

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

**LOS DERECHOS DE LA MUJER SOLTERA SOBRE LOS HIJOS Y
NECESIDAD DE LA ADECUACIÓN JURÍDICO LEGAL DEL ARTÍCULO
261 DEL CÓDIGO CIVIL**

GLORIA DALILA SUCHITE BARRIENTOS

GUATEMALA, JUNIO DE 2007

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

**LOS DERECHOS DE LA MUJER SOLTERA SOBRE LOS HIJOS Y
NECESIDAD DE LA ADECUACIÓN JURÍDICO LEGAL DEL ARTÍCULO
261 DEL CÓDIGO CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GLORIA DALILA SUCHITE BARRIENTOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2007

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Vocal: Lic. Helder Ulises Gómez
Secretario: Lic. Juan Carlos Godínez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Castro
Vocal: Lic. Alejandro Córdova
Secretario: Lic. Helder Ulises Gómez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

**A MI ABA PADRE
JEHOVA Y A SU**

HIJO AMADO JESUS: “El que soy”, porque este momento es producto de una promesa hecha a mi vida por ti, gracias a tu inmenso amor y bondad me concediste el deseo de mi corazón de llegar a esta meta, porque sin tí no lo hubiese logrado, que este triunfo sea para tu Honra y Gloria. **TE AMO DIOS Y TE BENDIGO.**

A MIS PADRES: **Lidia Barrientos Hernández y Ángel Antonio Suchite**, con amor y agradecimiento por sus consejos, comprensión y apoyo, tanto moral como material, a ellos debo lo que hoy soy, a sus principios y educación que desde niña me inculcaron; Te bendigo ho Dios por haberles prestado la vida y puedan gozar a mi lado este sueño y triunfo alcanzado.

A MIS HIJOS: **Katherin Alexandra y Hugo Estuardo**, ambos **Yaquián Suchite**, por su cariño apoyo y comprensión.

A MI HERMANA: **Marta Luz**, por su apoyo y cariño incondicional.

A MI SOBRINO: **Cristian René López Suchite**, por su cariño.

ESPECIALMENTE A: **Licda. Gladys Elizabeth Girón Herrera y Lic. Carlos René Curruchich Pérez**, con gran cariño y agradecimiento por su inmenso apoyo y comprensión siempre los llevaré en mi corazón.

A MIS AMIGAS: **Licdas. Nora Evelyn García Penagos, Shirly Yomara Madrid Gramajo, Dinora Marizel Locón Rivera, Elva Arceli Herrera Álvarez de Rodríguez, y Sulma Azucena Véliz, Fabiola Álvarez de Menéndez y Mabelia Alcántara.**

A MIS AMIGOS: **Lics: Otto René Arenas Hernández, Gonzalo García Sánchez, Moisés García Sánchez, Helder Ulises Gómez, Manfredo Maldonado, Ronaldo Sandoval, Juan Antonio Aceituno y Víctor Manuel Rodríguez.**

A MI ASESOR Y

**REVISOR DE TESIS: Lics. Rigoberto Rodas Vásquez y Arcenio Locón
Rivera**

A:

**LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA**, alma máter forjadora de hombres de
ciencia, futuro de nuestra amada Guatemala, en
especial **A LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**, por la formación
académica que en ella obtuve.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Antecedentes históricos.....	3
1.3. Naturaleza jurídica del derecho de familia.....	7
1.4. Finalidad del derecho de familia.....	10
1.5. Caracteres del derecho de familia.....	12

CAPÍTULO II

2. Instituciones del derecho de familia contenidas en el Código Civil vigente..	15
2.1. El matrimonio.....	15
2.1.1. Relación histórica.....	15
2.1.2. Definición.....	19
2.1.3. Estudio jurídico doctrinario.....	21
2.1.4. Principio que fundamentan el matrimonio.....	32
2.1.4.1. Principio de nulidad.....	33
2.1.4.2. Principio de voluntad mutua.....	33
2.1.4.3. Principio de la verdad.....	33
2.1.4.4. Principio de defensa del vínculo matrimonial.....	34
2.1.4.5. Principio de respeto mutuo.....	34
2.1.4.6. Principio de igualdad.....	34
2.1.4.7. Principio de responsabilidad.....	34

	Pág.
2.1.4.8. Principio de auxilio mutuo.....	34
2.1.5. Fines.....	34
2.1. La patria potestad.....	36
2.2. Paternidad.....	41
2.3. Filiación.....	43
2.4.1. Familia consanguínea.....	44
2.4.2. Familia punalúa.....	44
2.4.3. Familia sindiásmica.....	45
2.4.4. Familia monogámica.....	47
2.4. Definición de filiación.....	49
2.5. Elementos personales.....	53
2.6. Clases de filiación.....	54
2.7.1. Filiación matrimonial.....	54
2.7.2. Filiación extramatrimonial.....	55
2.7.3. Filiación natural.....	56
2.7.4. Filiación no natural.....	57
2.7.5. Filiación de hijos reconocidos.....	57
2.8. Declaración judicial.....	58
2.8.1. Filiación legítima.....	60
2.8.2. Filiación adoptiva.....	60
2.9. Filiación de la legislación guatemalteca.....	61
2.10. Parentesco.....	62
2.10.1. Definición.....	62
2.10.2. Análisis legal.....	65
2.11. Guarda y custodia.....	65

CAPÍTULO III

	Pág.
3. Derecho de la mujer soltera y casada tanto en el orden nacional como internacional en materia de guarda y custodia de los hijos.....	67
3.1 Legislación general.....	67
3.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	67
3.1.2. Código Civil.....	68
3.1.3. Código Procesal Civil y Mercantil.....	71
3.1.4. Ley de tribunales de familia.....	73
3.1.5. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.	73
3.2 Legislación internacional.....	74
3.2.1. Declaración universal de derechos humanos.....	74
3.2.2. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	82
3.2.3. Organización nacional de la mujer.....	83
3.3.3.1. Antecedentes.....	83
3.2.4. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.....	84
3.2.5. Convención sobre los derechos políticos de la mujer.....	85
3.2.6. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada.....	85
3.2.7. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad Mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios.....	86
3.2.8. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer..	87

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Análisis del artículo 261 del Código Civil y necesidad de su adecuación jurídica legal en base a los derechos de la mujer casada.....	89
4.1 Análisis del Artículo 261 del Código Civil.....	89
4.2 Necesidad de su adecuación jurídica legal.....	94
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
ANEXOS.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	107

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación conlleva un estudio de lo que se interpreta del contenido del Artículo 261 del Código Civil, que estipula: “Cuando el padre y la madre no sean casados o no estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el artículo 166. En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad en la patria potestad al que la ejerza especialmente”.

Por un lado se establece que existe una violación al principio de igualdad, con relación al hombre y a la mujer, en el caso de que la mujer soltera, tienen preferencia en el caso de la madre. En el caso de los padres que han disuelto el vínculo del matrimonio, se refiere a lo contenido en el Artículo 166 del Código Civil el cual establece: “Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.

El objetivo general de la investigación es: Establecer un estudio y análisis del Artículo 261 del Código Civil, con relación a la guarda y custodia, en los casos de la mujer casada y soltera con relación a los hijos, y la necesidad de su

adecuación jurídica legal, por lesionar los derechos de la mujer, específicamente la casada en relación a sus hijos.

Los objetivos específicos de la investigación son: 1. Determinar en que consisten los derechos de la mujer, tanto en la legislación nacional como internacional y sus repercusiones en cuanto a los hijos. 2. Establecer en que consiste la institución de familia de guarda y custodia, de patria potestad, la relación de la madre con sus hijos y la relación de padre con sus hijos. 3. Indicar en base al análisis del Artículo 261 del Código Civil si existe violación a los derechos de la mujer, específicamente la casada, en materia de la guarda y custodia de los hijos.

La presente investigación consta de cuatro capítulos, el primero se refiere al derecho de familia, se define, se hace relación a los antecedentes históricos, se estudia su naturaleza jurídica, la finalidad y características del mismo.

El capítulo segundo, trata de las instituciones del derecho de familia contenidas en el Código Civil, se analiza el matrimonio, su relación histórica, se hace la definición, se realiza un estudio jurídico doctrinario, y se analizan los principios que fundamentan el matrimonio; además se estudia la patria potestad, la paternidad y la filiación, los elementos personales, las clases de filiación, la declaración judicial, la filiación en la legislación guatemalteca, se analiza el parentesco, definiéndolo y haciendo el estudio legal; también se estudia la guarda y custodia.

El capítulo tercero, se refiere al derecho de la mujer soltera y casada tanto en el orden nacional como internacional en materia de guarda y custodia de los hijos, se hace relación a la legislación general relativas a la Constitución Política

de la República de Guatemala, el Código Civil, el Código Procesal Civil y Mercantil, la Ley de Tribunales de Familia y la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar; con relación a la legislación internacional, se hace un análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Organización Nacional de la Mujer, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de Matrimonios, y la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

El capítulo cuarto, se basa en el análisis del Artículo 261 del Código Civil y la necesidad de su adecuación jurídica legal en base a los derechos de la mujer casada, se hace el análisis respectivo y además se estudia la necesidad de su adecuación jurídica legal.

Los métodos de investigación utilizados fueron: **ANALÍTICO:** Se empleó para desplazar todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación nacional respecto a lo contenido en la doctrina, la realidad y las leyes. **SINTÉTICO:** Al aplicar éste, se permitió analizar separadamente los fenómenos objeto del estudio, por ello, permitió descubrir la esencia del problema o del fenómeno estudiado, en cuanto a las percusiones que tiene el fenómeno en estudio y la necesidad de su adecuación jurídica legal. **ESTADÍSTICO:** Se aplicó, el método estadístico, por el desarrollo del trabajo de campo, en aplicación del análisis e interpretación de los resultados.

Las técnicas de investigación empleadas fueron la documental y la entrevista, para obtener estadísticas según las respuestas de los entrevistados.

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia

Definición

Sánchez Román la define a la familia como “Institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana”¹.

Díaz Guijarro, señala que la familia es la “Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”².

Federico Puig Peña, define a la familia de la siguientes manera: “Es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”³.

Según Rafael Rogina Villegas, “El derecho civil familiar o derecho de familia, tiene por objeto la regulación de todos los vínculos que se establecen

¹ Sánchez Román, Luis. **El derecho de familia**. Pág. 245.

² Díaz de Guijarro, José. **Derecho natural**. Pág. 68.

³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo III. Pág. 18.

por virtud del parentesco o del matrimonio, así como las consecuencias de tipo patrimonial que se derivan de dichos vínculos”⁴.

Agrega “Por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”. Dentro de la primera categoría (de las normas jurídicas que organizan la familia) clasificaremos la mayor parte de las reglas relativas al matrimonio, a la paternidad y a la filiación”⁵.

Según Castán Tobeñas: “El derecho de familia puede darse en doble sentido: subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de 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. En sentido objetivo, el derecho de familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia”⁶.

Agrega que “Ferrara define el derecho de familia como el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto a los terceros”⁷.

En conclusión el derecho de familia, es la reglamentación jurídica que el legislador estableció para la buena relación entre cónyuges e hijos, y la forma de arreglar sus diferencias cuando uno de ellos comete faltas dentro de régimen familiar establecido.

⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho mexicano**. Pág. 168.

⁵ **Ibid.**

⁶ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español, común y foral**. Pág. 89.

⁷ **Ibid.**

En virtud de lo anteriormente citado, se puede decir que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas y de principios que establecen, regulan e imponen deberes, derechos y obligaciones existentes entre parientes y personas ligadas por relaciones familiares tuteladas por el derecho, que propugnan y contribuyen a mejorar y estabilizar la sociedad a través de adecuadas relaciones de convivencia familiar.

1.2. Antecedentes históricos

“Morgan es el primero que con conocimiento de causa ha tratado de introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad; las agrupaciones adoptadas por él permanecerán, de seguro, en vigor todo el tiempo en que no obliguen a modificarlas documentos más abundantes.

Dicho está que de las épocas principales -salvajismo, barbarie, civilización- sólo se ocupara de las dos primeras y del paso a la tercera. Divide cada una de las dos en los estadios inferior, medio y superior, según los progresos realizados en la producción de los medios de existencia. Porque dice: “la habilidad en esta producción es lo más a propósito para establecer el grado de superioridad y de dominio de la naturaleza conseguido por la humanidad: el ser humano es, entre todos los seres el único que ha logrado hacerse dueño casi en absoluto de la producción de víveres. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden de una manera mas o menos directa con las épocas en que se extienden los medios de alimentarse. El descubrimiento de la familia camina al mismo paso, pero sin presentar caracteres tan salientes en lo que atañe a la división de los períodos”⁸.

⁸ Engels, Federico. **Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.** Pág. 23.

Aceptando el relato bíblico de la creación de la especie humana o situándose, más neutral y críticamente, en cualquier estirpe actual, resulta indudable la necesidad de una pareja (hombre y mujer) que se una con la estabilidad conyugal religiosa o laica, o guiados los consortes tan sólo por un nexo impulsivo natural, con convivencia más o menos prolongada, para que se denomine familia a esa pareja, o al menos, al progenitor supérstite, y al hijo o hijos nacidos de esa unión y que han conservado cohesión con el padre o la madre o con uno de ellos por lo menos.

“Situándose en lo sociológico, a través de lo jurídico, corresponde declarar que, en el derecho romano, el concepto de la familia fluctuó considerablemente en el curso de su historia:

En la época clásica se entendía por familia el grupo constituido por el **pater familia** y las personas sometidas a su potestad.

En sentido más amplio, comprendía a los agnados (pariente por consanguinidad) salidos de la misma **domus** (casa), y que habían estado o habrían estado bajo la autoridad del mismo jefe de familia.

En significado más extenso aún, familia equivalía a “**gens**” (gente o pluralidad de personas).

