

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

**REFORMAR EL ORDEN DE LA TUTELA LEGÍTIMA, TOMANDO EN CUENTA EL  
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

**ERICK JOSUÉ BOCHE SIRIN**

**GUATEMALA, FEBRERO DE 2023**

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

**REFORMAR EL ORDEN DE LA TUTELA LEGÍTIMA, TOMANDO EN CUENTA EL  
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ERICK JOSUÉ BOCHE SIRIN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, febrero de 2023

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras  
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome  
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García  
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera  
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar  
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Licda. Edna González Quiñonez  
Vocal: Lic. Henry Ostilio Hernández  
Secretario: Lic. Henry Macz

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Edwin Noel Peláez Cordón  
Vocal: Licda. Anabella del Rosario Orellana Reyna  
Secretaria: Licda. Valeska Ivonne Ruíz Echeverría

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



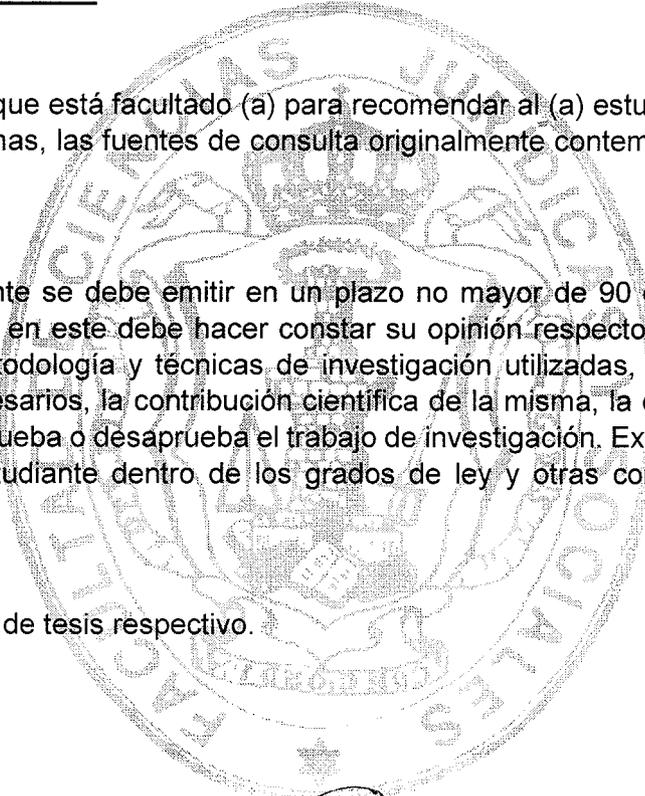
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 08 de septiembre de 2022.**

Atentamente pase al (a) Profesional, **GUILLERMO DAVID VILLATORO ILLESCAS**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ERICK JOSUÉ BOCHE SIRIN**, con carné 200218267 intitulado: **REFORMAR EL ORDEN DE LA TUTELA LEGÍTIMA, TOMANDO EN CUENTA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

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

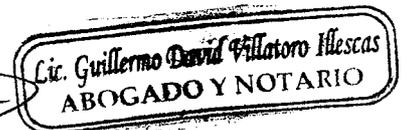
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



**CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS**  
 Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO



Fecha de recepción 19 / 09 / 2022. (f)

Asesor(a)  
 (Firma y sello)



**Lic. Guillermo David Villatoro Illescas**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado 12,743**



Guatemala, 04 de octubre del año 2022

**Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho.**



Dr. Herrera Recinos:

Tengo el agrado de dirigirme a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha ocho de septiembre del año dos mil veintidós asesoré el trabajo de tesis presentado por el alumno **ERICK JOSUÉ BOCHE SIRIN** quien se identifica con el carné estudiantil 200218267 y elaboró el trabajo de tesis titulado: **“REFORMAR EL ORDEN DE LA TUTELA LEGÍTIMA, TOMANDO EN CUENTA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”**; procedí a emitir opinión y las modificaciones necesarias, las cuales fueron atendidas por el alumno, por lo que procedo a dictaminar en el siguiente sentido:

1. Contiene un amplio contenido relacionado con la importancia de reformar el orden de la tutela legítima tomando en consideración el interés superior de la niñez en la sociedad guatemalteca
2. La investigación utilizó los métodos deductivo y sintético, para comprobar la hipótesis formulada, mediante lo cual se indica la importancia de garantizar la protección a los derechos fundamentales de la niñez.
3. La redacción empleada en el desarrollo de la tesis cumple con los requisitos necesarios, al mismo tiempo de que en la misma contribuye científicamente al estudio del tema, recolectando información actualizada y suficiente, así como apoyándose en bibliografía y derecho comparado relacionado con el informe final.
4. La bibliografía de la cual se hizo uso es la adecuada, siendo la conclusión discursiva relacionada con el contenido de los capítulos de la tesis. Al desarrollar el trabajo de investigación le indiqué al alumno diversas modificaciones a la introducción, índice, capítulos y citas bibliográficas acordes al tema, al considerar que eran necesarias y el sustentante estuvo conforme con su elaboración. Se hace la aclaración que entre el alumno y el asesor no existe vínculo alguno dentro de los grados de ley.

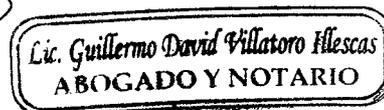
**Lic. Guillermo David Villatoro Illescas**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado 12,743**



5. Personalmente me encargué de orientarlo durante las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, haciendo uso de la metodología correcta la cual comprueba la hipótesis formulada.

Doy a conocer que la tesis que se desarrolló por el sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



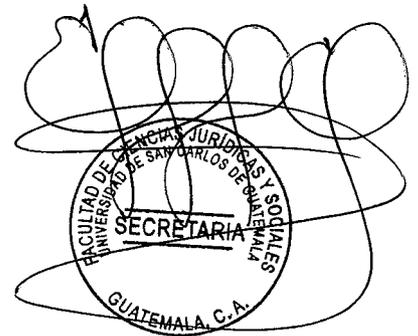
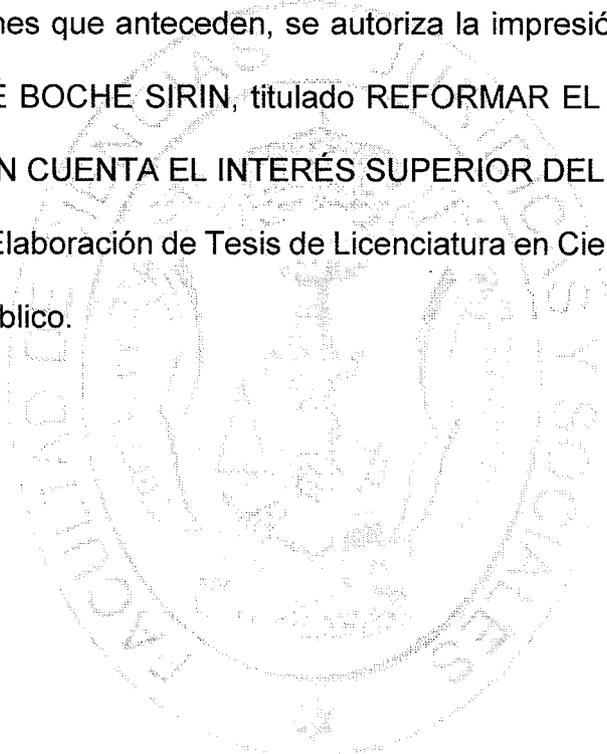
**Lic. Guillermo David Villatoro Illescas**  
**Asesor de Tesis**  
**Colegiado 12743**



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintiséis de enero de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ERICK JOSUÉ BOCHE SIRIN, titulado REFORMAR EL ORDEN DE LA TUTELA LEGÍTIMA, TOMANDO EN CUENTA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

Por ser el principio de toda sabiduría, por su gran amor, fidelidad y misericordia, por darme el don de vida, la sabiduría e inteligencia para culminar mis estudios.

### **A MI MADRE:**

Blanqui quien con sus palabras de aliento y amor, supo guiarme para que siguiera siempre adelante y ser perseverante a cumplir con todas mis metas.

### **A MIS ABUELOS:**

Jerónimo por ser ejemplo de amor y entregar ante la vida, por su sacrificio, esfuerzo y por creer en mí, por su apoyo incondicional y todo lo que me has enseñado; y, Julia (Q.E.P.D.) por ser mi guía y mi ejemplo, educarme con mucho amor y sacrificio, a ti muchas gracias.

### **A MI HERMANO:**

Saúl Javier, por ser la fuente de motivación e inspiración en superarme cada día más.

### **A MIS PRIMOS:**

Heidi, Jacqueline, Emmy, Teddy y Lester, quienes me han apoyado en todo momento. A mi familia José Luis, Moisés, Camilo, Luis Pablo, José Jacob, Sebastián, Gaby y Matías por su apoyo, cariño y amor.

### **A MIS TÍOS:**

Esperanza y Edgar por su amor, cariño y apoyo incondicional en cada etapa de mi vida.



**A:**

Mis amigos y a cada una de las personas que Dios ha puesto en mi camino y por el apoyo brindado y sus buenos deseos.

**A:**

Guatemala, mi patria; a la que podré contribuir en su desarrollo y prosperidad.

**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme las puertas para poder superarme académicamente y por mi formación profesional.



