS QUE UN FAMILIAR DEL MENOR, SE OTORGARÁ LA GUARDA Y CUSTODIA
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.



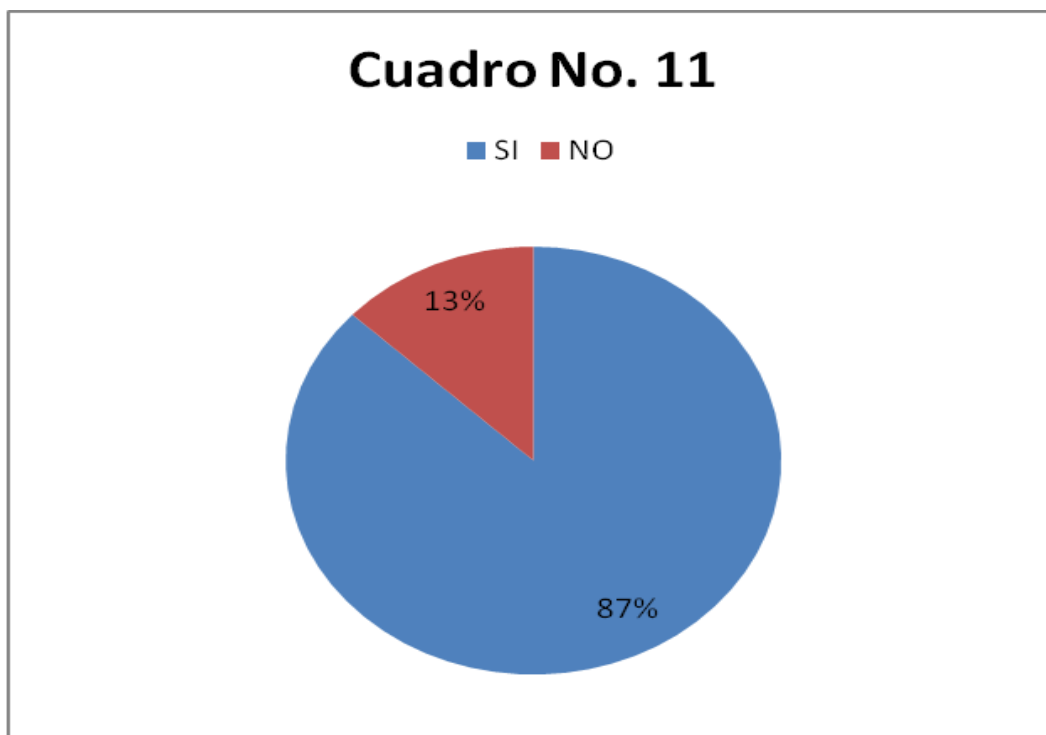
CUADRO No. 11

PREGUNTA:

¿DESPUÉS DE LA LECTURA DEL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO CIVIL, CREE USTED QUE INDUCE A LA CONFUSIÓN ENTRE LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA?

RESPUESTAS:

- **20** MANIFIESTAN QUE **SÍ**, PORQUE EN EL CÓDIGO CIVIL DEBIERA REGULARSE CADA INSTITUCIÓN INDISTINTAMENTE.
- **3** RESPONDEN QUE **NO**, QUE LOS JUECES CONOCEN PERFECTAMENTE LOS ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE CADA INSTITUCIÓN.
- TOTAL **23** PERSONAS ENTREVISTADAS.



Fuente: Investigación de campo, Noviembre año 2004.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I y II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria, año 1981. Guatemala.
- ÁLVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Tesis de Graduación, Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.
- BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Tesis de Grado Académico, Universidad de San Carlos de Guatemala, Imprenta Zeta, 1970.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Nociones Generales de las Personas, de la Familia, Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria. Guatemala, 1973.
- CASTÀN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral**. Derecho de Familia, Relaciones Conyugales. 9ª. Edición. Madrid, Reus, 1976.
- DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personal con relación a su estado civil**. Valencia Juan Mariana y Sanz, 1868.
- DE PINA VARA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Edición.
- DIEZ PICAZO, Luis Antonio. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. 3ª. Edición, Madrid, España, 1983.
- GONZALEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil**. Valladolid, Colegio Santiago, España, 1924.
- GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2ª. Reimpresión de la 3ª., Edición, Tomo I.
- MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica**. Tesis profesional, Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1970.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta S.R.L., 1981.



PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil: la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela.** Bosch Editorial, 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Tomo V, Familia y Sucesiones. Editorial Arazandi, Pamplona, España, 1974.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico práctico del contrato del matrimonio de la compraventa.** Madrid, España Moderna, S.F.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil.** Introducción, Personas y Familia, Volumen I, Editorial Porrúa, S.A. México, I. D.F. 1978.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones del derecho civil.** Editorial Mimusa, México, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español.** Derecho de Familia, Parte Especial, Tomo IV, Talleres Tipográficos, Madrid, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana María. **Breve comentario sobre el Decreto Ley 106.** Folleto sin fecha.

WWW.bibliojuridica.org/variosautore.htm (Guatemala, 12 de julio 2004).

Legislación:

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

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 1990.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. ratificado 1978.

Código Civil y Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley Número 107, 1964.

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

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

Instructivo para los Tribunales de Familia. Secretaria de la Corte Suprema de Justicia, Circular Número 42/AH, 1964.

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



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