Por familia se estimaba asimismo el conjunto de esclavos que dependían del mismo amo o señor.

Familia se tomaba como patrimonio o totalidad de bienes pertenecientes a una persona”⁹.

⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo III. Pág. 331.

En la época romana antigua se conoció la figura del pater familia, que era el padre de familia, en tanto que progenitor y, más aún, como jefe de la institución familiar romana.

Acerca de las potestades del pater familia romano, verdadero jefe doméstico absoluto, en hogar, todos los de él dependiente y todos sus bienes, constituían un minúsculo Estado. Ulpiano expresa que es aquel que tiene dominio en su casa, aunque no tenga hijos; pues con tal palabra no se designa solamente a la persona, mas también su derecho. De ahí que cupiera denominar “pater familia” al pupilo, de modo análogo a la denominación de madre de familia, para la mujer de vida honesta; porque, al decir del mismo y grande jurisconsulto romano, ni las nupcias ni el nacimiento , sino las buenas costumbres hacían a la madres de familia.

“El jefe de la familia romana era al mismo tiempo propietario, el juez y el sacerdote de su familia o de los suyos. Como monarca en un mundo privado, orientaba un triple poder: la **dominicas potestas**, sobre todas las cosas de él y de los suyos, que no poseían patrimonio independiente; la **patria potestas**, autoridad sobre los hijos y demás personas dependientes de él, como nueras, nietos y esclavos, con facultad incluso de privarles de la vida; y, la **manus**, o potestad sobre la mujer, cuando hubiere contraído con ella justas nupcias”¹⁰.

“Murice Goodsel dice que la fuerte unidad de la familia romana se preservó durante siglos porque el **pater familias** estaba investido de todos los derechos religiosos, como sacerdote del culto a los antepasados de la familia; de todos los derechos legales, como única persona de la familia reconocida por el derecho romano; y, de todos los derechos económicos, muebles e inmuebles.

¹⁰ Cabanellas. **Ob. Cit** Pág. 140.

Hasta el primer siglo del Imperio no comenzaron a limitarse las facultades de tal soberano del hogar y de la estirpe”¹¹.

La condición de pater familias exigía ser ciudadano *sui juris*, a lo que se unían la autoridad paterna, la *manus* y el *mancipium*. Estos derechos correspondían exclusivamente a los hombres; al punto de que, aun reconociéndose que la mujer pudiera ser sui juris y se llamara entonces “*mater familias*”, casada o no, siempre que fuera honesta, no podía ejercer esas potestades.

“Con respecto a las personas, la potestad paterna, erigiendo al jefe de la familia en magistrado doméstico, no conocía límites. Podía así dar arbitrariamente muerte a los que dependieran de él, en virtud del denominado “*Jus vitae et necis*”; aunque ya se cita que el emperador Adriano desterró a uno de esos parricidas, que mató al hijo por haber adulterado con su suegra. Esa decisión inspiró a Marciano la máxima “*Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*” (la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la crueldad). En tiempo de Constantino, culminando la decadencia de ese rigor, reducido como en la actualidad a un derecho de corrección, de la impunidad se pasó al delito y se penaba como parricidio la muerte dada al hijo”¹².

“Lo cierto es que el régimen patriarcal está representado, ante todo, por la familia semítica y por la romana, donde la misma etimología latina explica el sentido histórico de la familia patriarcal: *Famulus*, que quiere decir tanto como esclavo doméstico (al principio amplísima *géns*, y después restringido, que se fija con Justiniano, comprendiendo a la familia propiamente dicha), articulado en

¹¹ *Ibíd.*

¹² Cabanellas. *Ob. Cit.* Pág. 146.

la persona del **pater familias**, que tenía proyección política y verdadera soberanía en el orden religioso. La patria potestad sobre los hijos era, al principio absoluta, aunque luego fue recibiendo merma en sus atribuciones. La **manus** del marido sobre la mujer fue también en un primer momento de matiz absorbente, con la consiguiente desigualdad de la mujer, tanto en el plano social como en el jurídico”¹³.

1.3. Naturaleza jurídica del derecho de familia

“La familia nuclear (matrimonio e hijos que dependen de ellos) constituye una comunidad de vida plena y total, un ámbito vital cerrado y autónomo frente al Estado y a la sociedad; por encima del bien y de los intereses individuales de sus componentes, hay un bien familiar y un interés familiar, los cuales requieren la devoción y la capacidad de sacrificios de todos”¹⁴.

Esto no significa que se halle sustraída al ordenamiento estatal ni que éste carezca de toda autonomía; el derecho positivo debe regular en orden al fin jurídico, bien común en base a la justicia, los correspondientes aspectos de la realidad familiar, pero respetando las líneas maestras, sus presupuesto, caracteres y efectos esenciales; y respetando también el desarrollo interno de la familia.

En toda la evolución histórica del derecho de familia, siempre ha estado éste situado entre las ramas fundamentales del derecho civil, formado, con derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, gran

¹³ Fueyo, Laneri. **Derecho de familia**. Pág. 30.

¹⁴ **Ibíd.**

número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho como poco correcta y fuera, por así decir, de los principios generales de la técnica del derecho.

Entonces la naturaleza jurídica de la familia consiste en que el respeto mutuo debe prevalecer, y el Estado estará obligado a interceder únicamente cuando se quebranten las normas estipuladas en la ley, teniendo la familia autonomía en sus decisiones.

Son dos las corrientes tradicionales dentro de las cuales encajan las diferentes ramas del derecho: la privatista y la publicista, según comprendan las normas de derecho privado o público. Las normas de derecho privado tienen por objetivo regular la conducta de los particulares, en las que existe el acuerdo de voluntades y la renunciabilidad de derechos, en las cuales puede intervenir el Estado, pero como un particular más. En tanto que las normas de derecho público tienen como fin estructurar al Estado, definir sus órganos y funciones, las relaciones entre los mismos o con los particulares, en las que existe subordinación de estos: éste es el derecho del Estado.

El derecho de familia forma parte del derecho civil y éste ha sido considerado eminentemente privado. Sin embargo, el derecho de familia regula y protege intereses generales, superiores a los individuales, por lo que muchas de sus normas pertenecen al derecho público, ya que el Estado debe velar y tutelar la organización y protección de la familia por ser ésta la base de la sociedad que forma parte del Estado.

Cabe mencionar la tesis de Antonio Cicu, insigne jurista italiano, pionero e impulsor del derecho de familia, quien considera que a este derecho no pueden

aplicársele los principios y conceptos propios del derecho privado, pues es una estructura distinta de la pública y de la privada, en virtud de que existen voluntades e intereses distintos y opuestos. En cada caso del derecho de familia priva un interés superior, que excluye la libertad individual de perseguir fines individuales. El Estado tiene ingerencia en el derecho de familia y su estructura es análoga al derecho público. El derecho de familia no se ubica dentro del derecho privado ni dentro del derecho público, sino que surge como una tercera categoría a la par del derecho público, a fin de este.

El derecho social es producto del derecho moderno y aparece como tercera categoría intermedia entre el derecho público y el derecho privado, en virtud de que entre el Estado y la persona individual se encuentra la sociedad. Se dice que pertenecen al derecho social el derecho agrario, el derecho laboral y el derecho de familia.

Las normas del derecho de familia, están inspiradas en el derecho social. Es decir, que el derecho de familia ha ido saliendo desde la esfera peculiar y para muchos, tradicional del derecho privado y público, hacia otra más amplia, para ubicarse al final en la del derecho social, dada su importancia, porque protege a la célula de la sociedad: la familia que se proyecta a la comunidad en toda su extensión.

Por otra parte, se considera que el derecho de familia no pertenece al derecho privado. En este impera la voluntad de las partes y existe un interés particular o individual, casi siempre renunciable, en tanto que en el derecho de familia existe la tutelaridad del Estado y casi siempre los derechos son irrenunciables.

No sería conveniente ubicarlo en la esfera del derecho privado, en vista de que en los humanos existen defectos o fallas como el egoísmo la ignorancia, la irresponsabilidad y el orgullo que muchas veces prevalecen y perjudican los intereses de los menores o de la parte mas débil de la relación familiar, lo cual afecta directa o indirectamente a la sociedad.

1.4. Finalidad del derecho de familia

El derecho de familia tiene por fin establecer y regular la organización de la familia, señala los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros, vela por su seguridad y estabilidad, le brinda protección y tutela los deberes de las personas que la integran. Asimismo, procura que al disolverse la familia, se ocasione el menor daño posible a la sociedad y a las personas que la conforman. También establece los procedimientos adecuados para hacer que se cumplan las obligaciones que las leyes de familia demandan.

El derecho de familia cumple con sus fines al establecer instituciones, figuras jurídicas y procedimientos con los cuales se determinen y garanticen los derechos y obligaciones de los parientes y así se tiene que:

Para organizar e integrar la familia se ha establecido el matrimonio, la unión de hecho, la patria potestad, la adopción, la tutela, la filiación, la dispensa judicial, las conciliaciones o avenimientos, etc.

Para otorgarle estabilidad y seguridad a la familia considera el establecimiento del patrimonio familiar, los regímenes económicos del matrimonio, los deberes de cada miembro del grupo familiar, las medidas de seguridad o de protección y de garantía, la guarda y custodia, la

fijación y aumento de pensión alimenticia, las juntas de conciliación y avenimientos, etc.

Para regular la disolución de la familia o parte de ella, considera el divorcio, la separación, la liquidación del patrimonio conyugal, la guarda y custodia, la relación familiar, la ausencia y muerte presunta, las medidas de seguridad o de protección y de garantía, los convenios voluntarios, etc.

Para obligar a que se cumplan los deberes jurídicos y se garanticen los derechos que la ley establece posee mecanismos coercitivos tales como las ejecuciones, la fijación, aumento, rebaja, suspensión o extinción de pensión alimenticia, los embargos, ordenes de descuentos, la filiación, la relación familiar, las certificaciones de lo conducente, citaciones o apercibimientos, la guarda y custodia, la dispensa judicial, etc.

En general, el derecho de familia persigue por medio de una normativa justa y adecuada y la enunciación de principios generales, regular la organización de la familia, establecer los derechos y las obligaciones de los miembros que la integran y brindar los procedimientos idóneos que permitan el cumplimiento del deber, así como procurar que los miembros de la familia asuman sus responsabilidades, para darle seguridad y estabilidad a la sociedad y, en consecuencia, al país.

El derecho de familia debe propugnar para que uno de los elementos del Estado, como lo es la población, alcance la estabilidad y el desarrollo integral necesario, a través de adecuadas relaciones de convivencia familiar, reguladas y tuteladas por el derecho positivo del país.

1.5. Caracteres del derecho de familia

El derecho de familia ofrece notables peculiaridades frente al del patrimonio, e incluso al de sucesión *mortis causa*. Sus características principales son:

Contenido ético: Dada la explicada connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende bien que la más íntima y radical regulación de aquél sea moral; un conjunto de reglas éticas que luego el derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente. Lo cual explica la defectuosa o atenuada sanción de muchos preceptos, la práctica incoercibilidad de algunas obligaciones.

Transpersonalismo: Mientras en los demás tratados del derecho privado la ley sirve al interés al particular, a fines individuales de la persona, y el derecho subjetivo - atribuido en función de tales intereses y fines- se ejerce o no al arbitrio de su titular, en las relaciones de la familia prevalece un superior interés de la familia, porque las necesidades de ésta, y no a las del individuo, pretende subvenir el ordenamiento. De ahí que los poderes y facultades familiares tengan un acentuado aspecto de función.

Así, junto al derecho subjetivo (a su vez, cualificado), adquiere relevancia, en el derecho de familia, un concepto olvidado en el patrimonial, el de potestad, lado activo de toda relación familiar de dependencia. Representa el poder directo sobre la persona, categoría que ha desaparecido del derecho privado en todas las zonas distintas del derecho de familia; en éste ya no existe la *manus* romana del marido ni el *ius vita et necis* del padre medieval, pero sólo la noción de potestad -a la que corresponden deberes de obediencia y respeto- explica, por ejemplo, la naturaleza específica del

derecho de corrección inherente a la patria potestad. La potestad versa sobre una conducta no sólo actual, sino habitual.

Limitada autonomía de la voluntad: En el derecho de familia es muy superior al resto de los tratados del derecho civil la proporción de normas imperativas e indisponibles. La autonomía de la voluntad, en general, queda limitada a la mera creación del vínculo familia, a la celebración o no de los actos de que dependen el *status familiae*, cuyos efectos escapan a su posibilidad configuradora. En ámbitos, empero, desvinculados del status (capitulaciones matrimoniales, por ejemplo) tiene mayor ámbito de actuación de la voluntad privada, el querer individual.

Queda así el derecho de familia dentro del derecho privado, siquiera como parte o tratado muy característico y diferenciado en el conjunto de derecho civil. Otra cosa es su íntima relación y la influencia de determinados ámbitos del derecho público en el derecho familiar.

“De las distintas parte en que se divide el derecho privado, la del derecho de familia es la que ofrece un carácter más singular. Y es que, como lo hizo notar Planiol, se observa en este derecho un fundamento natural de que carecen el resto de las relaciones jurídicas que se pueden constituir entre los hombres. De este fundamento natural se deducen las siguientes consecuencias:

La ley de la naturaleza impone a este aspecto una ley de las conciencias, por lo que el derecho de familia tiene un sentido predominantemente ético y, por ende, sus normas ofrecen carácter más bien moral que jurídico.