## PRESENTACIÓN

La investigación que se realizó es cualitativa, siendo de importancia la representación que ejerce un tercero de un menor o incapacitado, mientras no se encuentre bajo la patria potestad, quedará bajo la sucesión de la tutela. De esa manera, la ley establece varios casos en que puede aplicarse la tutela, atendiendo a diversas situaciones que pueden originarse, derivado del estado en que se encuentre el pupilo. Por otro lado, la tutela legítima establece claramente un orden en el cual tiene que otorgarse, sin alteraciones al orden. En ocasiones se otorga a la persona menos idónea, para que el niño o menor este bajo su tutela, sin que además pueda aplicarse en ella el principio de interés superior del niño.

La investigación fue de tipo analítica, perteneciendo la misma a la rama cognitiva del derecho civil y derecho de familia respectivamente, ya que lo que se buscó fue dar a conocer aspectos generales de la tutela, desarrollando la investigación dentro del período 2011 al 2015 en la ciudad capital de la República de Guatemala.

El objeto de estudio indicó la problemática derivada al no ejercerse la patria potestad quedando sujetos a la tutela. Los sujetos en estudio fueron los menores de edad. Como aporte científico del estudio de la investigación se planteó el análisis de la tutela legítima, así como el principio del interés superior del niño.



## HIPÓTESIS

Es necesaria la reforma inmediata a la normativa que establece el orden de la tutela legítima que se encuentra regulado en el Artículo 299 del Código Civil, tomando en consideración que se busca el bienestar integral del niño, desde su temprana edad, ya que ellos conviven o son más afines con sus abuelas, ya que el Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego de haber realizado el trabajo de tesis y someter a prueba la hipótesis, la misma fue validada empíricamente, para lo cual, se utilizó el método deductivo y el inductivo, puesto que se estableció que la manera de garantizar que se cumplan las garantías constitucionales especialmente el bienestar integral del niño. El Organismo Judicial debiera utilizar su derecho para presentar una iniciativa de ley y plantear la reforma del Artículo 299 del Código Civil para que el Estado establezca claramente el orden tomando en consideración el interés superior del menor.

---

## ÍNDICE

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

### CAPÍTULO I

1. La familia y el derecho de familia.....	1
1.1. Conceptualización de familia.....	3
1.2. Derecho romano.....	4
1.3. Definición.....	9
1.4. Regulación.....	10
1.5. El derecho de familia.....	13
1.6. Contenido del derecho de familia.....	15
1.7. Parentesco.....	15
1.8. Clases de parentesco.....	16
1.8.1. Parentesco por consanguinidad.....	16
1.8.2. Parentesco por afinidad.....	17
1.8.3. Parentesco civil.....	18
1.8.4. Parentesco espiritual.....	18
1.9. Filiación.....	19
1.10. Clases de filiación.....	20
1.10.1. Filiación legítima.....	20
1.10.2. Filiación natural.....	20
1.10.3. Filiación legitimada.....	20
1.11. Patria potestad.....	20
1.11.1. Evolución y concepto de la patria potestad.....	20
1.11.2. Edad media.....	22
1.11.3. Definición y naturaleza.....	22

## CAPÍTULO II

2.	Tutela y curatela en el derecho romano.....	27
2.1.	Esencia y origen histórico de la tutela y de la curatela.....	27
2.2.	Clases de tutela en el derecho romano.....	30
2.2.1.	Tutela testamentaria.....	30
2.2.2.	Tutela legítima.....	30
2.2.3.	Tutela dativa.....	31
2.3.	Requisitos para ejercer la tutela en el derecho romano.....	31
2.4.	Objeto.....	32
2.5.	Cesación de la tutela.....	32
2.6.	Personas sujetas a la tutela.....	33
2.6.1.	Tutela de los impúberes.....	33
2.6.2.	Tutela perpetua de las mujeres.....	33
2.7.	La curatela.....	34

## CAPÍTULO III

3.	La institución tutelar.....	37
3.1.	Clases de tutela.....	37
3.1.1.	Tutela testamentaria.....	38
3.1.2.	Tutela legítima.....	38
3.1.3.	Tutela judicial.....	39
3.1.4.	Tutela especial.....	39
3.1.5.	Tutela legal.....	40
3.1.6.	Tutela específica.....	40
3.2.	Inhabilidad y excusas para la tutela.....	41
3.3.	Remoción.....	42
3.4.	Elementos personales o subjetivos.....	42
3.4.1.	Tutor.....	42



3.4.2. Protutor.....	43
3.4.3. Pupilo o tutelado.....	43

## CAPÍTULO IV

4. Reforma al orden de la tutela legítima, tomando en cuenta el interés superior del niño.....	45
4.1. El principio del interés superior del niño.....	45
4.1.1. Antecedentes.....	47
4.1.2. Convención sobre los Derechos del Niño.....	48
4.1.3. Definición.....	49
4.2. Procedencia de la tutela.....	49
4.3. Personas que ejercen la tutela.....	50
4.4. Orden de la tutela legítima.....	50
4.5. Ejercicio de la tutela.....	51
4.6. Rendición de cuentas de la tutela.....	57
4.7. Análisis de la reforma al orden de la tutela legítima, tomando en cuenta el interés superior del niño.....	59
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>63</b>



## INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis fue escogido a partir de realizarlo en busca de la necesidad del otorgamiento de la tutela legítima que regula el ordenamiento jurídico actual, cuando los órganos jurisdiccionales hacen su pronunciamiento respecto a la misma, y sea otorgada al pariente más cercano del menor, sin que se le pueda alterar su orden, aplicando el interés superior del niño, y así lograr con ello un bienestar integral para el menor.

Los objetivos de la presente investigación se señalaron y quedaron demostrados que para lograr una estabilidad en la vida de los niños, es fundamental que se aplique este principio, del interés superior del niño, aplicándolo así en la tutela legítima.

El contenido del presente trabajo, está distribuido en cuatro capítulos, de la siguiente manera; en el primero, se señaló la familia y el derecho de familia, la familia, el derecho romano, definición, regulación, el derecho de familia, contenido del derecho de familia, el parentesco, clases de parentesco, parentesco por consanguinidad, parentesco por afinidad, parentesco civil, parentesco espiritual, filiación, clases de filiación, filiación legítima, filiación natural, filiación legitimada, patria potestad, evolución y concepto de la patria potestad, Edad media, definición y naturaleza; el segundo, abordó, la tutela y la curatela en el derecho romano, esencia y origen histórico de la tutela y la curatela, clases de tutela en el derecho romano, tutela testamentaria, tutela legítima, tutela dativa, requisitos para ejercer la tutela en el derecho romano, objeto, cesación de la tutela, personas sujetas a la tutela, tutela de los impúberes, tutela perpetua de las mujeres y la curatela; el tercero, indicó la institución tutelar, clases de tutela, tutela testamentaria, tutela legítima, tutela judicial, tutela especial, tutela legal, tutela específica, inhabilidad y excusas para la tutela, remoción, elementos personas o subjetivos, tutor, protutor y pupilo o tutelado; el cuarto, analizó la reforma del orden de la tutela legítima tomando en cuenta el interés superior del niño, principio del interés superior del niño, antecedentes, definición, procedencia de la tutela, personas que ejercen la tutela, orden de la tutela legítima y ejercicio de la tutela.



En el desarrollo de la presente investigación se utilizaron el método de análisis con enfoque deductivo. Y las técnicas utilizadas de lectura, revisión de leyes, selección de fichas bibliográficas.

Por lo anterior expuesto es necesario la aplicación del principio del interés superior del niño dentro de la tutela legítima, para que la persona llamada a ocupar el cargo de tutor, logre que el niño alcance su estabilidad y bienestar integral.

La investigación se hace necesaria para determinar, en primer lugar, el significado, naturaleza jurídica y alcances del interés superior del niño, para que los órganos jurisdiccionales encargados del nombramiento de la tutela legítima hagan su pronunciamiento, considerando el principio garantista del interés superior del niño, y en segundo lugar, si existe la posibilidad legal de alterar el orden de precedencia en la tutela legítima e involucrar a personas de distinto grado de parentesco del menor de edad tomando en cuenta el interés superior del pupilo y el fortalecimiento a los vínculos afectivos de los mismos.



## CAPÍTULO I

### 1. La familia y el derecho de familia

Es importante establecer y comprender que la familia constituye uno de los pilares más importantes de la sociedad, y su fin primordial ha de ser la conservación de la raza humana procurando llevar a cabo una armoniosa unión y asimismo lograr seres humanos que tiendan a contribuir con el desarrollo de la sociedad. Y creo que el derecho de familia se basa fundamentalmente en el concepto de la familia. La misma es un grupo de personas formado por individuos unidos, y primordialmente vinculados por relaciones de filiación. Es un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, lo que lleva implícito los conceptos de parentesco y convivencia, o sea, es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio, que, en algunas sociedades, solo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También, puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros. No hay consenso sobre una definición universal de la familia. Es un concepto antropológico que puede relacionarse con otros conceptos, como los de clan, tribu y nación; sociológico e incluso económico (unidad mínima de empresa).



La familia nuclear, fundada en la unión entre varón y mujer, es el modelo familiar más común; pero las formas de vida familiar son muy diversas y dependen de factores sociales, culturales, económicos y afectivos. La familia, como cualquier institución social, tiende a adaptarse al contexto de la familia y supone por un lado una alianza, el matrimonio, y por el otro una filiación, los hijos.