El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales derivadas de aquéllas, toda vez que el basamento natural de la familia hace que las relaciones personales de la misma sean

superiores en rango a las patrimoniales. Pero es que, además, las personales son muy características, actuando muy poco en ellas el instinto de la representación, y siendo, por regla general, inalterables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Las mismas relaciones patrimoniales sufren, por esa interferencia del lazo natural, una especie de derogación de los principios que gobiernan los derechos patrimoniales. Como dice Ruggiero, el usufructo del padre no es un mero usufructo común, ni la obligación entre parientes constituye un simple derecho de crédito, como el nacido de los contratos o de los delitos. Las funciones del tutor puede regirse por iguales normas que las que presiden el contrato de sociedad o la comunidad entre herederos. Hay en ella un algo especial que desvirtúa su común esencia, pues se trata de proteger intereses opuestos, sino de aunar estos intereses en el plazo superior, para dar vida y eficacia a la institución natural de la familia. La primacía del interés social sobre el individual”¹⁵.

¹⁵ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 26.

CAPITULO II

2. Instituciones del derecho de familia contenidas en el Código Civil vigente

2.1. El matrimonio

2.1.1. Relación histórica:

“Esta es una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio de todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad y de la especie y la célula para la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados”¹⁶.

Etimológicamente la palabra matrimonio se deriva del latín **MATRIMONIUM**, derivado a su vez de **matrī** (por *matris*), genitivo de **mater**, madre; y, de **manus**, cargo u oficio de la madre. Se afirma que se prefirió este nombre y no el de patrimonio, por cuanto era la mujer la que en realidad determinaba el círculo de parentesco, por la incertidumbre de la filiación, en las primeras épocas de promiscuidad sexual; y, más adelante, por entenderse que para la mujer son mayores obligaciones del matrimonio, por los hijos y el hogar, sin excluir que su atracción es la que mueve al hombre, casi siempre, a la iniciativa de proponerlo y al hecho de consumarlo.

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 338.

Para la Iglesia, el matrimonio, integra un sacramento, y precisamente el primero de los instituidos, según la Biblia, en el instante mismo de aparecer la diversidad de sexos.

Se apunta una pugna entre el matrimonio civil y el religioso, conforme a derecho, históricamente el matrimonio tiene por origen un contrato: el consentimiento familiar o sensual de la pareja humana, un acuerdo de voluntades o de los deseos de ambos cónyuges. La religión lo eleva a la jerarquía de sacramento, basado siempre en la libre manifestación del consentimiento de los contrayentes, que aportan elementos de orden material y moral coexistentes dentro del matrimonio.

El matrimonio religioso, frecuente hasta el advenimiento de la Revolución Francesa, permanece en la legislación peruana y en el Estado Vaticano; por su parte el matrimonio civil se caracteriza por desconocer la formalidad religiosa, siendo el celebrado ante funcionarios estatales o autorizados el que produce efectos legales.

Definen los canonistas el matrimonio como “un sacramento de la nueva Ley, que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer y para engendrar primeramente la prole y educarla santamente”¹⁷.

La sublimación del matrimonio por Jesucristo, elevándolo a la dignidad de Sacramento, queda probada por los Santos Evangelios, y de modo especial por San Pablo, en su Epístola del Éfeso. Lo confirma, asimismo, la tradición eclesiástica, ya que mucho antes del protestantismo había declarado la Iglesia

¹⁷ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 47.

que el matrimonio es Sacramento, según consta en el Decreto de Eugenio IV y de la profesión de fe de Miguel Paleólogo. Éste es, además, el sentir de los teólogos y canonistas y la misma doctrina de los cismáticos, que han admitido siempre la condición sacramental del matrimonio.

El matrimonio surge a la vida del derecho por la trascendencia de esta institución que requiere y exige que medie antes una subfase de preparación, donde va tomando cuerpo, poco a poco, la realización del proyecto matrimonial.

En esta etapa preparatoria tiene la característica de poder estar integrado por acontecimientos voluntarios y por diligencias forzosas. Los acontecimientos voluntarios se reducen a los esponsales o promesa de futuro matrimonio.

“En este primer momento del derecho, integrado en España, por la legislación de Partidas, los españoles eran parte integrante del acto de conclusión del matrimonio. El Rey Sabio decía que los casamientos empiezan por los desposorios y tiene su complemento en la unión carnal de los casados. Hoy día, la doctrina y la legislación son unánimes en entender que los esponsales no pertenecen al acto de conclusión del matrimonio, sino a la fase preparatoria del mismo, y además con un matiz voluntario de realización y efectos”¹⁸.

En España, al crearse el matrimonio dentro del derecho civil, le dio al legislador la opción de tomar disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio, el canónico y el civil. El afán de conseguir el acercamiento entre las dos formas de matrimonio sería quizá el designio que movió a aquél para estampar semejante disposición, pero lo cierto fue que, apenas publicado el

¹⁸ Puig Peña, Federico. **Ob.Cit.** Pág. 48.

Código Civil, presentaron los canonistas una firme oposición a estas disposiciones matrimoniales, pues como afirmaban, el matrimonio canónico, y su fase preparatoria, sólo podía quedar regulado por la disciplina eclesiástica. La objeción no era puramente formularia, sino de fondo, ya que precisamente todo lo relacionado con los esponsales y regulado en aquella encontraba en la normativa del Código Civil una regulación sustancialmente diversa de la disciplina de la Iglesia, sobre todo de la anterior al Decreto Ne Temeré, al que precisamente se dio el pase por Real Decreto del 9 de enero de 1908.

La evolución progresiva de la legislación eclesiástica ha determinado, con la publicación del Codex Canonici (Código Canónico), una identificación sustancial con los preceptos del Código Civil, y por ello viene a posteriori a cobrar corrección la rúbrica que precipitadamente consiguió el legislador en 1889.

La tradición constante desde la conversión de la obligación del matrimonio canónico para los católicos que decidan casarse, aún cuando en la relajación del medioevo, tuvieran entrada formas irregulares, como el matrimonio clandestino, tal exclusividad se mantuvo hasta la ley del matrimonio civil de 1870, que ponía en vigor el principio de libertad de cultos proclamados en la Constitución Liberal de 1869. En virtud de esta ley, la celebración del matrimonio civil era obligatoria, sin repulsa ni atentado con respecto a la ceremonia eclesiástica para los católicos: si bien la celebración única de ésta carecía de efectos civiles. Fueron ellos reconocidos casi automáticamente por Decreto del 9 de febrero de 1875, ecléctico, como luego el Código Civil, con respecto del progreso civil de la Ley de 1870, se exigía el registro de todos los matrimonios ante funcionario público, pero con la obligatoriedad para los católicos de no eludir la forma canónica.

2.1.2. Definición

Planiol, mencionado por Cabanellas, define al matrimonio de la siguiente manera: “Es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”¹⁹.

Por su parte Ahrens, mencionado por Puig Peña, manifiesta que el matrimonio “es la unión formada entre dos personas de sexo diferente, con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones con su consecuencia”²⁰.

“Matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, para la plena y perpetua comunidad de existencia”²¹.

Eduardo Vásquez Bote, lo define de la siguiente manera: “El matrimonio es un acto jurídico con fines transindividuales, los propios de la institución familiar de la que es su fuente creadora legítima”²².

No cabe duda que el basamento del matrimonio está integrado por unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie.

Pero además es necesario agregar algunos puntos específicos para dar una definición de lo que es el matrimonio, los fines que lleva aparejados y las diferencias específicas, para poder concluir con el concepto definitivo.

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 239.

²⁰ Puig Peña, Federico. **Ob.Cit.** Pág. 33.

²¹ **Ibid.**

²² Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 599.

En este aspecto Guillermo Cabanellas, manifiesta que para llegar a concluir con lo que es el matrimonio es necesario extraer aspectos sociológicos y jurídicos que llenen el sentido de lo que es dicha institución, y por lo tanto da la siguiente definición: “El matrimonio es una sociedad compuesta por sólo dos personas que han de ser de sexo diferente, por lo general tiende a la propagación más o menos inconsciente de la especie, además de fortalecerse por la ayuda mutua, asentada en el propósito inicial de compartir la misma suerte a través del vínculo que los une, con ciertas comunidades patrimoniales y sólo disoluble en los casos y según los modos estrictamente determinado en la ley”²³.

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 78, da la siguiente definición: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanente y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

En sí el matrimonio es aquella forma social que lleva como fin la unión entre un hombre y una mujer, es decir que debe existir diferente sexo para que se constituya dicha institución.

Además dicha unión debe ser en forma legal, es decir, que medie la ley entre el mismo, teniendo ánimo de permanencia, lo que significa que perdure dicho lazo de unión entre los cónyuges, y teniendo como fin vivir juntos y auxiliarse mutuamente, además de procrear, alimentar y educar a sus hijos.

²³ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 340.

Para la ley civil, el matrimonio canónico o religioso no tiene ningún efecto jurídico que pueda afectar legalmente a la institución, ya que los efectos de derecho únicamente los produce el matrimonio civil, por medio de la cual se rigen los cónyuges, llevando consecuencias jurídicas que deben observar los contrayentes.

2.1.3. Estudio jurídico doctrinario:

En el derecho civil guatemalteco, se toma el matrimonio como institución social, en virtud que fue creada para dar vida a una figura que prevalece en la sociedad, que es de mucha importancia, y para normar los derechos, deberes y obligaciones que surgen a través del matrimonio.

En tal sentido el matrimonio inserto en la sociedad guatemalteca debe tener una normativa o regulación legal, para la conducción de los cónyuges durante el mismo, así como la protección a los hijos procreados para favorecer a la sociedad, y evitar que puedan degenerar en seres antisociales.

Desde este orden de ideas se han creado normas penales, para castigar las infracciones cometidas durante el matrimonio o en la autorización de éste, para que prevalezca dicha institución; creándose además normas civiles para la mejor conducción de la vida en el matrimonio, y para regir las eventualidades que se den en la misma, además de existir normas constitucionales que protegen el matrimonio para que éste no se degenerare y prevalezca en el tiempo.

Toda institución social debe ser regida por reglas que vayan de acuerdo a los patrones de esta y cumplan con los requisitos para los cuales fueron

creadas, por lo tanto si el matrimonio es una institución social tiene normas jurídicas que velan por el cumplimiento de sus fines.

De acuerdo a los Artículos 78 y 79 del Código Civil, estipulan que “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”, “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este Código para su validez”.

La ley civil guatemalteca considera al matrimonio como una institución social, en virtud de constituir una célula de la sociedad llevando como fin la procreación alimentación y educación de sus hijos, y teniendo como obligación la permanencia y el auxilio mutuo.

Ambos cónyuges en el matrimonio tendrán las mismas obligaciones y derechos, y para su constitución deben llenarse las siguientes formalidades:

Los contrayentes deben ser civilmente capaces.

La manifestación para contraer matrimonio lo deben hacer ante el funcionario competente.

La celebración del matrimonio debe hacerse bajo formal juramento de cada contrayente.

Deben ser legalmente identificados.

En el acta deben constar los nombres y apellidos de ambos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen.

Deberá hacerse constar los nombres de los padres y de los abuelos si los supieren.

Ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio.

No tener impedimento legal para contraerlo.

Régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales.

Manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona.

Con relación a los esponsales, manifiesta Guillermo Cabanellas, “Es la promesa de casarse que se hacen el varón y la hembra con recíproca aceptación. Esponsales se deriva del verbo latino *Spondeo*, que significa promesa, por lo tanto los esponsales no son más que recíproca promesa de futuro matrimonio”²⁴.

En la legislación civil guatemalteca, los esponsales están regulados en el Artículo 80, estipulando “Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó”.

En tal sentido los futuros cónyuges puede comprometerse en matrimonio por medio de los esponsales, pero dicha promesa no es obligatoria, porque puede efectuarse o no el matrimonio, por cualquier causa puede no celebrar el matrimonio y por lo tanto los esponsales no obligan a los contratantes a contraer obligatoriamente matrimonio.

²⁴ **Ibid.**

Por otra parte si en la celebración de los esponsales se hubieren hecho donaciones que se hayan entregado con la promesa de contraer matrimonio, deben ser devueltas a quien las haya donado, de lo contrario judicialmente se podrá obligar a restituir las donaciones correspondientes.

La mayoría de edad determina a libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización correspondiente (Artículo 81 del Código Civil).

La autorización para contraer matrimonio deberá otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo, la patria potestad.

La del hijo adoptivo menor la dará el padre o madre adoptante.

A falta de padres, la autorización la dará el tutor.

Desde este orden de ideas la autorización, para contraer matrimonio de menores, deberán darla ambos padres del menor, pero si sólo uno de ellos ejerciere la patria potestad bastará con la autorización de quien la ejerza.

Eduardo Vásquez Bote, manifiestas “Corresponde la patria potestad a ambos padres conjuntamente, para actuarla respecto de los hijos no emancipados (excepto que se les haya suspendido o privado), salvo que por circunstancias especiales la actúe o pueda actuarla uno solo de aquéllos, que permite diferenciar un ejercicio conjunto, un ejercicio por uno de los padres con

consentimiento del otro y un ejercicio por uno de los padres, por defecto, ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro, esto es, un ejercicio unilateral”²⁵.

Por lo tanto la patria potestad la ejercen los padres que están al cuidado del menor, pero la puede ejercer uno sólo de ellos, cuando el menor esté a su cuidado, y por ausencia, separación o cualquier otro motivo no se encuentre el otro, lo que dará lugar a que la autorización para contraer matrimonio, del menor, la de uno sólo de los padres.

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

Por su parte el Artículo 256 del Código Civil, manifiesta que “Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado”.

Con relación a los hijos adoptivos, solamente pueden dar la autorización los padres adoptantes, manifestando el Artículo 258 del Código Civil, que “La

²⁵ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 728.

patria potestad sobre el hijos adoptivos la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado”.

El tutor podrá dar el consentimiento, para que el menor contraiga matrimonio solamente a falta de los padres.

Tutor es “Quien ejerce la tutela; el encargado de administrar los bienes de los incapaces y de velar además por las personas de los menores no emancipados ni sujetos a la patria potestad, y de ciertos incapacitados. El tutor es un suplente de la patria potestad en los menores, y un complemento de la capacidad de obrar de los incapacitados”²⁶.

El Artículo 192 del Código Civil, estipula que “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a la tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a la tutela aunque fuere mayor, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante del menor o incapacitado”.

En este sentido quien puede dar la autorización para contraer matrimonio, es el tutor, cuando el menor no tenga quien ejerza la patria potestad, ya que el tutor es el representante del menor, a falta de padres.

Si no se puede obtener la autorización, para contraer matrimonio, conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad y otro motivo, bastará la autorización de uno de los progenitores; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de primera instancia del domicilio del menor.

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 564.

En caso de desacuerdo de los padres o de negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables.

El Artículo 94 del Código Civil, establece que “Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores, o presentar autorización escrita de ello, en forma auténtica, o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si no fuere posible, certificación de edad declarada por el juez”.

“El matrimonio podrá celebrarse por poder. El mandato debe ser especial, expresar la identificación de la persona con la que debe contraerse el matrimonio y contener declaración jurada acerca de las cuestiones que menciona el Artículo 93. La revocatoria del poder no surtirá efecto si fuere notificada legalmente al mandatario cuando el matrimonio ya estuviere celebrado” (Artículo 85 del Código Civil).

El Artículo 86 del Código Civil establece que “El matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por alguna de las causas que determina este Código”.

Son impedimentos absolutos para contraer matrimonio:

Los parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral, los hermanos y medios hermanos.

Los ascendientes y descendientes que haya estado ligados por afinidad.

Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

No podrá ser autorizado el matrimonio:

Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor.

Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto.

dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno.

Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o pro tutela.

Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o pro tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración.

Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquéllos, ni garantizara su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona.

Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de su cónyuge, en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales.

El contrayente que hubiese sido casado, presentará el documento legal que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior; si hubiere tenido hijos, comprobará estar garantizada la obligación de alimentarlos; y si tuviere bienes de menores bajo su administración, presentará el inventario respectivo.

El contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración de matrimonio, se publicarán edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el término de 15 días, emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo.

Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edicto, éstos perderán su efecto legal.

La constancia de sanidad es obligatoria para el varón, y también para la mujer cuando lo solicite el contrayente o los representantes legales de éste, si fuere menor de edad.

Será extendida por la Dirección General de Sanidad o por un facultativo, haciendo constar que la persona examinada no padece de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación.

No están obligadas a presentar certificado de sanidad las personas que residan en lugares que carecen de facultativo y las que, al solicitar el matrimonio, ya hubieren tenido relaciones de hecho que hagan innecesario dicho certificado.

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

En este sentido el Estado es el garante de la protección social del matrimonio y de la familia, garantizando la igualdad de derechos entre los contrayentes, protegiendo a los hijos, y dejando en libertad a los cónyuges para que decidan sobre el número de hijos que deseen tener y el espaciamiento entre ellos.

El Artículo 49 de la Constitución Política, manifiesta que “El matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente”.

Por su parte el Artículo 50, estipula que “Todos los hijos son iguales ante la ley y tiene los mismos derechos. Toda discriminación es punible”.

Asimismo el Artículo 51 de la Carta Magna, establece que “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”.

“Es punible la negativa de proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe” (Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

En este caso el Código Penal, regula esta disposición, en los Artículos del 242 al 245, estipulando que “Quien, estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, será sancionado con prisión de seis meses a dos años salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación. El autor no quedará eximido de responsabilidad penal, por el hecho de que otra persona los hubiere prestado”.

“La sanción señalada en el Artículo anterior, se aumentará en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación, traspasare sus bienes a tercera persona o empleare cualquier otro medio fraudulento”.

“Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que éstas se encuentren en situación de abandono material y moral será sancionado con prisión de dos meses a un año”.

“En los casos previstos en los tres Artículos anteriores, quedará exento de sanción, quien pagare los alimentos debidos y garantizare suficientemente, conforme a la ley, el ulterior cumplimiento de sus obligaciones”.

Asimismo el Artículo 56 Constitucional, estipula que “Se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad”.

2.1.4. Principios que fundamentan el matrimonio:

Los principios que fundamentan la institución social del matrimonio son aquellos criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que los rige, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas en el plano positivo.

“Su carácter de criterios fundamentales deriva de expresar principios de justicia, de valor elemental y naturaleza objetiva. Y su condición de fuente informativa del ordenamiento explica que pueden adoptar peculiaridades que, sin romper su tónica general y abstracta, disciplinan la estructura jurídica de un determinado grupo humano y social. No son, ciertamente, verdades absolutas, pero su más pura esencia responde a una general aspiración que se traduce, en la órbita jurídica, en una política de desenvolvimiento y realización de su contenido, que es lo que les da utilidad.

Su independencia respecto de las normas concretas positivas hace que informen al ordenamiento sin necesidad de que sean matizados. Singularmente, cuando el legislador se apresta a la labor de organizar normativamente la vida de un país, responde en su esquema y parte siempre

de unos principios. Y realizada la legislación, ahí y aún quedan principios, que sirven para enriquecer y actualizar, completando, la norma concreta”²⁷.

Los principios que fundamenta el matrimonio serán aquellos que se visualizan para que dicha institución social llene los requisitos y legalidades formales para que durante el tiempo que persista éste no se disuelva, y los cónyuges puedan tener la certeza que su unión es fundamental dentro del contexto social por el cual fue creado, y que dicha institución está protegida por leyes civiles y Constitucionales para su mantenimiento, además de existir normas morales que deben ser observadas por los mismos.

Entre los principios que fundamentan el matrimonio será necesario estudiar los siguientes:

2.1.4.1. Principio de nulidad: Rafael Navarro Valls, con relación a este principio, manifiesta que es la “Reducción de todas las causas de nulidad matrimonial a defecto o vicio de la voluntad negocial del matrimonio”²⁸.

2.1.4.2. Principio de voluntad mutua: El matrimonio se rige por el principio de voluntades, es decir, que debe existir un acuerdo entre los cónyuges para que éste se realice, si uno de los contrayentes está en desacuerdo no puede autorizarse el matrimonio.

2.1.4.3. Principio de la verdad: El matrimonio se efectúa por la verdad entre las partes, valiéndose para el efecto de la juramentación para que en el transcurso de la diligencia las partes actúen con la verdad, por lo que la verdad quedará reglamentada con la

²⁷ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 793.

²⁸ **Ibid.**

juramentación y la advertencia de las penas relativas al perjurio, para que en el futuro el matrimonio no pueda ser disuelto por nulidad.

2.1.4.4. Principio de defensa del vínculo matrimonial: Lo que busca este principio es que el matrimonio prevalezca en el tiempo y que no sea disuelto, reglamentándose las inconveniencias que puedan existir durante su duración.

2.1.4.5. Principio de Respeto mutuo: Mediante este principio, las partes tiene que guardarse respeto para el mejor desenvolvimiento del mismo.

2.1.4.6. Principio de igualdad: Los contrayente tendrán los mismos derechos y las mismas obligaciones.

2.1.4.7. Principio de responsabilidad: Ambos contrayentes tienen la responsabilidad de procrear, alimentar y educar a sus hijos durante la menor edad, y en la mayoría de edad si éstos fueren incapaces o hayan sido declarados en estado de interdicción.

2.1.4.8. Principio de auxilio mutuo: En el matrimonio ambos contrayentes tienen la obligación de prestarse mutuo auxilio según las necesidades del caso.

2.1.5. Fines

“Son muy diversas las fórmulas propuestas por la doctrina en orden a los fines del matrimonio. Una primera doctrina, ya abandonada, mantiene un criterio unilateral, señalando un solo fin al mismo. De este parecer era Kant quien, sosteniendo una interpretación estrictamente material, manifestó que el fin único del matrimonio era el goce mutuo de los instintos sexuales, los cuales quedaban regularizados en él. También este punto de vista se sostuvo por

Letourneau Schopenhauer quien le asigna por fin la generación futura, y Comte, el perfeccionamiento mutuo de los dos sexos”²⁹.

Ahora bien, dentro de esta tendencia se sigue discutiendo acerca de cual fin de los señalados es el fundamental. Unos entienden que el fin fundamental es la procreación, pues estiman que lo que realizan marido y mujer solidariamente es un servicio a la humanidad de hoy y, sobre todo, a la de mañana, parte de que sin procreación no hay dualismo de sexos y, por lo tanto, no habría lugar al mutuo auxilio. Otros, por el contrario, entienden que lo fundamental es el mutuo auxilio, pues si fuera la procreación, dicen, no habría razón para que contrajesen matrimonio las personas que por su edad excesiva no pueden tener descendientes.

Una doctrina, de matiz bilateral, arrancada de Aristóteles, quien sostiene que los fines del matrimonio son fundamentalmente dos: La procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos. Esta doctrina resulta ya más admisible, por cuanto pone de relieve la finalidad individual y transpersonalista de la unión matrimonial.

Pero la tesis que ha recibido el favor de la doctrina es la que sostiene una fórmula trilateral, que patrocinó Santo Tomás de Aquino. Para el sabio teólogo, el matrimonio tiene dos fines específicos: la procreación y la educación de la prole, y un fin individual, el mutuo auxilio de los cónyuges. Esta doctrina es la más aceptada en el ámbito jurídico.

Para la ley civil guatemalteca, en el Artículo 78, estipula los fines del matrimonio:

²⁹ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 37.

Ánimo de Permanencia: Lo que busca la ley es que el matrimonio no se desintegre y perdure en el tiempo, es decir, que dicha institución no pierda los fines para los que fue creado el matrimonio civil.

Vivir Juntos: El hombre y la mujer que se unen en matrimonio civil, tienen como principio vivir juntos durante toda la vida matrimonial, salvo que esta se desintegre por muerte de uno de los cónyuges, o que haya divorcio.

Procrear: El fin máximo o primordial es procrear a sus hijos, pues el matrimonio se basa en el hecho de crear una célula social por medio de su descendencia, aunque muchos juristas manifiestan, que muchas parejas contraen matrimonio a pesar de no poder tener prole.

Alimentar y educar a sus hijos: De hecho si se procrean hijos en el matrimonio, es obligación de los padres darles educación y alimentación para no dejarlos en el desamparo.

Auxilio mutuo: Cuando una pareja se une en matrimonio civil, tiene como obligación moral y social, el auxilio entre ambos para sobre llevar los problemas que puedan encontrar durante el tiempo que dure el matrimonio, además como superación entre cónyuges.

Toda institución social debe ser regida por reglas que vayan de acuerdo a los patrones de esta y cumplan con los requisitos para los cuales fueron creadas, por lo tanto si el matrimonio es una institución social tiene normas jurídicas que velan por el cumplimiento de sus fines.

2.2. La patria potestad

Eduardo Vásquez Bote, indica “Corresponde la patria potestad a ambos padres conjuntamente, para actuarla respecto de los hijos no emancipados (excepto que se les haya suspendido o privado), salvo que por circunstancias

especiales la actúe o pueda actuarla uno solo de aquéllos, que permite diferenciar un ejercicio conjunto, un ejercicio por uno de los padres con consentimiento del otro y un ejercicio por uno de los padres, por defecto, ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro, esto es, un ejercicio unilateral”³⁰.

Por lo tanto la patria potestad la ejercen los padres que están al cuidado del menor, pero la puede ejercer uno sólo de ellos, cuando el menor esté a su cuidado, y por ausencia, separación o cualquier otro motivo no se encuentre el otro, lo que dará lugar a que la autorización para contraer matrimonio, del menor, la de un sólo de los padres.

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

Por su parte el Artículo 256 del Código Civil, establece que “Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado”.

Con relación a los hijos adoptivos, solamente pueden dar la autorización los padres adoptantes, manifestando el Artículo 258 del Código Civil, que “La

³⁰ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 728.

patria potestad sobre el hijos adoptivos la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado”.

El tutor podrá dar el consentimiento, para que el menor contraiga matrimonio solamente a falta de los padres.

Son impedimentos absolutos para contraer matrimonio:

Los parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral, los hermanos y medios hermanos.

Los ascendientes y descendientes que haya estado ligados por afinidad.

Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

No podrá ser autorizado el matrimonio:

Del menor de 18 años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor.

Del varón menor de 16 años o de la mujer menor de 14 años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

De la mujer antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto

dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno.

- Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o pro tutela.

- Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o pro tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración.

Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquéllos, ni garantizara su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona.

Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de su cónyuge, en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales.

El contrayente que hubiese sido casado, presentará el documento legal que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior; si hubiere tenido hijos, comprobará estar garantizada la obligación de alimentarlos; y si tuviere bienes de menores bajo su administración, presentará el inventario respectivo.

El contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración de matrimonio, se publicarán edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el término de 15 días, emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo.

Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edicto, estos perderán su efecto legal.

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

En este sentido el Estado es el garante de la protección social del matrimonio y de la familia, garantizando la igualdad de derechos entre los contrayentes, protegiendo a los hijos, y dejando en libertad a los cónyuges para que decidan sobre el número de hijos que deseen tener y el espaciamiento entre ellos.

Por su parte el Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estipula que “Todos los hijos son iguales ante la ley y tiene los mismos derechos. Toda discriminación es punible”.

“Es punible la negativa de proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe” (Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

En este caso el Código Penal, regula esta disposición, en los Artículos del 242 al 245, estipulando que “Quien, estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, será sancionado con prisión de seis meses a dos años salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación. El autor no quedará eximido de responsabilidad penal, por el hecho de que otra persona los hubiere prestado”.

“La sanción señalada en el Artículo anterior, se aumentará en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación, traspasare sus bienes a tercera persona o empleare cualquier otro medio fraudulento”.

“Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que éstas se encuentren en situación de abandono material y moral será sancionado con prisión de dos meses a un año”.