La familia tiene su origen en el establecimiento de una alianza entre dos o más grupos de descendencia a través del enlace matrimonial entre dos de sus miembros. La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad, afinidad, adopción u otras razones diversas, hayan sido acogidas como miembros de esa colectividad. Las familias suelen estar constituidas por unos pocos miembros que suelen compartir la misma residencia. Dependiendo de la naturaleza de las relaciones de parentesco entre sus miembros, una familia puede ser catalogada como familia nuclear o familia extensa. El nacimiento de una familia generalmente ocurre como resultado de la fractura de una anterior o de la unión de miembros procedentes de dos o más familias por medio del establecimiento de alianzas matrimoniales o por otro tipo de acuerdos sancionados por la costumbre o por la ley.

La integración de los miembros de la familia, como en el caso de los grupos de parentesco más amplios como los linajes, se realiza a través de mecanismos de reproducción sexual o de reclutamiento de nuevos miembros. Si se considerara que la familia debe reproducirse biológicamente.



Tener una familia es cimentar una buena educación, formación y valores. Aquí se comienza la formación de la personalidad de cada uno de sus miembros; es el pilar sobre el cual fundamenta el desarrollo; es aquí donde se nos enseñan las responsabilidades y obligaciones; es donde actuamos con la mejor visión de nosotros mismos.

Si todos los individuos creyéramos dentro de un seno familiar, al cual se enfrentaría a menos problemáticas: Tendríamos el sentido de responsabilidad bien definido, habría menos violencia (dentro y fuera del hogar) y más respeto tanto por la naturaleza como por el entorno social. Sin embargo, no todos tenemos la dicha de crecer dentro de una familia amorosa, estable y unida; muchos individuos prefieren separarse de sus familias porque en ella no encuentran amor, respeto o apoyo y es ahí cuando deciden salir a buscar refugio en otras distracciones donde ponen en riesgo su integridad física, mental y emocional.

Si el núcleo de la célula está dañado, la sociedad adolece de estas fracturas y las refleja en sus relaciones y entornos; surgen acciones de violencia, desapegos, inconformidades. Por ello la tarea como sociedad es luchar por proteger a la familia, y promover un ambiente de respeto, valores, educación y amor a nuestros hijos; una familia que esté unida en todas las situaciones de la vida.

### **1.1. Conceptualización de familia**

La familia es una institución natural que surge con anterioridad al derecho, cuando el ordenamiento la toma en cuenta, y la regula como consecuencia de esa realidad humana y social presente en los diversos momentos históricos.



Surge por la unión de dos personas de distinto sexo para realizar un proyecto de vida en común, y como consecuencia de esa unión, y la trascendencia especial que conlleva, forma un ente que con el tiempo va a englobar a una pluralidad de individuos, que frente a los demás tienen una realidad e identidad propia.

Es de importancia que se indique que la familia es un grupo social con señas de identidad propias que va a configurar a los integrantes estas señas peculiares son entre otras, los apellidos, el nombre, que la marcan dándole una realidad identificadora, en el entorno social en que convive. También la familia puede aumentar otros medios legales, como la adopción.

La familia puede ser definida como: “Aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.<sup>1</sup>

## **1.2. Derecho romano**

La familia no presenta en el derecho romano los mismos rasgos o caracteres que en el derecho moderno. No se funda sobre el hecho natural de la unión de sexos, sino sobre un

---

<sup>1</sup> Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 4.



hecho político-económico: la *manus o potestas*, es decir el sometimiento de personas a una misma autoridad, la del *pater familias*.

Claro que el concepto de la familia no ha sido siempre el mismo a través del sistema jurídico romano. En la última fase de la evolución de este derecho encontramos ya un concepto de la familia coincidente con el que nos proporciona el derecho moderno.

Lo peculiar del derecho romano, que sirve para definir a la familia, es la sumisión a un *pater familias* (expresión que equivale a cabeza libre no sometida a otra potestad). Familia es, pues, sinónimo de familia agnaticia y significa el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad. Son agnados todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad.

El parentesco de sangre no basta para que haya agnación; es necesaria la situación de dependencia y subordinación. Así, la madre no es pariente agnaticia de sus hijos a título de maternidad; lo es en tanto se haya sometida a la *manus* del marido. La agnación existe sin necesidad de parentesco de sangre. La adopción y la *conventio in manum*, engendran la patria potestad y, por tanto, la agnación que se extiende a toda la parentela civil del nuevo agnado.

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



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

La cognación es el parentesco basado en la comunidad de sangre, representa el linaje y no la casa; se caracteriza por la comunidad de sangre, como la agnación por la comunidad doméstica. La cognación descansa en vínculos naturales; la agnación se funda en una relación escuetamente jurídica. La cognación no puede crearse ni extinguirse artificialmente, como la agnación.

El primitivo derecho romano se asienta en la familia agnaticia, pero paulatinamente la familia cognaticia abre brecha en el sistema jurídico romano, principalmente por obra del derecho pretorio, hasta imponerse plenamente en tiempos de Justiniano. A partir de entonces prevalece la familia cognaticia, y se da entrada al concepto moderno de familia.

En el derecho romano antiguo además de la familia existe otro grupo superior que es la gens. Estaba constituido por varias familias ligadas por un antiguo vínculo de agnación, y se manifestaba en tener un nombre común. A falta de agnados, los gentiles eran llamados a la herencia y a la tutela legítima. La gens cayo pronto en desuso y en la época de Gayo era una institución meramente histórica, desprovista el valor práctico.

La gens figuro como organismo religioso, que tenía sepultura y culto propio (*sacra privata*) y bajo la presidencia del *magister patergentis* tenía facultad para juzgar e, incluso, para legislar (*decreta gentilicia*). Las XII Tablas sancionaron un derecho de sucesión *ab*



*intestado* a favor de los gentiles, antes que a los extraños, para participar en la tutela de los menores y mujeres del grupo gentilicio.

La comunidad que forman los padres y los hijos, así como los lazos que los unen, son el fundamento de las inclinaciones e impulsos en el interior de la familia o comunidad familiar, lo que deja claro e indubitable que las leyes de su constitución tienen como fundamento las leyes del derecho natural. A pesar de ello, el hombre ha cometido errores respecto a este fundamento. Incluso Aristóteles defendió la «exposición» de los hijos y Platón apoyó la idea de la sustitución de la función educativa de la familia hacia los hijos dejándola a cargo del Estado.

Pero ante el poder del derecho natural, el propio Aristóteles aceptó que «el sentimiento se puede sublevar contra la exposición de los hijos» en su obra Política en la que se muestra en desacuerdo con Platón en cuanto a sus ideas acerca de la familia sustituida por la promiscuidad entre hombres y mujeres, dejando la educación de los hijos a cargo del Estado. El propio Platón ya no defendió su pensamiento anterior acerca de la familia en su libro Las Leyes. También estaba considerado el hogar por los pensadores antiguos como símbolo de la comunidad familiar al tiempo que lo designan al hogar como el altar de la casa. En cuanto a los fines de la familia se pueden considerar los tres más importantes: Dotar a sus miembros de los bienes necesarios, tanto corporales como espirituales, para llevar una vida cotidiana ordenada; la incorporación de los hijos al seno familiar y, por último, ser la célula de la sociedad por lo que el rango de la familia está por encima del propio Estado. Los fines, las funciones y las responsabilidades son los conceptos que



otorgan la posición de una comunidad familiar dentro del lógico pluralismo jurídico y social. Por ello, la obligación primordial del Estado respecto de las familias que formen la comunidad estatal, es la de que estas puedan cumplir las tareas que, por naturaleza, le son propias.

En primer término, es importante que las familias en nuestro mundo cumplan con sus roles en la sociedad como la de formar hijos con valores y principios; una de las consecuencias de la delincuencia juvenil es la propia familia. Hoy en día entre los jóvenes existe una carencia de autoridad o una falta de figura paterna, ya que los propios padres no se han preocupado por enseñar a obedecer a sus hijos en el hogar como: el respeto, la puntualidad, el amor, la honestidad y la solidaridad.

El hogar es el primer escenario donde se desarrollan los hijos. Por eso la familia es el primer medio de control social. Es allí donde el niño aprende a socializar positivamente. Un fracaso en esa etapa lleva a los problemas sociales que hoy vemos a diario, como el uso de la violencia para resolver conflictos o la inexistencia de valores como la responsabilidad, la solidaridad o el respeto de límites. La familia es la célula fundamental de la sociedad, esta ejerce el control social en el sentido de regular las interacciones humanas para reducir o evitar el conflicto y la proliferación de conductas socialmente desviadas. La buena convivencia ayuda al desarrollo de los valores en los hijos. La delincuencia ocurre cuando el proceso normal de aprendizaje social basado en las recompensas y castigos de los padres, se ve alterado por una disciplina que posee la hostilidad entre los padres y modelos paternos antisociales. Y es que se desarrollará en la etapa de la rebeldía y liberación donde

el joven quiere hacer lo que le plazca sin que nadie lo contradiga. Las cifras de delincuencia juvenil han aumentado en los últimos años, llegando a ser un problema que genera una gran preocupación en nuestra sociedad. En conclusión, los padres deben preocuparse de enseñar e impartir valores en el hogar y en el entorno familiar a sus hijos desde muy temprana edad, con la finalidad de contrarrestar las conductas delincuenciales y de violencia a las que puede estar expuesto en su vinculación con los jóvenes de su edad en la sociedad.

### **1.3. Definición**

El Código Civil no define a la familia. Es una noción que se da por supuesta y que, a la vez se deduce de sus regulaciones. En ella todo gira en torno a ese hecho, tan trascendente para cada persona humana y para toda la sociedad, que es la generación de nuevos seres humanos. Los vínculos interpersonales que conforman el grupo que se llama familia son precisamente los que se tejen en torno a la unión conyugal de un hombre y una mujer.

La familia constituye un preconcepto, en el sentido de que el sistema jurídico recoge el que está presente en un determinado tipo de sociedad y en una determinada época. De ahí, “El grupo familiar, más o menos amplio y autosuficiente, constituye sin duda un dato pre normativo, pues las personas y sus descendientes no requirieron en ningún momento la estructuración previa del derecho de familia para construir, en efecto, un grupo social, al

que tradicionalmente se le ha dado el nombre de familia”.<sup>2</sup> Siendo un *prius* respecto del derecho, ni que decir tiene que la familia es ante todo una institución social que, en cuanto objeto de la regulación jurídica. Partiendo de su consideración sociológica, la familia es un grupo de personas con lazos afectivos que se ha originado de forma natural y espontánea.

No ha sido creada por el derecho, ni necesita de él para su existencia. Ahora bien, una vez que surge, si es contemplada por el ordenamiento jurídico que la regula. De ahí, que las normas constitucionales resalten la importancia de la familia en la sociedad.

#### 1.4. Regulación

La familia concebida de una u otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social y los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma. El constituyente guatemalteco de 1985 creyó oportuno cuidar ese ámbito de la persona, como había ocurrido en los precedentes nacionales y extranjeros, aunque con variados grados de intensidad. Y se protege el grupo familiar como institución básica de la continuidad social.

“Los juristas tienen el hábito de contemplarla como institución jurídica, a la par que los sociólogos como institución o sociedad natural o cultural. Y, ciertamente algo de todo ello hay. Parece indiscutible que atendiendo a las vicisitudes históricas podemos conocer como la familia no siempre se ha configurado igual, ni tampoco las relaciones de

---

<sup>2</sup> Lasarte, Carlos. **Derecho de familia**. Pág. 5.



paternidad. Solo a partir de cierto momento existen grupos organizados como el actual, y ello porque factores concomitantes a la evolución social y cultural han conformado conceptos diferentes acordes a la etapa histórica”.<sup>3</sup>

Como principio rector de la política social, los poderes políticos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. En ese contexto, la Constitución Política de la República de Guatemala regula la familia en el capítulo II (Derechos Sociales), Sección Primera, en los artículos del 47 al 56.

Por otra parte, sigue el actual Código Civil, de forma parcial, la orientación del Código de 1933 en la estructura y contenido de las materias que integran a la familia, salvedad hecha de que este último no regulaba la unión de hecho, ni la adopción, e incluía el patrimonio familiar (o sea su equivalente, el asilo de familia) en el libro dedicado a los bienes, tratándolo juntamente con los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

En ese sentido el Código Civil regula esta importante institución dedicándole el Título II del Libro I De la Familia, que trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la patria potestad, los alimentos, la tutela, y el patrimonio familiar en los artículos del 78 al 441.

En materia de leyes especiales la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr

---

<sup>3</sup> Díez Picazo, Luis. **Familia y derecho**. Pág. 27.



el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos. Asimismo reconoce el derecho a la familia en los siguientes términos, Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

La Ley de Adopciones es un cuerpo legal, que regula la adopción como institución de interés nacional, procedimiento judicial y administrativo para llevar a cabo la adopción. Esta norma deroga la regulación establecida en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. En lo relativo a esta institución esta Ley de Adopciones guarda especial concordancia con la Convención de la Haya en cuanto a protección y cooperación en materia de adopciones internacionales, reconoce la adopción nacional e internacional, teniendo la primera preferencia sobre la segunda, y además crea el Consejo Nacional de Adopciones.

En el ámbito del derecho público, el Código Penal dedica a proteger como bien jurídico a la familia en los artículos 129, 131, del 133 al 136, del 138 a 140, 178, 189 numeral 5º., 192 numeral 2º., del 226 a 231, del 236 a 237, del 238 a 241 y del 242 a 245. Por su parte la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, tiene por objeto la protección de la familia por medio de aplicación de medidas de protección necesarias para

garantizar la vida, integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar, a la vez tiene por objetivo dar protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos, ancianas y personas discapacitadas, por supuesto tomando en cuenta las situaciones singulares a cada caso.

### **1.5. El derecho de familia**

Al derecho le interesa mucho, la familia, por evidentes razones de organización social y de tutela de las personas necesitadas de protección (con carácter general, los menores de edad o los discapacitados), cuya atención ha de procurarse mediante mecanismos sustitutivos si la familia no existe o no resulta suficiente para ello.

La idea de solidaridad y de socorro mutuo entre los cónyuges y los miembros de la familia, en efecto, soluciona de hecho no pocas de las tensiones sociales existentes, de las que, por tanto, la estructura política y administrativa puede desentenderse de plano.

Pero claro está, la convivencia familiar puede originar simultáneamente numerosos conflictos que requieren una regla de mediación jurídica a la que el Estado no puede responder con indiferencia.

El conjunto de reglas de intermediación y organización familiar de carácter estructural se denomina derecho de familia y, comprende básicamente los siguientes aspectos:

La regulación del matrimonio y sus posibles situaciones de crisis, las relaciones existentes entre padres (o progenitores) e hijos, las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad.

En esta línea de pensamiento, cabe resaltar que el Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de la familia con base a las normas del denominado Derecho de familia, el cual es concebido como: “Un conjunto de normas, por lo general imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que se refieren a la familia.”<sup>4</sup> Por consiguiente, el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones derivadas del matrimonio o de la convivencia estable y del parentesco. A la luz de lo expuesto, observamos que las normas de derecho de familia son imperativas, son indisponibles, de modo que no se puede renunciar a derechos y deberes que imponen; no pueden transmitirse y tienen un acentuado aspecto en función.

En el Derecho de familia existe un concepto propio: el de potestad. Consiste en un poder atribuido a un sujeto (progenitor y tutor), sobre otro sujeto (hijo menor de edad o incapacitado), que está sometido a esta potestad en su propio beneficio y para propiciar que se puedan cumplir las finalidades de protección buscadas. Puede hablarse del derecho de familia en un doble sentido. “Así, en sentido objetivo se entiende por derecho de familia el conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En un sentido subjetivo, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de

---

<sup>4</sup> Roca Trías, Ana María. **Derecho de familia**. Pág. 24.



aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”.<sup>5</sup>

## **1.6. Contenido del derecho de familia**

El derecho, frente al hecho familia (en su más amplio sentido) es posterior y el legislador no lo crea, limitándose a tomarlo en consideración al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos: la unión tendencialmente permanente de hombre y mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias por el derecho (matrimonio); la unión extramatrimonial con propósito de permanencia; los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio; el vínculo equivalente a la filiación (adopción); finalmente, las cuestiones económicas que tales situaciones plantean, dando así a lo que era un grupo natural superestructura jurídica. Estos hechos familiares primarios, es decir, la constitución de los cónyuges y de la paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, constituyen, al ser disciplinados por el derecho, el núcleo del derecho de familia propiamente dicho.

## **1.7. Parentesco**

El concepto de parentesco fue ampliándose paralelamente al desarrollo del derecho. Antiguamente, el nexu sanguíneo era determinante: por ejemplo, se definía al parentesco

---

<sup>5</sup>Puig. **Op.Cit**, Pág. 22.

como: “La relación o conexión que hay entre personas unidas por los vínculos de la sangre”.<sup>6</sup>

El parentesco “Es la relación, unión o conexión que existe entre varias personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión”.<sup>7</sup> También: “El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho”.<sup>8</sup>

## **1.8. Clases de parentesco**

De los conceptos expuestos se infieren las distintas clases de parentesco generalmente admitidas, de las cuales una sola de ellas no tiene mayor relevancia para el derecho. En el orden resultante de la importancia que de los preceptos legales se advierte en cuanto a esta materia, puede decirse que las distintas clases de parentesco son: parentesco por consanguinidad, parentesco por afinidad, parentesco civil, parentesco espiritual.

### **1.8.1. Parentesco por consanguinidad**

Generalmente definido como el que existe entre personas unidas por vínculos de sangre, o sea entre las personas que descienden una de otra, o que sin descender una de otra

---

<sup>6</sup> Escriche, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.** Pág. 1380.

<sup>7</sup> Sánchez Román. **Derecho civil.** Pág. 181.

<sup>8</sup> Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil.** Pág. 187.

proceden de una misma raíz o tronco, aclarándose que los que descienden uno de otro son los ascendientes y descendientes: los que descienden de una misma raíz son los hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc., los cuales se llaman colaterales. “El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común”.<sup>9</sup>

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

### **1.8.2. Parentesco por afinidad**

Es un parentesco resultante del matrimonio, que la ley reconoce entre el varón y los parientes de la mujer, y entre esta y los parientes del varón.

Con cierta vaguedad e impropiedad terminológica, se señala que esta clase de parentesco: “Se origina por la unión que existe entre un cónyuge y los parientes del otro”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> **Ibíd.** Pág. 187.

<sup>10</sup> Puig. **Op. Cit.** Pág. 182.