“En los casos previstos en los tres Artículos anteriores, quedará exento de sanción, quien pagare los alimentos debidos y garantizare suficientemente, conforme a la ley, el ulterior cumplimiento de sus obligaciones”.

Asimismo el Artículo 56 Constitucional, estipula que “Se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad”.

2.3. Paternidad

Cabanellas, al referirse a la paternidad, la define como “Calidad de padre, vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo”³¹.

La paternidad es la relación de padre a hijo, regulándose legalmente para la mejor convivencia entre ambos.

³¹ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 146.

Las instituciones paternidad y filiación indican calidades correlativas, esto es, aquéllas la calidad de padres, y éstas la calidad de hijos. La paternidad y filiación de tres maneras:

Naturales y civiles, con respecto al padre y a los hijos nacidos de legítimo matrimonio.

Naturales solamente, con respecto al padre y a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Solamente civiles, con respecto al padre y a los hijos adoptivos.

El Artículo 199 del Código Civil, estipula que “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y,

El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.

Contra la presunción del Artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

El Artículo 201 del Código Civil, estipula “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si éste no impugna su paternidad.

La impugnación no puede tener lugar:

Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez.

Si estando presente en el acta de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento.

Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido”.

La acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge, deberá intentarse judicialmente, dentro de sesenta días, contados desde la fecha del nacimiento, si está presente; desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente; o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento.

Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero este derecho podrán ejercitarlo únicamente dentro de sesenta días contados desde la muerte del marido.

2.4. Filiación

En el derecho moderno, diversos tratadistas se han ocupado en sus escritos de dar una definición sobre esta institución jurídica que hoy en día tiene una gran importancia y suscita gran número de problemas, así se tiene que

algunos autores, como Cicu y Planiol, fijan sólo en el término de paternidad, criterio que es seguido por los antiguos autores y por ende denominado criterio clásico.

En relación a éste término (filiación) el autor Castán Tobeñas da una definición no concreta de la filiación, pero se puede deducir lo que sobre este aspecto piensa cuando manifiesta que “La relación de paternidad y filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generadores. Constituyendo la filiación un hecho natural, ya que esta basada en la procreación de un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas”³².

En virtud de lo anterior es conveniente dedicar una parte de este estudio al análisis de los antecedentes históricos de esta institución jurídica.

2.4.1. Familia consanguínea

En esta clase de familia únicamente estaba prohibida la relación sexual entre padres e hijos, por lo demás la familia se desenvuelve en un estado completamente de promiscuidad. Se desconoce completamente la institución del matrimonio; por lo que los hijos se consideran de la comunidad o tan solo de la mujer³³.

2.4.2. Familia punalúa

En este tipo de familia se excluye no solo la relación sexual entre padres e hijos, sino también la que pueda existir entre hermanos nacidos de una misma madre, puesto que la madre llama hijos a los suyos y a los hermanos de toda la

³² Castán Tobeñas, José. **Ob. Cit.** Pág. 5

³³ Engels, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 33

familia común, o sea, a los hijos de sus hermanos, primos; pero en determinado momento sí sabe distinguir en cualquier momento, quienes son los suyos propios.

En esta familia es donde se origina el matrimonio por grupos, es por ello, que no puede saberse con exactitud quien es el padre del hijo que engendran, solamente se sabe quien es la madre, porque un grupo de mujeres eran esposas comunes de un grupo de hombres (excluyendo por completo a los hermanos de ésta) también comunes y así a los hombres ya no se les llamaba hermanos, sino que ***Punalúa***, que quiere decir, para este tipo de familia, compañero, consocio. De igual manera se llamaban las mujeres comunes ***Punalúas***. Es de hacer notar que los grupos de mujeres y hombres que se unían, eran por parte de las mujeres hermanas entre ellas y por parte de los hombres hermanos entre ellos solamente que pertenecían a diferentes grupos. “Este es el tipo clásico de una formación de familia que tiene una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era comunidad recíproca de hombres y mujeres en el seno de un círculo de familia; pero del cual, se excluían al principio los hermanos carnales y más tarde, también los hermanos de los hombres”³⁴.

2.4.3. Familia sindiásmica

Prohíbe aquí la relación sexual entre parientes consanguíneos. En esta etapa de la organización familiar, un hombre vive con una mujer; pero para el hombre no esta prohibida la práctica de la poligamia, por el contrario la infidelidad de la mujer es castigada cruelmente. Con el establecimiento del matrimonio sindiásmico, se escasean las mujeres para los hombres, por lo que

³⁴ Engels, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 35.

para conseguir las, tienen que raptarlas o comprarlas, mientras que en las formas de familia anteriores, no encontraban ningún problema puesto que, llegaban a tener más de las que muchas veces deseaban. El matrimonio es disoluble por voluntad de las partes y cuando una de las dos no estaba de acuerdo, entonces intervenían los parientes de cada uno de los convivientes para resolver el problema. Hay predominio de la mujer en la casa y los hombres se concretaban a aportar víveres, provisiones y enseres para los hijos y esposas, pero el mando de la mujer era tan poderoso, que podía retirar en cualquier momento al hombre cuando no cumplía con esas obligaciones³⁵.

Las tres primeras formas de familia (la consanguínea, la punalúa y la sindiásmica) con sus correspondientes diferencias fueron formas matrimoniales por grupos, por lo tanto, en ellas no podía saberse con certeza quien era el padre del hijo concebido, pero si quien era la madre; y en todas partes donde existió el matrimonio por grupos la descendencia sólo pudo establecerse por la línea femenina³⁶.

A toda esta situación histórica, junto a otros elementos de carácter económico y social, en que predominaban las mujeres se le da el nombre de “matriarcado”, que significa el predominio femenino o el poder de las madres. Este aspecto precisa de un órgano natural que con arreglo al “derecho materno”³⁷.

La descendencia solo se contaba por línea femenina y según la primitiva ley de herencia imperante en los gens, los miembros de ésta heredaban al

³⁵ **Ibid.**

³⁶ Engels. **Ob. Cit.** Pág. 43

³⁷ **Ibid.**

pariente fallecido³⁸. O sea que las hijas eran las que se consideraban como miembros de la gens y en consecuencia las herederas de los bienes de su madre; los hijos varones por no considerarse miembros de la gens quedaban desheredados.

Pero a través del continuo desarrollo de las fuerzas productivas, de las producciones del ganado, la elaboración de los metales, el arte del tejido y la agricultura, lentamente el poder económico fue pasado al lado del padre; esto sumado a que la familia sindiásmica puso a la par la verdadera madre al verdadero padre, produjo el varón la necesidad de utilizar estas ventajas para modificar el orden de heredar en provecho de sus hijos, bastó con que decidieran que en lo sucesivo sus hijos (varones debían quedar en la gens y las hijas quedarán en la gens de su madre desheredadas. Con la llegada de esta situación la mujer quedo delegada a los cuidados del hogar y de los hijos, degradada a un simple instrumento de reproducción.

Fue de esta manera como se llega a la familia monogámica; aunque se debe aclarar que en el término general, la genogamia o exclusividad del conyugue solo se aplica a la mujer y no así al varón, quien sí poseía una posición económica solvente podía tener otras mujeres.

2.4.4. Familia monogámica

Manifiesta Engels, la familia monogámica “Nace de la familia sindiásmica. Se funda en el poder del hombre con el fin formal de procrear de una paternidad cierta; y esta paternidad se exige, porque esos hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de la fortuna

³⁸ **Ibid.**

paterna”³⁹. Aquí la disolución del matrimonio ya no es por voluntad de ambas partes, solamente el hombre puede romper esa relación. Además éste goza del derecho de infidelidad conyugal por las mismas costumbres, la mujer que quiere tener relaciones sexuales como en las formas anteriores de familia, es severamente castigada.

Esta forma de familia en la antigüedad llegó al máximo desarrollo en los pueblos civilizados; pero no fue un producto del amor sexual propio, sino una pura conveniencia, puesto que eran los padres los que escogían convenientemente a los esposos o esposas de los hijos.

Se concluye este aspecto en que la familia es parte esencial para el perfeccionamiento del hombre. Aunque la palabra familia tiene diferentes acepciones. En primer lugar o sentido enraizado en la interpretación histórica del vocablo, la familia hace relación a un conjunto más o menos amplio de personas ligadas por una relación de sangre y comunidad.

Por consiguiente se define a la familia 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 sublimidad por el amor y el respeto, se da satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

Sebastián Soler define a la familia como “creación social permanente, subordinada a un fin duradero históricamente adaptable y en que los individuos jerárquicamente organizados cumplen funciones preestablecidas”⁴⁰.

³⁹ Engels. **Ob. Cit.** Pág. 68

⁴⁰ Soler, Sebastián. **Teoría de la institución en fe en el derecho.** Pág. 195

La familia conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como punto localizado de sus actividades y su vida. Para el autor Puig Peña “la familia es aquella institución que acentuada sobre el matrimonio enlaza, en una unidad total a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana, en todas sus esferas de la vida”⁴¹.

Para el autor Rogina Villegas “exponen que la familia en sentido estricto comprende una realidad sólo a los padres e hijos entre tantos estos no se casen y constituyen una nueva familia”⁴².

Se concluye este aspecto histórico diciendo que la paternidad y filiación se van a desprender de lo que es la familia, como un conjunto de personas ligadas por aspectos de consanguinidad y en algunos casos se basa en la concepción del matrimonio, como una institución y que se podría mencionar en un porcentaje muy elevado en la convivencia maridable y voluntaria y que en pocos casos esa convivencia maridable es declarada legalmente y se manifieste todo lo referido a la relación paterno filial.

2.5. Definición de filiación

Es ley natural, de máximo relieve, la procreación de la especie; preside toda la biología del mundo en espléndida maravilla y en indescifrable misterio. El hombre, como todos los seres de la creación, están sometidos a ella, recibiendo sus beneficios, extasiado la contempla y ve producirse en la vida sus efectos inmarcesibles⁴³.

⁴¹ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 15.

⁴² Rogina Villegas. **Compendio de derecho civil.** Pág. 58.

⁴³ Paig Bratas José. **Fundamentos de derecho civil.** Pág. 5.

Surge de la procreación un lazo natural, la generación, que traducido al plano jurídico da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos a las relaciones entre procreantes y procreados.

La filiación, pues, es el nombre jurídico que recibe la relación natural por el hecho de que una persona es procreada por otra. Ahora bien al interpretarse en el campo del derecho, ese hecho natural de la generación viene a producir consecuencias de particular relieve, pues esa interpretación es una verdadera investidura que da origen a la creación de un estado, más o menos perfecto según los casos y circunstancias.

Se puede definir la filiación, relación o unión paterno-filial, como “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero”⁴⁴. A la vista de esta definición se pueden deducir las consecuencias siguientes:

La filiación es propiamente un estado: Es decir, una posición especial ante el orden legal integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados, un entre cruce de derechos y obligaciones entre estos y el resto del grupo familiar amplio y, sobre todo, una configuración especialísima del individuo, entre la sociedad y la ley.

Ese estado deviene perfecto y completo en la filiación legítima, pero que el derecho lo enfoca siempre a favor del matrimonio y sus consecuencias naturales y a él sobre y sobre él dirige y ordena toda la normatividad legal. Ese estado es menos perfecto en la filiación natural, pues ya no se ocasiona el complemento de aquellas relaciones, o lo que

⁴⁴ **Ibid.**

es lo mismo, que el mundo jurídico circundante del hijo simplemente natural aparece más reducido que el del hijo legítimo, lo mismo en los derechos en vida que en la vocación sucesoria.

Este estado supone siempre una investidura legal: Como advierte el tratadista Cicú, en cuanto a hecho natural la filiación se da siempre en todas personas cuando se habla de filiación como consecuencia jurídica no valen nada más que aquellas que así han sido declaradas por el derecho. No hay pues “filiación” sin una declaración de la ley que así lo determine, declaración legal que se hace ingenera, a virtud del juego de presupuestos, presunciones y declaraciones que en el derecho consigna, deduce o recoge.

Está fundamentalmente asentada en este estado en la relación natural de procreación: En toda la inmensa mayoría de los supuestos, la investidura que produce ese estado, está asentada en la relación natural de generación. No hay, pues, filiación legal sin una situación de hecho de filiación pre-existente. No puede, en principio, una persona decir que otra es hija suya si no ha sido procreada por él, porque para decir que un hijo es “suyo” es indispensable que sea “suyo” en el sentido natural de la expresión; si es de otro, no puede concedérsele una filiación a que no tiene derecho. Solamente a través de la adopción podrá obtener una situación semejante: pero por sus líneas específicas y particulares que ya el mismo derecho se encarga de consignar.

Son varios los conceptos que dan los tratadistas del derecho civil, sobre el tema de la filiación; cada estudioso de esta importante figura, al analizar los elementos integrantes, características, naturaleza y demás requisitos necesarios para poder emitir con claridad y certeza un concepto sobre filiación converge en que la filiación es la relación entre los padres y el hijo.

El ordenamiento sustantivo civil, al respecto, no da un concepto concreto de lo que es la filiación o relación paterno filial, lo cual, lejos de ser una omisión, ha sido positivo, pues las definiciones en el texto, compartiendo el criterio de ciertos autores, se considera que reducen el ámbito interpretativo del a figura, en este caso la filiación. Por ello se recurrirá a la doctrina, para plasmar algunos de los conceptos sobre esta institución. Así se tiene que para el autor Ripert-Planiol, la filiación es “relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra”⁴⁵.

Para el autor Rafael Rojina Villegas; la filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grados.; es decir, entre personas que descienden unas de otras y de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referidas en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. Sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc., agrega que además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en sentido estricto, la relación de derecho que existe entre progenitor y el hijo⁴⁶.

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, la madre y el hijo.

⁴⁵ Espín Casovas, Diego. **Manual de derecho civil**. Pág. 295.

⁴⁶ Rojina Villegas, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 429.

A este respecto, el licenciado Alfonso Brañas, dice: “pueden precisarse dos conceptos de filiación: uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que este sea entre una o varias personas y un progenitor determinado; otro jurídico propiamente dicho, según el cual, la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo”⁴⁷.

Guillermo Cabanellas, expresa “filiación, significa, por antonomasia, para el derecho civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También la calidad que el hijo tiene respecto a su nacimiento en relación con el estado civil de los progenitores”⁴⁸.

Para el autor Federico Puig Peña, la filiación es “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”⁴⁹.

2.6. Elementos personales

El Artículo 199 del Código Civil se refiere a los elementos personales de la filiación, que son:

- El padre puesto que un hombre determinado ha sido el autor del embarazo de la madre y es natural que la paternidad supone que se conoce ya la filiación materna.
- La madre (maternidad).
- El hijo: resultante de la relación entre padre y madre.

⁴⁷ **Manual de derecho civil.** Pág. 229.

⁴⁸ **Manual de derecho civil.** pág. 320

⁴⁹ **Ob. Cit.** Pág. 581.

2.7. Clases de filiación

Doctrinariamente existen diversidad de opiniones sobre este tema, pero en el presente caso únicamente se hará referencia a la clasificación que incorpora el Código Civil, dada la naturaleza de este trabajo, siendo estos:

filiación matrimonial;

filiación extramatrimonial;

filiación por adopción

filiación cuasimatrimonial, resultante de la unión de hecho, las cuales son importantes por estar reguladas dentro de la legislación.

3.7.1. Filiación matrimonial

Esta filiación, se puede decir que es la que alcanza más profundamente los propósitos jurídicos de relación familiar y social que la sociedad burguesa persigue.

La concepción durante el matrimonio y la paternidad ofrecen dificultad de probarse, porque en la concepción, durante el matrimonio, el plazo de gestión ni es igual en todos los casos ni puede fijarse con entera exactitud en cada una, por lo que no puede establecerse exactamente la fecha de la concepción por relación a la del parto. En cuanto a la paternidad, dice Diego Espín Canovas “ni siquiera con las modernas investigaciones sobre grupos sanguíneos cabe establecer una prueba segura de la misma en todos los casos”⁵⁰.

La legislación acepta la tesis de la concepción dentro del matrimonio, pues en su Artículo 199 establece: “el marido es padre del hijo concebido

⁵⁰ Espin Canovas. **Ob. Cit.** Pág. 388.

durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable”. Se presume concebido durante el matrimonio:

- El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y,
- El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Para la fijación de los plazos que establece el Código Civil, el país ha aceptado, juntamente con otras legislaciones, la presunción de estos plazos para llegar a determinar si verdaderamente ostentan los hijos la calidad de legítimos, de modo que al contar los mismos desde la fecha en que se celebró el matrimonio (hijo nacido después de la 180 días) o su disolución (hijos nacido dentro de 300 días de éste), resultará el período legal de concepción dentro del cual habrá de ocurrir el nacimiento y llegar así a determinar la legitimidad del hijo.

2.7.2. Filiación extramatrimonial

Se llama así, porque tanto la concepción, el nacimiento, la procreación y la educación no están asentadas sobre la base de un matrimonio, sino que fuera de él; a pesar de esto, los hijos procreados fuera de matrimonio, estipula la guatemalteca, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.

Esta clase de filiación, cuando la misma no resulta de matrimonio de los padres ni de la unión de hecho registrada (filiación cuasi-matrimonial), se establece y se prueba, con relación a la madre, con el solo hecho del nacimiento, y respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Se considera de suma importancia y de vital necesidad tener presente que en forma general lo relacionado con la filiación natural, la no natural y de los hijos reconocidos, ya que en la legislación no están contempladas y que la filiación extra-matrimonial, en la doctrina da lugar a esta división:

2.7.3. Filiación natural

Se puede definir esta clase de filiación como la habida de padres que no estando casados pueden, sin embargo, contraer matrimonio al tiempo de la concepción de su hijo; es decir un hombre y una mujer que no tiene impedimento de ninguna índole para contraer matrimonio, o sea, que no están casados con terceras personas, ni unidos de hecho y no tienen parentesco entre sí.

De la filiación natural como filiación ilegítima que es, o bien llamada extramatrimonial en el Código Civil, se deduce que el hijo ha sido procreado fuera del matrimonio, ya que la filiación que se origina del matrimonio, tiene carácter de legítima; pero por otra parte, como dentro de la doctrina, la filiación ilegítima, tan solo es natural, la habida de padres que pueden haber estado casados al tiempo de la concepción, como apunta Espin Canovas, “resulta de un doble requisito, uno de carácter negativo (concepción fuera de matrimonio) y

otro de carácter positivo (posibilidad de estar casados los padres al tiempo de la concepción)”⁵¹.

2.7.4. Filiación no natural

Tampoco esta contemplado en la legislación, por lo que para el objeto del estudio, se tratará en forma breve sobre este aspecto.

Según lo estipula el autor Espín Canovas: “En primer lugar esta clase de filiación al igual que la filiación natural, es legítima porque su base no se encuentra asentada dentro del matrimonio”⁵²

Dentro de lo que la filiación natural y la no natural se puede señalar una gran diferencia, por ejemplo; la filiación natural es de padres no casados que pueden sin embargo haberse casado, al tiempo de la concepción o de otra forma que no tiene ningún impedimento de ninguna naturaleza para hacerlo, en cambio en la filiación no natural los padres no estaban casados, ni pueden hacerlo por la existencia de algún impedimento, ya sea por estar unidos con terceras personas, o por tener algún parentesco consanguíneo entre sí. Esta diferencia es de suma importancia porque la doctrina manifiesta que los derechos de los hijos naturales y no naturales son completamente distintos, e indica que solamente la filiación natural puede ser objeto de legitimación.

2.7.5. Filiación de hijos reconocidos

El reconocimiento, es el principal medio para determinar la filiación no matrimonial. Según Garrido De Palma es “un medio legal de determinación de

⁵¹ **Ibid.**

⁵² Espín Canovas. **Ob. Cit.** Pág. 365.

la filiación, en base a la manifestación del hecho de la paternidad o maternidad biológica realizada por el progenitor, con el efecto del establecimiento del estado civil correspondiente. Cumplidos los requisitos que la ley exige en cada caso⁵³.

Originándose la filiación por el reconocimiento, siendo este un vínculo fisiológico o natural que la procreación establece entre el padre y el hijo, habiendo relaciones fuera del matrimonio.

2.8. Declaración judicial

Este tipo de declaración de llama reconocimiento forzoso y éste es una forma de reconocimiento que dentro de la filiación ilegítima, se encuentra en sentido contrario a la forma de reconocimiento voluntario, que enumera la legislación, específicamente en el Artículo 220 del Código Civil, cuando indica que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él. Como bien lo determina Alfonso Brañas “no se trata en realidad, de un reconocimiento forzoso judicial, se trata de una declaración judicial de filiación”⁵⁴.

En realidad la ley sustantiva civil, en el afán de protección y estabilidad de la familia y procuración de mantenimiento del grupo familiar provee de ciertos derechos a los hijos concediéndoles la facultad de solicitar a los tribunales una declaración sobre la paternidad, lo que podrá obtener si presenta y demuestra los requisitos obtenidos por la ley.

⁵³ Puig Peña. **Fundamentos de derecho civil.** Pág. 199.

⁵⁴ Brañas Alfonso. **Ob. Cit.** Pág. 558.

Para el efecto la legislación establece en su Artículo 220 del Código Civil, que los herederos del hijo podrán proseguir la acción que éste dejare iniciada al tiempo de su fallecimiento o intentarla si el hijo falleciere durante la menor edad, o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere en ese estado. Ahora bien, la paternidad puede ser judicialmente declarada:

- Cuando existen cartas, escritos o documentos en que se reconozca;
- Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre, es decir, que el presunto padre haya proveído a su subsistencia y educación, que el hijo haya usado, constantemente y en forma publica el apellido del padre que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia, lo que quiere decir que únicamente su calidad de hijo sea declarada y registrado en el registro civil correspondiente;
- En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época de la concepción coincida con la del delito; y,
- Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción. Establece la legislación que la acción de filiación solo podrá entablarse en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo en los casos siguientes:
 - cuando el hijo sea póstumo;
 - cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiera fallecido durante la menor edad del hijo y en los casos en que pueda ser declarada judicialmente.

2.8.1. Filiación legítima

La legitimación es la figura jurídica, por cuyo medio un hijo no de matrimonio adquiere la calidad de hijo de matrimonio, en virtud de posterior unión conyugal de los padres, tipificándose, entonces, la denominada legitimación por su consiguiente matrimonio. El objeto de la legitimación es que el hijo adquiere todos los derechos de los hijos nacidos, o en su caso, concebidos durante el matrimonio.

No obstante la legitimación, por el consiguiente matrimonio, viene a constituir la figura principal. El objeto de la legitimación consiste en que el hijo nacido fuera de matrimonio adquiere todos los derechos de los hijos nacidos en el matrimonio, pero en la ley sustantiva civil, ha dejado de tener efecto principal esta figura, al considerarse en el Artículo 209, que los hijos procreado dentro del matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos procreados dentro de matrimonio.

2.8.2. Filiación adoptiva

La legislación la define como el acto jurídico de asistencia social por que el adoptante tomó como hijo a un menor que es hijo de otra persona. Analizando esta clase de filiación se da cuenta que dos elementos personales importantes:

Adoptante: quien toma al menor como hijo propio; y,

Adoptado: quien toma como padre a una persona que no lo es.

La adopción dentro de la legislación es el parentesco civil que se forma aparte del consanguíneo y el de afinidad, y nace precisamente de la adopción.

Para algunos autores como Planiol, la adopción es “un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima”⁵⁵. Se trata pues de proteger el grupo familiar para que este no desaparezca y su fundamento se encuentra según la doctrina en la convivencia y fidelidad de los cónyuges. Algunos efectos que la legislación contempla para esta clase de filiación son los siguientes:

El parentesco, los derechos y obligaciones que emanan de esta clase de filiación solo existen entre el adoptante y el adoptado, es decir que no se extiende a los parientes, aún consanguíneos del uno ni del otro.

El adoptante adquiere y tiene sobre el hijo adoptivo los derechos y obligaciones que tendrían los padres naturales del adoptado.

También el adoptado tiene sobre el padre adoptivo los derechos y obligaciones que tendrían los hijos naturales respecto de sus progenitores y que se adquieren mediante la adopción.

2.9. Filiación de la legislación guatemalteca

Conforme las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que reconoce las siguientes clases de filiación:

⁵⁵ Planiol, M. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 220.

- Filiación Matrimonial, o sea, la del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable, que lo recoge el Artículo 199 del Código Civil.
- La filiación cuasi-matrimonial, la del hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada, Artículo 182 Código Civil.
- La filiación extramatrimonial, la del hijo procreado fuera del matrimonio o unión de hecho no declarada ni registrada, Artículo 209 Código Civil.
- La filiación adoptiva, la del menor que es tomado como hijo por la persona que lo adopte, Artículo 288 Código Civil.

En cuanto a los términos de paternidad y filiación es necesario considerar que algunos autores manifiestan que son términos distintos y otros que son términos correlativos o complementarios, pero en realidad el padre supone al hijo, ya que no puede existir un hijo sin padre, en un punto de relación paterno-filial, están los padres y por ello se llama paternidad, y en otra están los hijos y por ello se les llama filiación, ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas.

2.10. Parentesco

2.10.1. Definición

Eduardo Vásquez Bote, define el parentesco como “Relación entre personas adscritas o pertenecientes a un mismo grupo y con ascendencia”⁵⁶.

Parentesco, en el derecho, es relación que media entre personas que tienen un ascendiente común a todas ellas: en el parentesco en línea recta,

⁵⁶ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit**, Pág. 719.

además, una o varias descienden de otra, mientras que en la línea colateral se es pariente sólo por existir una persona que, a la vez, es ascendiente de todos los unidos por esta clase de parentesco. Puede ser el parentesco matrimonial y extramatrimonial, según que la generación de los parientes se haya producido dentro del matrimonio o fuera de él.

Los hermanos, son de doble vínculo cuando proceden del mismo padre y madre, y de vínculo sencillo cuando tienen en común un solo progenitor y no el otro.

Hasta aquí el parentesco llamado de consanguinidad. Hay otro parentesco de alcance y efectos mucho más limitados, el que la gente llama parentesco político y los legisladores denominan de afinidad, que une a todos los parientes consanguíneos de una persona con el cónyuge de éste (por ejemplo, los cuñados).

Cuando el código civil habla de hijos, padres o hermanos sin hacer especificación alguna, se refiere en exclusiva al parentesco por consanguinidad.

Los cónyuges no son parientes entre sí: tan sólo son cónyuges.

La ley obliga a los ascendientes y descendientes y a los cónyuges no separados a suministrarse alimentos entre sí, en caso de necesidad. Éstos comprenden, además de la alimentación en si misma, los cuidados más elementales para la salud y la formación del alimentista.

La obligación de alimentos es recíproca. Esto es, el que los suministra hoy al pariente necesitado, podrá pedírselos mañana si éste último ha mejorado

de fortuna y el primero empeora hasta hallarse en una situación de necesidad que le lleve a reclamarlos.

La evolución del parentesco y su terminología ha sido objeto de interés para los antropólogos desde el siglo XIX, cuando el estadounidense Lewis Henry Morgan desarrolló su teoría del parentesco. Morgan mantenía que la terminología del parentesco utilizada en sociedades menos desarrolladas reflejaba un bajo nivel de desarrollo cultural, y que la terminología habitual en las sociedades más desarrolladas indicaba un estado avanzado de desarrollo. Esta teoría fue abandonada cuando se descubrió que los pocos sistemas de parentesco vigentes existen tanto entre los pueblos menos desarrollados desde el punto de vista tecnológico como en los más avanzados.