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

### **1.8.3. Parentesco civil**

Se le denomina también parentesco por adopción, debido a que nace en razón de la misma. Tiene, necesariamente, los alcances y efectos que cada legislación le reconoce. “El parentesco civil, es el originado por la adopción, haciéndose parientes en virtud de ella el adoptante y el adoptado, y éste y la familia del adoptante.”<sup>11</sup>

En Guatemala, conforme a lo dispuesto en el Artículo 229 del Código Civil, el parentesco que se establece entre adoptante y adoptado no se extiende a los parientes de uno y otro. Asimismo, el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél; y el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca.

### **1.8.4. Parentesco espiritual**

También llamado parentesco religioso. “Se crea por la administración de los Sacramentos del Bautismo y Confirmación y se hacen parientes por él, el ministro del Sacramento y la

---

<sup>11</sup> **Ibíd.** Pág. 188.

persona que lo recibe, los padres y los padrinos”.<sup>12</sup> Esta clase de parentesco, el parentesco espiritual, no está reconocido por la legislación de Guatemala, aunque se reconoce en las relaciones sociales como una unión espiritual, no tan acentuada respecto al ministro religioso y quien recibe los expresados sacramentos, como entre éste y padrinos y padres.

### 1.9. Filiación

El término filiación es: “El vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado”.<sup>13</sup> Es decir entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. Sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.

Asimismo en una connotación estricta es: “La relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo”.<sup>14</sup> Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

---

<sup>12</sup> **Ibíd.** Pág. 190.

<sup>13</sup> Rojina. **Op. Cit.** Pág. 451.

<sup>14</sup> **Ibíd.** Pág. 455.

## **1.10. Clases de filiación**

### **1.10.1. Filiación legítima**

La filiación legítima: “Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres”.<sup>15</sup>

### **1.10.2. Filiación natural**

La filiación natural: “Es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio”.<sup>16</sup>

### **1.10.3. Filiación legitimada**

“Es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración”.<sup>17</sup>

## **1.11. Patria potestad**

### **1.11.1. Evolución y concepto de la patria potestad**

---

<sup>15</sup> **Ibíd.** Pág. 456.

<sup>16</sup> **Ibíd.** Pág. 458.

<sup>17</sup> **Ibíd.** Pág. 459.

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

En el derecho romano clásico las relaciones paterno-filiales quedan encuadradas en la *potestas* del *pater familias*, poder que alcanza no sólo a los hijos, sino también a los descendientes de los hijos y a la esposa, propia y de los hijos, en los supuestos de matrimonio cum manu.

Además, la patria potestad romana se caracteriza por su carácter patriarcal (corresponde al padre), absoluto (supone el *ius vitae acnecis* y la propiedad de los bienes de los sometidos) y perpetuo (*salvo mancipatio*).

Sin embargo, en el derecho romano postclásico y justiniano la patria potestad va indicando alguno de sus caracteres. Así, se estructuran como ámbitos de independencia patrimonial de los hijos respecto de los padres (peculios profecticio, castrense, cuasicastrense y adventicio), por el desarrollo de la actividad comercial, militar y administrativa, y se limita el *ius vitae acnecis*, por influencia del cristianismo.

### 1.11.2. Edad media

Se deja de sentir la influencia de la concepción germánica influida, a su vez, por el cristianismo, que concibe la potestad paterna como temporalmente limitada (hasta el matrimonio o la entrada al servicio de las armas) y confiere mayor autonomía patrimonial al hijo. Así, en los países franceses sujetos al derecho consuetudinario y en Aragón, se afirma que en sus costumbres no se recoge la institución de la *patria potestas*, queriendo significar su alejamiento de la concepción romana.

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

### 1.11.3. Definición y naturaleza

El término *patria potestad* proviene de dos acepciones latinas que corresponden a dos ideas claramente definidas: *patria*, que quiere decir padre, y *potestad*, que equivale a decir poder, consecuentemente, *patria potestad* equivale al poder del padre. Las relaciones paterno-filiales alcanzan su máxima expresión jurídica a través de lo que tradicionalmente se conoce como *patria potestad*, con la que se pretende atender fundamentalmente las necesidades de los hijos menores de edad o los hijos mayores de edad que se encuentren en estado de interdicción.



Esta institución se concreta en una potestad que el derecho positivo atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de su función: el cuidado y la capacitación del hijo. De ahí, que se afirme que la patria potestad es un conjunto de facultades que se confieren para el cumplimiento de deberes. Cabría afirmar que también es un derecho subjetivo si tenemos en cuenta que se trata de un ámbito de poder concreto defendiendo frente a todos y conferido a los padres en cuanto personas, ámbito de poder acotado por el cumplimiento de los deberes de protección y educación y por el beneficio del hijo.

Sin embargo, tal carácter de derecho subjetivo aparece empañado por su carácter instrumental y por el dato de que las facultades que la patria potestad comporta no son de libre sino de obligado ejercicio, y no se dan en interés de quienes las ostentan. Por ello se habla de patria potestad como función (y no como derecho subjetivo), que recae sobre personas de limitada capacidad de obrar (menores e incapacitados) y que tiene una finalidad esencialmente tuitiva: cuidado, alimentación, educación, formación integral.

De las argumentaciones anteriores, definimos a la patria potestad, como el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad o incapacitados a efectos de su protección y formación. La patria potestad es un derecho (los padres tienen el derecho de ostentar la patria potestad de los hijos) y a la vez, constituye una obligación.

Los lazos que dan una definición de parientes más clara, son los vínculos de afinidad son aquellos en los que dos personas o más tienen un sólido interés en común, y uno de los

más estables y destacados en la sociedad es el del matrimonio, constituido en su mayoría por dos personas de distinto sexo y con algunas excepciones, del mismo sexo.

Los vínculos de consanguinidad son los que se dan por la filiación entre los individuos que proceden de un mismo progenitor (hermanos de sangre). Sin embargo, existe otro tipo de lazo, el cual sería el civil, como el caso de la adopción, que significa acoger en el seno familiar a un bebé, niño o adolescente cuyas figuras paternas se encuentran ausentes o no pueden hacerse cargo de ellos.

La patria potestad es una institución jurídica originada en la Antigua Roma y adoptada por algunos países, con diversos alcances, para regular las relaciones entre el o los progenitores con sus hijos no emancipados. El sistema fue creado por el derecho romano, estableciendo el poder exclusivo sobre los hijos, integrándose con el poder que el *pater familia* también ejercía sobre su esposa y sus esclavos.

Algunos países europeos adoptaron el sistema de patria potestad para regular las relaciones entre padres y madres, por un lado, e hijos e hijas por el otro. En Hispanoamérica, la patria potestad romana fue impuesta por el Imperio Español en sus virreinos, de donde pasó a los sistemas jurídicos de los países que se independizaron a partir del Siglo XIX. Con el paso de los años, los sistemas de patria potestad se han ido reformando para introducir disposiciones igualitarias entre hombres y mujeres, para reducir la tradicional concepción jerárquica patriarcal del instituto, así como para incorporar al menor como sujeto y el interés superior del menor como principio rector. Los sistemas también se han ido reformando para atender al aumento de los casos de divorcio y



establecer las normas que rigen la patria potestad cuando los padres no viven juntos En  
las últimas décadas, sobre todo a partir de la sanción en 1989 de la Convención sobre los  
Derechos del Niño.





## CAPÍTULO II

### 2. Tutela y curatela en el derecho romano

#### 2.1. Esencia y origen histórico de la tutela y de la curatela

La tutela y la curatela son dos poderes sobre las personas que, aun siendo “*siu iuris*”, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente el propio patrimonio. La falta de tal capacidad puede ser total o parcial, y fundada en razones de edad, de sexo, de enfermedad mental o de tendencia a la dilapidación. El “impúber” y la mujer quedan sujetos a tutela al morir el “paterfamilias” bajo cuya “*potestas*” se encuentran.

La tutela es definida por Servio como “*vis acpotestas in capite libero ad tu endu meum qui propterae tatem vel sexum suas ponte se defenderé nequit, iure civile data permissa.*” La tutela es la fuerza y potestad sobre persona libre, otorgadas por el derecho civil para proteger a quien, en razón de su edad, o sexo, no puede defenderse por sí mismo.

En los tiempos antiguos la tutela es atributo de la “*manus o potestas*”, como lo prueba el hecho mismo de que falte entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. “*Paterfamilias*” y tutor son una misma persona: la potestad sobre los “impúberes” y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe



familiar. La que más tarde se llamaría familia “*communi iure*” no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por el designado.

Y si esto ocurrió de tal manera, parece lo más probable que la tutela no se configurase como “*visacpotestas*” subsistente por sí, sino como uno de los atributos de la “*manus*”. La diversificación sólo tuvo lugar en época histórica. Tutela y herencia se muestran en íntima conexión. Las vocaciones tutelares y hereditarias se conciben de acuerdo con un común determinante: la naturaleza del grupo familiar. Tutor es, en primer término, el “*heres*” designado en testamento, y, a falta de designación, o existiendo sólo impúberes o mujeres, asume la tutela el “*proximusadgnatus*”.

En los orígenes, no otro distinto del “*heres*” es el que ejerce la “*vis acpotestas*”, porque únicamente él tiene poderes familiares. Y si en el Derecho histórico fue posible investir en la tutela a persona distinta del “*heres*”, todavía se mantuvo por largo tiempo la idea de que sólo el paterfamilias está autorizado para nombrar tutor, y en el acto del testamento, por el cual se provee a instituir heredero.

Al entrar en quiebra la unidad compacta de la familia “*communi iure*”, la potestad sobre los “impúberes” y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo propia fisonomía y propia denominación. Ambas formas de tutela no sirven, a una función asistencial o protectora del incapaz. Tutela “*impuverum*” y tutela “*melierum*” se confieren por ley al “*proximusadgnatus*”, es decir, al más próximo heredero varón del tutelado. El llamamiento del “*proximusadgnatus*”, ya sea a la herencia, ya sea a la tutela, deriva de su posición en la familia.



Solo al correr del tiempo, y por obra de una continua acción estatal, la tutela pierde su carácter de potestad inherente a semejante posición, así como toda nota de interés personal. En la época posclásica la tutela es un oficio oneroso “*onustutela*”, a la vez que un deber público “*manuspublicum*”.

La curatela tiene por objeto exclusivo la gestión o administración del patrimonio del incapaz. Diferenciándose así de la tutela, cuya nota esencial y característica es la asistencia y cooperación del tutor a los actos jurídicos que celebre el pupilo “*auctoritatisinterpositio*”.

De aquí la máxima según la cual tutor “*daturpersonae, curatorrei*”, el tutor se da para la persona, el curador para una cosa o causa. Cierto es todavía que en el curso de la evolución histórica, tutela y curatela llegan casi a confundirse.

La curatela aparece disciplinada en las XII Tablas, pero su verdadero desenvolvimiento data de tiempos más recientes. En todo caso, no puede decirse que su régimen ofrezca carácter de unidad.

No solo en el ámbito del derecho familiar, sino también fuera de él, existe una serie de “*curatores*” a quienes se encomienda la gestión de ciertos asuntos concernientes a personas que se encuentran en determinada situación “*curatorventris, absentis, bonorum, hereditatis, iacentis*”, etc.



## **2.2. Clases de tutela en el derecho romano**

En el derecho romano se conocieron tres géneros de tutela de los impúberes, según el modo de como ella se originará; tutela testamentaria, tutela legitima y tutela dativa.

### **2.2.1. Tutela testamentaria**

Esta clase de tutela se fundaba en la voluntad del “*paterfamilias*” declarada en un testamento.

La amplia facultad de testar reconocida al *paterfamilias* por la Ley de las XII Tablas le permitió designar tutor para sus hijos, que se hacían *sui iuris* a su muerte, por medio de testamento.

El tutor testamentario adquiría su condición de tal desde el momento de la adición de la herencia. Como su nombramiento no dependía del parentesco, podía rechazar la tutela “*abdicatio tutelae*”, sin que se le exigiera ninguna alegación de causa. .

### **2.2.2. Tutela legitima**

Es de importancia indicar que esta clase de tutela nacía por imperio de la ley. La tutela legitima, al obtener el cargo en razón de su parentesco con el pupilo, no podía ser removido

de la tutela, ni le era permitido renunciar a ella, sin embargo, tenía la facultad de transferirla a un tercero.

Si hubiera perjudicado con su gestión el patrimonio del incapaz, se daba, al terminar la tutela, una acción penal por el doble daño causado, la “actio rationi bus distrahendis”, similar a la acción del hurto.

### **2.2.3. Tutela dativa**

Esta clase de tutela se daba si la designación de tutor provenía del magistrado. Se impuso en Roma cuando el régimen de la institución fue objeto de una intensa intervención legislativa que convirtió la función privada del tutor en una verdadera carga pública.

El tutor tenía el deber de no rehusar el cargo, a no ser que tuviera una excusa fundada, como edad avanzada, enfermedad, ocupaciones excesivas, residencia alejada, enemistad con la familia del pupilo. Asimismo, podía indicar la existencia de otra persona más idónea para tal cargo.

### **2.3. Requisitos para ejercer la tutela en el derecho romano**

Para ejercer la tutela en el derecho romano era necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser libre;



- Ser ciudadano romano;
- Ser de sexo masculino; y,
- Tener más de veinticinco años de edad.

#### **2.4. Objeto**

Se tenía como único objeto de esta institución que el tutor se ocupara de toda la fortuna del pupilo, que llenara la personalidad jurídica del impúber y asimismo administrara su patrimonio.

#### **2.5. Cesación de la tutela**

La tutela cesaba, por causa del pupilo, con su muerte o "*capitisdeminutio*", en cualquiera de sus distintas gradaciones. Se extinguía por causa del tutor, lo que daba lugar a su reemplazo por otra persona que ejerciera el oficio, si moría o caía en "*capitisdeminatio*" máxima o media.

Ello, cuando se cumplía la condición resolutoria o se producía el vencimiento del termino fijado por el testador; si se presentaba un supuesto de excusa por parte del tutor, sobreviniente a su nombramiento y, por fin, en caso de remoción del tutor por ser sospechoso.



## **2.6. Personas sujetas a la tutela**

### **2.6.1. Tutela de los impúberes**

En el derecho romano se consideró como infantes a los menores de siete años e impúberes a todos aquellos hombres y mujeres que no hubiese alcanzado la edad de catorce años y doce años respectivamente.

Consecuentemente de ello, estas personas por razones de edad no habían alcanzado la pubertad y requerían por su incapacidad de obrar, que se les asignara un tutor, con el objeto de que realizara en su nombre los negocios jurídicos que no podían ejercer por sí solos.

### **2.6.2. Tutela perpetua de las mujeres**

La esencia de esta institución radica en la necesidad de proteger a las mujeres, esto como resultado de su falta de experiencia en los negocios y en su ligereza de carácter. El verdadero interés de los tutores era que el patrimonio de la mujer no pasara a otras manos, es decir la conservación de los bienes de la mujer en beneficio de sus parientes, evitando la dilapidación de sus bienes.

La tutela de las mujeres púberes era especial y perpetua, denominada en latín como tutela “*muilerum*”, esta institución se encuentra en el derecho antiguo y en el derecho clásico.



Esta institución empezó a caer en desuso cuando se permitieron otras formas para evitarla, un ejemplo era que el marido le permitiera a la mujer elegir un tutor a su gusto, después de muerto el marido y pudiendo renovar la elección de su tutor las veces que ella deseara.

Asimismo, otra forma de evitar la tutela consistía en el sometimiento a una persona de su confianza, quien se convertía en su tutor legítimo, y se le denomina tutor *fiiduciarus*.

Posteriormente a ello, en épocas del emperador Claudio se suprime la tutela de los parientes por lo que la tutela "*mulierum*" persiste con una mínima importancia, hasta que finalmente desaparece en el derecho Justiniano.

## **2.7. La curatela**

Para el derecho romano la curatela implicaba una administración, dándose el nombre de curador "*curator*" a la persona encargada de la defensa de intereses públicos o privados, tuviera o no poderes de administración.

La curatela alcanzó gran desarrollo en la esfera del derecho público, extendiéndose al área del derecho privado para atender los intereses patrimoniales de sujetos incapaces de ejercer por si mismos sus derechos.

Como institución jurídica de representación y protección de personas incapaces de obrar, la curatela tuvo su origen en la Ley de las XII Tablas, donde se disponía el nombramiento



de un curador para el sui iuris afectado de locura, imbecilidad o demencia o para quien hubiere sido declarado pródigo.

Tal curador cumplía una función muy similar a la del tutor en lo concerniente al cuidado de los bienes del incapaz, y por ello el derecho Justiniano colocó en igual plano a tutores y curadores. Por ello, que en la última etapa de la evolución del derecho romano tutela y curatela resultaron dos instituciones indiferenciadas que se regían por los mismos principios.





## CAPÍTULO III

### 3. La institución tutelar

Alfonso Brañas establece que la: “Etimología de la palabra tutela proviene del verbo latín “*teuor*”, que significa defender, cuidar o proteger.”<sup>18</sup> Asimismo la naturaleza jurídica de la tutela y protutela deviene en que son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentran en pleno goce de sus derechos civiles. Es la ley la que le da la categoría de cargos públicos.

La tutela es: “Como una institución que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y bienes.”<sup>19</sup>

También, la tutela: “Es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas”.<sup>20</sup>

#### 3.1. Clases de tutela

Tres clases de tutela distingue el Código Civil: tutela testamentaria, tutela legítima y tutela judicial, según lo establecido en el Artículo 296.

---

<sup>18</sup> Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 240.

<sup>19</sup> Borda, Guillermo. **Tratado de derecho civil**. Pág. 74.

<sup>20</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 766.



### 3.1.1. 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 y la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador; para el que instituya 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.

Asimismo, establece que los padres y los abuelos, en su caso, pueden 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.

El tutor testamentario: "Es el que es nombrado por los progenitores en su testamento, para cuidar de la persona y bienes de los hijos durante su minoridad o mientras dure una incapacidad de otra índole".<sup>21</sup>

### 3.1.2. Tutela legítima

La establece el 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 los que

---

<sup>21</sup> **Ibíd.** Pág. 787.



procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad. Asimismo 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 tiene lazos afectivos).

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.

### **3.1.3. Tutela judicial**

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

### **3.1.4. Tutela especial**

Esta clase de tutela consiste en que el juez competente nombre un tutor especial a los menores que se encuentren sujetos a una misma patria potestad, cuando surjan conflictos entre ellos o bien con los padres.

### **3.1.5. Tutela legal**

Esta clase de tutela, es la que ostentan 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. Una característica esencial de esta clase de tutela es que para el ejercicio del cargo no necesita discernimiento por disposición legal.