Algunas teorías no evolucionistas consideran los términos para designar a los parientes como una consecuencia de influencias y modificaciones culturales, como un medio para comprender ciertos aspectos de la historia de una determinada sociedad e incluso como un fenómeno lingüístico. Un enfoque antropológico muy común es el funcional que relaciona los términos de parentesco y la conducta real. Según esta teoría, los términos cumplen la función de ser las claves que permiten comprender el tipo de vínculos y los valores existentes entre gentes de una misma sociedad.

El parentesco entraña gran importancia en los estudios antropológicos ya que es un fenómeno universal, denota ciertos vínculos humanos fundamentales que establecen todos los pueblos y refleja la forma en que los pueblos otorgan significado e importancia a las interacciones entre los individuos.

2.10.2. Análisis legal

El Artículo 190 del Código Civil, establece las clases de parentesco, estipulando “La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado”.

El parentesco por afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio.

2.11. Guarda y custodia

La guarda y custodia, es otra institución que se genera del ejercicio de la Patria Potestad y lógicamente son los efectos en el momento en que se produce una separación matrimonial o bien el divorcio.

CAPÍTULO III

3. Derechos de la mujer soltera y casada tanto en el orden nacional como internacional en materia de guarda y custodia de los hijos

3.1. Legislación nacional

3.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala

La Carta Magna establece la protección como obligación que tiene el Estado en el caso de la familia, y dentro de los derechos humanos, se encuentran los individuales y los sociales. Dentro de los individuales, a partir del Artículo 3 se encuentra el derecho a la vida. El Artículo 47 contiene lo relativo a los derechos sociales y la protección a la familia, dentro de las instituciones del derecho de familia, se encuentran:

- Unión de Hecho
- Matrimonio
- Los hijos y la igualdad de los hijos
- Protección a menores y ancianos
- Maternidad
- Minusválidos
- Adopción
- Alimentos
- Acciones contra causas de desintegración familiar

3.1.2. Código Civil

El Código Civil forma parte de un cuerpo normativo que regula normas que protegen a la mujer y a los hijos, considerándolos como la parte más débil en las relaciones familiares.

En virtud de esa protección se considera que muchas mujeres han confundido, como una discriminación, la forma de trato desigual en relación con los hombres. Se considera erróneamente que el trato debe ser desigual, aunque el principio de igualdad constitucionalmente establecido, se refiere a que debe ser el trato igual en virtud que tanto el hombre y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones.

En el caso de la mujer, existen las instituciones en que ella se ve involucrada, y que lógicamente tienen que ver con la familia.

En el Libro I, Título II del Código Civil norma lo relativo a la familia, y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se establecen en los aspectos siguientes:

- Matrimonio
 - “Matrimonio etimológicamente significa carga, gravamen, o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y minimum, carga o cuidado de la madre mas que el padre, porque si no fuere así, se hubiere llamado patrimonio”⁵⁷.

⁵⁷ Valverde, Calixto D. *Tratado de derecho civil español*. Pág. 231

Regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos. Esto se encuentra regulado del Artículo 78 al 172 del Código Civil.

- Unión de Hecho.

Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por mas de tres años y que tiene los mismos efectos jurídico sociales que el matrimonio. Cuando procede declarar, el cese de la misma, etc., su regulación se encuentra contenida en los artículos del 173 al 189 del Código Civil.

- El parentesco.

Se entiende como el vínculo que liga a una persona con otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco (consanguíneo) por alianza (afinidad) o voluntad (adopción). Se regula en los artículos 190 al 198 del Código Civil.

- Paternidad y Filiación Matrimonial y Extramatrimonial.

Se encuentra regulada del artículo 199 al 227 del Código Civil.

- Adopción.

Tal como lo indica el Artículo 228 del Código Civil, la adopción es el “acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”. Se encuentra establecida en el Código Civil, del Artículo 228 al 251.

- Patria Potestad.

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

- Los alimentos.

Tal como lo establece el Artículo 278 del Código Civil “la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”. Se regula del artículo 278 al 292 del Código Civil.

- Tutela.

Es una institución que forma parte del Derecho de Familia, creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a

la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula del Artículo 293 al 351 del Código Civil.

- Patrimonio Familiar.

Como lo establece el Artículo 352 del Código Civil “es la institución jurídico social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia”. Se regula del Artículo 352 al 368 del Código Civil.

3.1.3. Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil es un cuerpo normativo que se encarga de la ejecución de la parte sustantiva de las normas que se encuentran en el Código Civil.

En el caso del derecho de familia en donde se ve inmersa la participación principal, esencial, importante en el caso de la mujer, se encuentran los procesos o procedimientos siguientes:

- Del juicio ordinario

La jurisdicción ordinaria es la que regula los casos en general que no tengan señalado un procedimiento especial, como por ejemplo, el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio, la acción judicial de paternidad y filiación, etc.

- Juicio oral

Dentro de las características fundamentales del proceso oral, se encuentra que el mismo se sustancia por medio de la palabra y tiene la finalidad de obtener la declaración de voluntad a través del cumplimiento de los principios de celeridad, economía, publicidad, oralidad, concentración e inmediación, etc. Entre los asuntos que se tramitan por esta vía se encuentran: los de menor cuantía, los de ínfima cuantía, los relativos a la obligación de prestar alimentos, la rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta la obligación legal o por medio del contrato, etc.

- Juicio Ejecutivo en la vía de apremio

Este juicio, como los demás procesos de ejecución, van dirigidos a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena y entre sus principales características se encuentran: Que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe existir un título ejecutivo. El título ejecutivo debe entenderse como el documento que apareja ejecución, porque prueba por si mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia práctica se reclama. Para el caso del derecho de familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

3.1.4. Ley de Tribunales de Familia

Es una ley específica que regula aspectos relativos al derecho de familia. Como lo indica el Artículo 3, los Tribunales de Familia se encuentran constituidos por:

- Juzgados de familia que conocen los asuntos de Primera Instancia,
- Por las Salas de Apelaciones de Familia que conocen en segunda instancia las resoluciones de los juzgados de familia.
- Los Juzgados de paz como tercer órgano jurisdiccional que conocen de asuntos de familia, a manera de prevención, debiendo posteriormente remitir lo actuado al Juzgado de Primera Instancia de Familia de la cabecera departamental.

3.1.5. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

“La violencia lleva consigo a las personas tanto a los agresores como a las víctimas a la degradación, provocando dolor, culpa, miedo, aislamiento, incapacidad para establecer relaciones armoniosas con otras personas, con el entorno que les rodea y una actividad negativa ante la vida. Es una práctica orientada, aprendida y legitimada contra los derechos de otros y que llevan como fin intimidar y controlar⁵⁸.

“Violencia es acción y efecto de violentar; de aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia. La violencia puede ser ejercida

⁵⁸ Comisión de la Mujer, el Menor y la Familia, Congreso de la República de Guatemala. **Guía de capacitación sobre la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.** Pág. 7.

por una persona sobre otras de modo material o moral; en el primer caso, la expresión equivale a fuerza; y el segundo a intimidación”⁵⁹.

El Decreto 97-96 del Congreso de la República regula la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo tiene como objetivo brindar protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas y personas discapacitadas tomando en consideración las situaciones específicas de cada caso.

Las medidas de protección se aplicarán independientemente de las sanciones específicas establecidas por los Códigos Penal y Procesal Penal, en el caso de hechos constitutivos de delito o falta.

3.2 Legislación internacional

3.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos es uno de los documentos más importantes de toda la historia de la humanidad. Integrada por 30 Artículos, fue adoptada en diciembre de 1948 por resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Entre los aspectos más importantes, de los considerandos, de esta Declaración se encuentran los siguientes:

⁵⁹ Manuel Ossorio. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** pág. 786.

- Que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.
- Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.
- Esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.
- También esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones.
- Que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los Derechos Fundamentales del Hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.
- Que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los Derechos y Libertades Fundamentales del hombre, y que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

La Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.

La regulación contenida en dicha declaración, redactada en treinta Artículos, establece:

- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.
- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.
- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, ni preso, ni desterrado.
- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.
- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.
- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.
- En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.
- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones,

el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.
- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.

- Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.
- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.
- Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el

progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

- Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos.
- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.
- Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración”.

3.2.2. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1979, ratificada por Guatemala el 8 de julio 1982 y publicada en el Diario de Centroamérica el 12 de agosto del año 1982.

Es una forma especial de tratar los asuntos de la mujer en el tema de la discriminación derivado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, como una obligación de garantizar al hombre y a la mujer igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Explica que para efectos de la Convención, el Artículo 1 indica que la expresión discriminación contra la mujer, denotará toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Se regula una igualdad en el caso del hombre, en los temas de:

- Orientación
- Capacitación
- Educación
- Deporte y educación física
- Salud

- Trabajo
- En materia del matrimonio o maternidad

3.2.3. Organización Nacional de la Mujer

3.2.3.1. Antecedentes

La Organización Nacional de la Mujer, sector Guatemala, es apoyada por la Organización Nacional de la Mujer estadounidense que apoya la igualdad para las mujeres, con sede en la ciudad de Washington. Se fundó en 1966 por mujeres participantes en la Tercera Conferencia Nacional de la Comisión sobre la Condición de la Mujer. Su primera presidenta fue Betty Friedan, autora de *La mística femenina*, publicada en 1963. Esta organización tiene más de 600 divisiones regionales a lo largo de 50 estados y el distrito de Columbia, y cuenta con más de 250.000 miembros entre mujeres y hombres.

La organización trabaja para eliminar la discriminación y los prejuicios contra las mujeres en la administración, la industria, la religión, la educación, la medicina, las leyes y los sindicatos. Ha promovido la aprobación de la Enmienda para la Igualdad de Derechos en la Constitución de Estados Unidos. Enérgica defensora del derecho de la mujer al aborto, fue la principal promotora de la Marcha para la Libre Elección de las Mujeres, en abril de 1992. Edita una publicación bimensual y celebra cada verano una conferencia nacional.

Durante sus primeros años, la posición de esta organización, sobre los derechos de las lesbianas, creó controversias entre sus miembros. Algunas lesbianas fueron expulsadas de los cargos de dirección hasta que en la

Conferencia Nacional de 1971 las activistas votaron a favor de reconocer los derechos de las lesbianas como una cuestión feminista”.⁶⁰

3.2.4. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

Mediante el Decreto legislativo 69-94 se ratifica y aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la cual responde a enunciados que se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la que se establece que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos.

Dentro de los derechos protegidos hacia la mujer en cuanto a esta convención, se encuentran:

- Derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público como privado.
- Al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.
- Derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- A la libertad, seguridad personales.
- A no ser sometida a servidumbre ni torturas.
- A que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.
- A la igualdad y protección ante la ley.

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 41

3.2.5. Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer

Esta convención fue abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en el año de 1952, y tiene como fundamento el principio de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, y responde a principios que se han enunciado en la Carta de las Naciones Unidas.

Se enfatiza la necesidad de que la mujer tiene el derecho de participar en el gobierno de su país directamente o por conducto de representantes libremente escogidos, y a iguales oportunidades de ingreso en el servicio público de su país, y desea igualar la condición del hombre y de la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos, conforme a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dentro de los derechos que regula esta convención, se encuentran:

- Derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres.
- A que sean elegibles para todos los organismos públicos.
- Derecho a ocupar cargos públicos.
- Los derechos deben ejercerse en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación.

3.2.6. Convención Sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada

Esta Convención fue ratificada por la Asamblea General el 29 de enero del año 1957. Se establece este cuerpo normativo, para evitar los conflictos que

se pudieran generar en el caso del matrimonio en que los contrayentes sean extranjeros, en protección de la mujer.

Se conviene en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer.

Dentro de los supuestos más importantes, se encuentran los siguientes:

- En el caso de una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que pueden imponerse por razones de seguridad y de interés público.
- Conviene además que en que la convención no podrá interpretarse en el sentido de que afecte a la legislación o a la práctica judicial que permitan a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir de pleno derecho, si lo solicita la nacionalidad del marido.

3.2.7. Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios

Esta convención data del año 1962, y responde a principios de la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto a la promoción del respeto y la observancia universales de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Al regular aspectos relativos al consentimiento en el caso del matrimonio y la edad mínima, se citan los siguientes:

- Que no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos de acuerdo con la ley.
- Que se pretende adoptar con esta convención para los Estados partes, medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y el interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad.

3.2.8. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

Con el fin de ratificar la necesidad de que se creen cuerpos normativos que regulen aspectos relativos a equilibrar la intervención o participación de la mujer en los distintos ámbitos de la vida, y evitar que sea continuamente discriminada por su condición de mujer, siendo principios y derechos que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, se crea la presente Convención, que entre los aspectos más importantes que regula, se encuentran:

- Pretende eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Conscientes de que la violencia contra la mujer constituye un obstáculo que no permite el desarrollo integral de la mujer y por ende de la misma sociedad, se hace necesario adoptar medidas tanto legales como gubernamentales y no gubernamentales para evitar que continúen los actos de violencia contra la mujer.
- Establece conceptos o definiciones de las distintas formas de violencia que se pueden producir en contra de la mujer.
- Dentro de los derechos que figuran, se encuentran: derecho a la vida, igualdad, libertad, seguridad de las personas, protección ante la ley, derecho a verse libre de todas las formas de discriminación, al mayor grado de salud física y mental que se pueda alcanzar, derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, derecho a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

CAPÍTULO IV

4. Análisis del Artículo 261 del Código Civil y necesidad de su adecuación jurídica legal en base a los derechos de la mujer casada

4.1 Análisis del Artículo 261 del Código Civil

El artículo 261 del Código Civil indica textualmente: “Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el artículo 166.