El Código Civil en su artículo 310 establece: “Los extranjeros no están obligados a aceptar el cargo de tutor o protutor, sino en el caso de que se trate de sus parientes o connacionales. La admisión de tales cargos, no implica la adquisición de la nacionalidad guatemalteca.” Asimismo, el Artículo 311 del Código Civil establece: “El discernimiento de la tutela, se rige por la ley del lugar del domicilio del menor o incapacitado. El cargo de tutor, discernido en país extranjero, de conformidad con las leyes de dicho país, será reconocido en la República. La tutela, en cuanto a los derechos y obligaciones que impone, se rige por las leyes del lugar en que fue discernido el cargo.”

### **3.1.6. Tutela específica**

Esta clase de tutela consiste en el nombramiento de tutores específicos por parte del juez competente, cuando existiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela.



### **3.2. Inhabilidad y excusas para la tutela**

Entre las prohibiciones que establece el Código Civil, para el ejercicio de la tutela se establecen las siguientes:

El Artículo 314 del Código Civil establece: “No puede ser tutor o protutor:

1. El menor de edad y el incapacitado;
2. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;
3. El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
4. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
5. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su inhabilitación;
6. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
7. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;
8. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;
9. El que no tenga domicilio en la Republica; y



10. El ciego y el que padezca de enfermedad grave, incurable o contagiosa.”

“Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades que menciona el artículo citado, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por el Ministerio Público o algún pariente del pupilo.”

### **3.3. Remoción**

El Artículo 316 del Código Civil establece “serán removidos de la tutela y protutela:

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

### **3.4. Elementos personales o subjetivos**

#### **3.4.1. Tutor**

El tutor es un órgano normalmente individual, y excepcionalmente, es también posible la concurrencia de varios tutores. El cargo de tutor requiere condiciones de capacidad plena



y moralidad. A ello tiende el establecimiento de condiciones de aptitud, causas de inhabilidad y causas de remoción.

Tutor es: “Aquella persona que desempeña la tutela.”<sup>22</sup>. “Es la persona a quien, corresponde directamente el cuidado de la persona y bienes del tutelado por ser el representante legal de éste”.<sup>23</sup>

### **3.4.2. Protutor**

El protutor, es un fiscal de los actos del tutor, y requiere las mismas condiciones de aptitud y moralidad que el tutor. De acuerdo con el Artículo 304 del Código Civil: “El protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio. La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúnan las condiciones de notoria honradez y arraigo”

### **3.4.3. Pupilo o tutelado**

Es el menor de edad que no se encuentra sujeto a la patria potestad o el mayor de edad que fuere declarado incapaz y que no tuviere padres.

---

<sup>22</sup> **Ibíd.** Pág. 810.

<sup>23</sup> Brañas. **Op. Cit.** Pág. 290.





## CAPÍTULO IV

### **4. Reforma al orden de la tutela legítima, tomando en cuenta el interés superior del niño**

#### **4.1. El principio del interés superior del niño**

El principio del interés superior del niño, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna.

Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro. El interés superior del niño es un concepto triple; es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento.

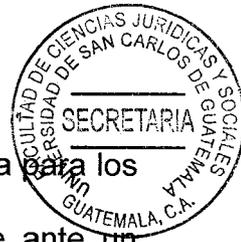
Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta. Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.



Y es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

Los instrumentos en materia de derechos humanos y de los niños, como la Declaración del Niño de 1959, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y otros instrumentos como la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, definen este principio como la consideración fundamental (principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959) y primordial (artículo 5.b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad), lo que pone de relieve su importancia. De forma similar, instrumentos regionales en materia de derechos del niño como la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño elevan el peso del principio a ser la consideración primordial. En la práctica, el principio debe aplicarse como un triple concepto: un derecho sustantivo, un principio legal interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

Como derecho sustantivo, el principio obliga a los Estados a tener en cuenta el interés superior de un niño, a tomarlo como una consideración primordial al ponderar distintos intereses y a que se garanticen los derechos siempre que una decisión afecte a un niño



(Comité de los Derechos del Niño, 2013). Esto genera una obligación intrínseca para los Estados. Un derecho sustantivo es directamente aplicable y puede alegarse ante un tribunal.

Como principio legal interpretativo fundamental, este principio requiere que «si una disposición legal está abierta a más de una interpretación, se elija la interpretación que mejor sirva al interés superior del niño. Los derechos contemplados en la Convención y sus Protocolos Facultativos constituyen el marco legal para su interpretación.

Los Estados pueden ser considerados responsables al estar obligados a sustanciar y probar la consideración explícita del «interés superior del niño» y cómo se ha respetado en cualquier decisión que atañe a los niños. En la evaluación del interés superior del niño hay que tener en cuenta la opinión del niño, su identidad, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud, el derecho a la educación, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones. Se trata de una lista no exhaustiva de consideraciones, ya que el principio es flexible por naturaleza y requiere que los Estados evalúen las consideraciones necesarias en función de cada caso.

#### **4.1.1. Antecedentes**

El 18 de julio de 2003, se publicó en el Diario de Centro América el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Protección Integral de la



Niñez y Adolescencia, la cual entró en vigencia un día después, por lo que a partir del día 19 de julio de ese año, se dio un cambio en la administración de justicia en lo referente a la niñez y adolescencia, ya que derogó el Código de Menores y entró en vigencia esta nueva Ley. Dentro de esta nueva Ley, se estableció el principio del interés superior del niño, mismo que está reconocido en la Convención sobre derechos del niño en su Artículo 3, la cual es derecho vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y fue ratificada por el Congreso de la República, el 10 de mayo de 1990, mediante Decreto 27-90.

#### **4.1.2. Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño es un Tratado Internacional aprobado en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, siendo hasta el día hoy el instrumento que más Estados ha ratificado. Es el tratado de derechos humanos de mayor consenso en la historia de las Naciones Unidas. Desde su entrada en vigencia, el mundo ha asumido que los niños y las niñas tienen derechos específicos, referidos a una etapa de peculiar importancia en el desarrollo de los seres humanos.

En el mismo, los gobiernos tienen que respetar, garantizar y satisfacer las necesidades básicas de los niños y de las niñas, para favorecer su desarrollo, protegerlos contra todo tipo de abuso, maltrato, discriminación o explotación, así como también apoyar a la familia y dar un cuidado especial a la niñez particularmente vulnerable y permitirles su participación en la sociedad.



Asimismo reconoce la difícil situación en que se encuentra la niñez en el mundo y la necesidad de brindar protección especial a través de normas adecuadas. Además, todas las medidas que sean tomadas con respecto a ellos, tienen que tomar en consideración el interés superior de los menores, asegurando que los destinados a protegerlos cumplan con sus deberes.

#### **4.1.3. Definición**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República regula el principio del interés superior del niño, el cual lo define: “Como una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y a la adolescencia, que asegure el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez”. Entendido como la plenitud de sus derechos.

#### **4.2. Procedencia de la tutela**

El Código Civil en el Artículo 293 establece, casos en que procede la tutela: “el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a la tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado”.



#### **4.3. Personas que ejercen la tutela**

El Artículo 294 del Código Civil establece: “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.”

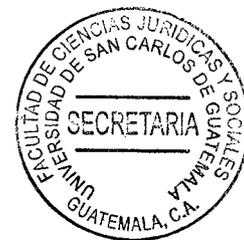
#### **4.4. Orden de la tutela legítima**

El Código Civil, establece el orden en que debe otorgarse la tutela legítima, en la cual se debe de tomar en cuenta a los familiares del menor para ejercer el cargo de tutor, cuando este no ha sido nombrado en testamento.

Es decir, la tutela legítima posee el carácter de accesoria, toda vez que se ejerce cuando no exista la tutela testamentaria.

El Artículo 299 del Código Civil establece: “La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

- a. Al abuelo paterno;
  
- b. Al abuelo materno;
  
- c. A la abuela materna;



d. A la abuela materna; y

e. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad. La línea materna será preferida, a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio.”

#### **4.5. Ejercicio de la tutela**

La tutela es una relación legal que permite que una persona natural o jurídica se haga responsable por otra. Existen distintos tipos de tutela. Algunas son designadas por testamento mientras que otras personas son nombradas tutoras por el tribunal. De igual forma, hay tutelas que son solamente sobre los bienes o las pertenencias de una persona pero no sobre la persona misma. Todo dependerá de las limitaciones que determina la sentencia y las exigencias del régimen tutelar establecido.

Para ejercer la tutela es necesario que el cargo sea discernido por un juez, antes de llenado todos los requisitos que la ley establece. De igual manera es puntual que la persona que vaya a ejercer la tutela realice un inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, el cual será autorizado por notario. El tutor, no puede ser eximido de su obligación de realizar inventario, además, es preciso que el tutor preste una garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esa obligación por el testador.



De acuerdo con lo establecido por el Artículo 323 del Código Civil: “La garantía deberá asegurar:

- 1º. El importe de los bienes muebles que reciba el tutor;
- 2º. El promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela; y
- 3º. Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa.”

El Artículo 324 establece: “La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según aumente o disminuya el valor de los bienes expresados y el de las cosas en que aquella esté constituida.”

El Artículo 325 del Código Civil establece: “La garantía deberá consistir en hipoteca, prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria o legalmente autorizada para el efecto.

La garantía personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio, fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vaya a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste.”

El Artículo 326 del Código Civil establece: “La garantía prendaria que preste el tutor, se constituirá depositando los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos, y a falta de ella, en una persona de notorio arraigo”. El Artículo 327 del



Código Civil establece: “El juez fijará, a solicitud y propuesta del tutor, la pensión alimenticia, de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciara el tribunal.”

El Artículo 328 establece el presupuesto: “El tutor, dentro del primer mes de ejercer su, cargo se someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de administración para el año.

Para los gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial.”

El Artículo 329 del Código Civil establece: “Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos, bonos, acciones y valores, que a juicio del juez no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento autorizado por la ley para recibir depósitos.”

El Artículo 330 del Código Civil establece: “Carrera, oficio o profesión del menor. El tutor desviara el menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias. Si ya había iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor.” El Artículo 331 del Código Civil establece: “El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley le establece.”



El Artículo 332 del Código Civil establece: “Necesidad de autorización judicial.

necesita autorización judicial:

1. Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor incapacitado, para dar los primeros en arrendamiento por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año, para hacer o reconocer mejoras que no sean necesarias,, para construir servidumbres pasivas; y en general, para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales.

Los contratos a que se refiere este inciso, no pueden ser prorrogados;

2. Para tomar dinero o mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;

3. Para repudiar herencias, legados y donaciones;

4. Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;

5. Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y

6. Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero el pupilo.”



El Artículo 333 del Código Civil establece: “La venta de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse extrajudicialmente, pero nunca por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta, lo cual deberá comprobar el tutor al rendir sus cuentas.”

El Artículo 334 del Código Civil establece: “El tutor responde de los intereses legales del capital del pupilo, cuando por su omisión o negligencia, quedare improductivo o sin empleo.”

El Artículo 335 del Código Civil establece: “El tutor no puede sin autorización judicial, liquidar la empresa que forme, parte del patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que éste o sus causantes hubieren estado dedicados.”

El Artículo 336 del Código Civil establece: “Prohibiciones. Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes;

1. Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra el créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;
2. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
3. Aceptar donaciones del expupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendiente cónyuge o hermano del donante.
4. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
5. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.



El Artículo 337 del Código Civil establece: “Tampoco podrán contratar acerca de bienes del menor o incapacitado, por si o por interpósita persona, los parientes del tutor salvo que estos sean coherederos o coparticipes del pupilo.”

Es de importancia anotar que el Artículo 338 del Código Civil establece: “El tutor no puede reconocer hijos del pupilo, sino con el consentimiento expreso de éste y en ningún caso los del incapaz, ni consentir expresa o tácitamente las resoluciones desfavorables del pupilo.”

El Artículo 339 del Código Civil establece lo siguiente: “Durante el ejercicio de la tutela, el protutor está obligado a defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, cuando estén en oposición con los intereses del tutor; y a promover el nombramiento, cuando proceda la remoción del que la tuviere en ejercicio, o cuando la tutela quede vacante o abandonada.”

El Artículo 340 del Código Civil establece: “Retribución de la tutela. La tutela y la protutela dan derecho a retribución que se pagará anualmente y que no bajara del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas o productos líquidos, la fijara el juez, teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.



La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor, correspondiendo al primero el sesenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restante.”

El Artículo 341 del Código Civil establece: “Cuando el tutor y el protutor hubieren sido removidos por su culpa, no tendrán derecho a recibir retribución alguna.”

El Artículo 342 del Código Civil establece: “El tutor está obligado a llevar una contabilidad, comprobada y exacta de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados, aun cuando el testador le hubiere relevado de rendir cuentas. Al final de su cargo, presentará una memoria que resuma los actos llevados a cabo.”

#### **4.6. Rendición de cuentas de la tutela**

El Artículo 343 del Código Civil establece: “El tutor deberá rendir cuentas anualmente y al concluirse la tutela o cesar en su cargo.”

El Artículo 344 del Código Civil establece: “La rendición anual de cuentas se hará ante el juez con intervención del protutor y de la Procuraduría General de la Nación.”

El Artículo 345 del Código Civil establece: “La rendición final de cuentas se hará por el tutor o sus herederos, al expupilo o a quien lo represente, dentro de sesenta días contados desde que termino el ejercicio de la tutela.”



El Artículo 346 del Código Civil establece: “El tutor que sustituya a otro está obligado a exigir la entrega de bienes y la rendición de cuentas al que lo ha precedido. Si no lo hiciera, es responsable de los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al pupilo.”

El Artículo 347 del Código Civil establece: “Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibo.”

El Artículo 348 del Código Civil establece: “Los gastos de la rendición de cuentas, serán a cargos del menor o incapacitado.”

El Artículo 349 del Código Civil establece: “Entrega de bienes. El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan.

~~Esta obligación~~ no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas.”

El Artículo 350 del Código Civil establece: “El saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; en el segundo, desde la rendición de cuentas, si hubieren sido rendidas dentro del término legal, y en caso contrario, desde que éste expire.” El Artículo 351 del Código Civil establece: “Prescripción de acciones. Las acciones u obligaciones que recíprocamente correspondan al tutor y al expupilo, por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen a los cinco años de concluida ésta.”



#### **4.6. Análisis de la reforma al orden de la tutela legítima, tomando en cuenta el interés superior del niño**

La tutela legítima regulada en Guatemala se encuentra regulada en el Artículo 299 del Código Civil, que establece la precedencia en el llamamiento de los parientes del menor de edad, sin establecer claramente el criterio que los Jueces de Familia deben aplicar en situaciones especiales en caso que el mejor candidato para garantizar el interés superior del niño no sea el llamado en primer orden o no se encuentre dentro del listado de parientes establecidos legalmente, lo que es muy frecuente en la realidad social guatemalteca.

El llamamiento de la tutela legítima subyacentemente limita, restringe y coloca en segundo plano la participación de las ascendientes mujeres y/o anula la participación de algún otro pariente en distinto grado de parentesco que no se encuentre regulado legalmente.

Por otra parte y aún más importante, la norma legal en referencia no establece claramente la posibilidad de alterar el orden tomando en cuenta el interés superior del menor; en el sentido que el pupilo, específicamente el menor de edad, queda en un resguardo de hecho e inseguro ante la persona que tenga más afinidad y en múltiples ocasiones el cuidado recae sobre una pariente distinto al orden legal establecido.

La investigación se hizo necesaria para determinar, en primer lugar, el significado, naturaleza jurídica y alcances del interés superior del niño, para que los órganos jurisdiccionales encargados del nombramiento de la tutela legítima hagan su



pronunciamento, considerando el principio garantista del interés superior del niño y en segundo lugar, si existe la posibilidad legal de alterar el orden de precedencia en la tutela legítima e involucrar a personas de distinto grado de parentesco del menor de edad tomando en cuenta el interés superior del pupilo y el fortalecimiento a los vínculos afectivos de los mismos.

## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La tutela legítima le corresponde a los abuelos paternos y maternos en primer y segundo grado, en tercer y cuarto a las abuelas paternas y maternas respectivamente. Para el efecto el menor convive gran parte de su niñez con sus abuelas, velando ellas porque se les respeten sus derechos, asegurando su estabilidad. El problema radica en que los abuelos no prestan la misma atención que sus abuelas, muchas veces descuidándolos y así los niños no logran su bienestar integral por la falta de atención y cariño que prestan sus abuelas. Es por ello importante la aplicación del interés superior del niño, que es un concepto incorporado al derecho civil y los derechos humanos, que persigue que todas las acciones relacionadas con la familia deben ser realizadas atendiendo al interés superior de éste grupo etario.

El Código Civil en el Artículo 299 establece 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 preferido los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad. Asimismo el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece: el interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

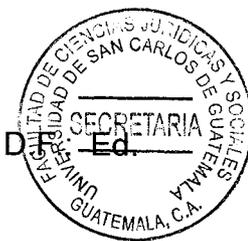
Como recomendación, que se plantea del estudio de la presente investigación es la necesidad de reformar el orden de la tutela legítima, tomando en cuenta el principio de interés superior del niño ya que a todo niño se le debe asegurar su bienestar integral de acuerdo a su edad y madurez. Es por ello, que el Organismo Legislativo debe de tomar en cuenta dicho principio para establecer una reforma adecuada a la normativa que establece la tutela legítima.





## BIBLIOGRAFÍA

- ARGUELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano.** 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2002.
- BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil.** 6ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1979.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 14ª ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2015.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 4ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1998.
- DIEZ PICAZO, Luis. **Familia y derecho.** 5ª ed. Madrid, España: Ed. Ariel, 1989.
- ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.** 8ª ed. París, Francia: Ed. Unión, 1989.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho romano.** 12ª ed. Madrid, España: Ed. Ariel, S.A., 1999.
- LASARTE, Carlos. **Derecho de familia.** 6ª ed. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 2007.
- MORINEAU IDUARTE, Marta. **Derecho romano.** 3ª ed. México, D.F.: Ed. Harla, 1993.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 15ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1999.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** 5ª ed. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 2001.
- ROCA TRÍAS, Ana María. **Derecho de familia.** 4ª ed. Valencia, España: Ed. Ariel, 2005.



ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil.** 5ª ed. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1989.

SÁNCHEZ, Román. **Derecho civil.** 5ª ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 1989.

## Legislación

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

**Código Civil.** Decreto Ley 106 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1963.

**Código Penal.** Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

**Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.** Decreto 27-200 del Congreso de la República de Guatemala,

**Ley de Adopciones.** Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, 2007.

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

## Legislación:

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

**Código Tributario.** Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, 1991.



**Código de Comercio de Guatemala.** Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

**Ley de Aduanas.** Decreto 14-2013 del Congreso de la República de Guatemala, 2013.