En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley, y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerce especialmente”.

De acuerdo con la descripción de la norma anterior, cabe efectuar el análisis siguiente:

- Que establece una distinción entre la mujer casada y la mujer soltera, porque hace esa distinción, cuando indica que siendo el padre y la madre unidos y no casados, y que en relación a la unión de hecho, se indica también, que cuando la madre no sea unida de hecho, refiriéndose a la unión de hecho declarada, los hijos estarán en poder de la madre.

- En el caso del párrafo anterior, la norma hace una excepción o salvedad, y es exclusivamente en que los menores pueden estar con el padre, cuando la madre así lo desea, quien también puede decidir con que otra persona pueden estar o bien puede decidir si los internan en establecimiento de educación.
- Que no resulta congruente con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, así como con la demás normas que se regulan en el Código Civil y las relacionadas con los derechos de la mujer y de los niños, principalmente para el caso de las mujeres casadas o bien las que se encuentren unidas de hecho, estableciéndose en éste último caso, la unión de hecho declarada, con respecto a la mujer no casada o bien en el caso de la mujer separada legalmente. En el caso de la mujer separada, que debió haber estado casada o se encuentra casada, pero legalmente separada, no resulta congruente con la realidad, también respecto del niño y del padre, en aras del principio de igualdad, el hecho de que ella tenga que decidir, si su hijo se queda con la madre, con el padre, o bien con tercera persona, inclusive, decidir si lo interna en un establecimiento educativo o de asistencia social.
- La norma pareciera que deja en facultad de la madre soltera o separada, lo que desee en relación con su hijo y efectivamente, resulta importante analizar que en la mayoría de los casos, las madres no desean lo peor para sus hijos, sino lo mejor, pero que cuando existe disputa o divergencia entre el padre y la madre, ésta puede actuar de manera subjetiva, exponiendo a dicho menor a sus deseos que tienen que ver no precisamente con el bienestar del menor, sino con sus intereses y motivaciones en el momento en que se encuentran, sin regular la norma, aspectos relacionados con la obligación de la madre, de preguntarle al menor, si se encuentra en edad apropiada, de que libremente exprese

con quien de los padres o bien con alguna persona que no sean éstos, como sucede en el caso de los abuelos, abuelas, tíos, tías, etc., desean estar o quedarse o a quien se le entregue la guarda y custodia. Existen casos, en que los menores, principalmente cuando tienen la edad entre los ocho y diecisiete años, por querer a ambos padres, deciden quedarse con una tercera persona, no estando dicha norma adecuada para regular estos aspectos, que tienen trascendencia para el bienestar e interés superior del niño y que se encuentran normados en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

- También refiere dicha norma a lo que establece el artículo 166 del Código Civil y al respecto indica: “A quién se confían los hijos. Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”. En este sentido, cabe hacer el análisis de que este párrafo se encuentra corto, en el sentido de referirse que en el caso de que si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, y si no es así no, y en el caso ideal de que por motivo de separación o disputa de la guarda y custodia de los menores, es decir, que sea en todos los casos, porque se refiere a la situación de los menores, que en este caso no se estaría pensando que la situación emocional, material, etc., de los menores cambiaría si los padres provienen de un matrimonio o no, de una unión de hecho declarada, o bien si fuere madre soltera, pero que evidentemente, el padre, no se hace responsable del hijo, aunque exista y pueda ser demandado, puede

sucedier, como se ha visto de que cuando el padre es requerido de alimentos, decide mejor pelear la guarda y custodia a la madre.

- En cuanto al párrafo “En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley y la autoridad deberá prestar el auxilio para la devolución del hijo a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente”. Este resulta contradictorio al tomar en cuenta que el ejercicio de la patria potestad, lo tiene en el caso del menor, el padre y la madre, estimándose en iguales condiciones de derechos y obligaciones, por lo que resulta impreciso, a juicio de la autora, establecer quien se encuentre ejerciendo la patria potestad en el caso de cualquiera de los padres, porque ambos la tienen, en todo caso, no sería tanto el padre como la madre, cuando el menor este reconocido, de que se discuta si hubo sustracción del menor, y que se refiera a los casos de hechos delictivos, si se tratare en el caso de la madre o el padre, lo cual a todas luces no constituyen hechos delictivos, sino de familia, que deben ser resueltos por un juez de familia y no un juez penal.
- Que dicha normativa, nada establece respecto a la importancia que tiene de que el juez se auxilie de una trabajadora social o bien un trabajador social, así como de otros expertos que considere convenientes, como en el caso de los psicólogos, médicos forenses, etc. Ya que únicamente se refiere a ello, cuando la separación de los padres (en el caso del matrimonio), proceda de la disolución del matrimonio, se remite a lo que establece el artículo 166 del Código Civil, y es en esta norma cuando se remite a que el juez puede auxiliarse de Trabajador Social y otros expertos, dentro de las facultades discrecionales que le asisten. En todo caso, es importante establecer que el juez puede decidir en base a lo que indica la Ley de Tribunales de Familia, pero que se hace necesario que se

encuentre normado, por la naturaleza de la situación y de los intereses que se encuentran en conflicto, así como en el caso del cumplimiento que deben hacer los jueces respecto a las normas nacionales e internacionales en materia de derechos de menores, especialmente, cuando se trata de su protección y bienestar.

- Podría establecerse que en el análisis de la presente norma, existen formas de discriminación en el caso de la mujer casada y en el caso de la mujer que se encuentre unida de hecho en forma declarada judicialmente, respecto de la mujer no casada o soltera, así como una forma de discriminación en el caso del hombre, violándose a juicio de la autora el principio de igualdad constitucionalmente establecido. Así también, el perjuicio con la redacción de la norma analizada, en el caso de los menores, porque se decide sobre ellos, como si fueran objetos, y no se establece en la norma, que debe preguntársele al menor, en el caso de que las circunstancias así lo aconsejan y determinando la edad del menor para dicha acción, e incluyendo aspectos relacionados con el derecho penal, que no tienen en absoluto nada que ver con lo que se pretende en el caso de los menores y su relación con los padres, así como en la confusión cuando se pretende reintegrar a un menor en el ejercicio de la patria potestad de quien la ejerza especialmente, y cuando se discute tanto por padre como madre en cuando a la guarda y custodia de los menores, ambos, en su conjunto tienen igualdad de derechos y obligaciones para con los hijos, y que por lo tanto, ambos ejercen la patria potestad, confundiendo dicha institución con la institución de la guarda y custodia.

4.2 Necesidad de su adecuación jurídica legal

De acuerdo con el presente análisis, la autora considera de importancia, adecuar el artículo 261 del Código Civil a la realidad, tanto en beneficio del menor, que constituye en el conflicto de padre y madre, la parte más débil en las relaciones familiares, y que el juez de familia tiene la obligación legal de proteger, respondiendo también a la normativa nacional e internacional en materia de derechos del niño respecto a sus derechos humanos, así como a que no exista ningún tipo de discriminación en la redacción de la norma, frente a la mujer casada y no casada, frente a la mujer separada y no separada, a la mujer soltera, frente al caso del hombre y el ejercicio de la patria potestad en la igualdad de derechos y obligaciones, así como con respecto a que no debe regularse en dicha norma aspectos relacionados con el derecho penal, cuando establece el ilícito de sustracción de menores, principalmente en cuanto a que se encuentran bajo la patria potestad de la madre o padre, y diferenciar adecuadamente la institución de la patria potestad frente a la institución de la guarda y custodia.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contiene cuerpos normativos que datan desde los años de mil ochocientos, y en cada uno de ellos, hasta en la actualidad, propugna por el respeto de los Derechos Humanos de las personas, independientemente de que se trate de mujeres, hombres y niños; por lo que constituye un derecho positivo.
2. Debido a que los derechos de la mujer han estado limitados en su ejercicio por parte de los hombres, es que se han creado cuerpos normativos que regulan específicamente aspectos relacionados con los derechos de la mujer, para que los mismos se cumplan en distintos ámbitos o esferas de la vida en la sociedad.
3. Al igual que el derecho de las mujeres, también se han creado cuerpos normativos específicos que propugnan por los derechos de los menores, siendo el cuerpo normativo máximo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que regula aspectos fundamentales en el ámbito de este derecho, como es la educación, la igualdad, recreación, legitimidad, relacionado con la guarda y custodia, adopción y otras instituciones que también tienen relación con el Derecho de Familia, por lo que su cumplimiento es de necesaria observación.

RECOMENDACIONES

1. Que las normas se adecúen y se sujeten a las prácticas sociales y en el caso de que las mismas causen en el transcurrir del tiempo conflictos con otras, necesitan de mejorarse y adaptarse a las condiciones actuales, en el caso de las normas internacionales y nacionales en materia de derechos.
2. Que las autoridades estatales, especialmente el Congreso de la República, deben efectuar constantemente estudios que conlleven la adecuación de las normas en temas importantes, como resultantes del Derecho de Familia, con relación a la guarda y custodia, ejercicio de la patria potestad, el matrimonio, la separación, etc.
3. A las instituciones no gubernamentales en materia de derechos de la mujer, que tienen la obligación de proponer a las instituciones y organismos que tienen iniciativa de ley, la presentación de proyectos que conlleven la adecuación de las normas, como sucede en el presente caso, para que no surjan conflictos entre las mujeres casadas y no casadas en materia de cuidado y protección de los hijos.
4. A la Corte Suprema de Justicia y Organismo Judicial, que impartan cursos a los jueces de familia, como jueces especiales, con jurisdicción privativa, en los conflictos que se generan de las leyes vigentes, para que de una manera integral y con respecto al análisis que se pueda hacer de las normas internacionales, puedan adecuar su conducta a las circunstancias viables, aconsejables en protección de la parte más débil en las relaciones familiares, como en el caso de la separación o divorcio, los hijos menores.

ANEXOS

PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

Entrevistas

El trabajo de campo, consistió en la realización de entrevistas a abogados litigantes en el ramo de familia, así como a dos jueces de familia en cuanto al tema objeto de estudio, el muestreo fue de 25 personas, los resultados se presentan a continuación:

CUADRO No. 1

PREGUNTA: ¿Considera que es muy frecuente que exista disputa entre padre y madre en relación con los hijos?	
Respuesta	Cantidad
Si	25
No	00
Total:	25

CUADRO No. 2

PREGUNTA. ¿Según su experiencia cree usted que existen muchas madres solteras?	
Respuesta	Cantidad
Si	10
Si, relativamente	10
Lo normal	5
Total:	25

CUADRO No. 3

PREGUNTA: ¿Según su experiencia considera que existen muchas madres separadas y divorciadas?	
Respuesta	Cantidad
Si	10
Relativamente si	10
Lo normal	5
Total:	25

CUADRO No. 4

PREGUNTA: ¿Cree usted que en la actualidad existen muchas demandas voluntarias como ordinarias de divorcio?	
Respuesta	Cantidad
Si	10
Si regularmente	15
Total:	25

CUADRO No. 5

PREGUNTA: ¿Cree usted que según su experiencia, existen más demandas ordinarias que voluntarias de divorcio?	
Respuesta	Cantidad
Si	10
Más o menos considero que así es	10
Es muy difícil los divorcios que sean de mutuo acuerdo	5
Total:	25

CUADRO No. 6

PREGUNTA: ¿Cree usted que las leyes civiles guatemaltecas, protegen a la mujer y a los hijos?	
Respuesta	Cantidad
Si	14
Si, a la parte más débil en las relaciones familiares	6
No contesto	5
Total:	25

CUADRO No. 7

PREGUNTA: ¿Considera que en el caso de la disputa de la guarda y custodia regularmente el juez le otorga la custodia de los hijos a la madre?	
Respuesta	cantidad
Si	10
Casi siempre	5
En la mayoría de los casos	5
Si porque la ley así lo determina	5
Total:	25

CUADRO NO. 8

<p>PREGUNTA: ¿según su experiencia cree que es acertado que los hijos al discutirse su guarda y custodia, el juez debe preguntarles, cuando las circunstancias así lo aconsejen y tomando en cuenta la edad de dicho menor, con quien desea quedarse ?</p>	
Respuesta	Cantidad
Si	20
Si, pero debe estar regulado en la ley	5
Total:	25

CUADRO No. 9

<p>PREGUNTA: ¿Considera que debe regularse en la ley aspectos importantes con relación a la guarda y custodia de los hijos y lo que deben observar los hijos y los padres en relación con la convención internacional de los derechos del niño?</p>	
Respuesta	Cantidad
Si	25
No	0
Total:	25

CUADRO NO. 10

<p>PREGUNTA: ¿Después de la lectura del artículo 261 del código civil, considera que es congruente con la realidad actual en el caso de la guarda y custodia de los menores y la disputa entre el padre y la madre?</p>	
Respuesta	Cantidad
Si	5
No	10
Debe mejorarse y adecuarse	10
Total:	25

CUADRO No. 11

<p>PREGUNTA: ¿Considera que el Artículo 261 del código civil es congruente con la convención internacional de los derechos del niño?</p>	
Respuesta	Cantidad
Si	5
Si, pero necesita mejorarse para adecuarlo	10
No	10
Total:	25

CUADRO No. 12

<p>PREGUNTA: ¿Considera que después de la lectura del artículo 261 del código civil, discrimina a la mujer casada y separada respecto a la soltera con relación a la guarda y custodia de los hijos?</p>	
Respuesta	Cantidad
Si	10
Si relativamente	10
No	5
Total:	25

CUADRO No. 13

<p>PREGUNTA: ¿después de la lectura del artículo 261 del código civil, cree usted que se discrimina al hombre respecto a la mujer, en ejercicio de la patria potestad, con relación a la guarda y custodia de los hijos?</p>	
Respuesta	Cantidad
Si	25
No	0
Total:	25

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1981.
- ALONSO PÉREZ, Francisco. **El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad**". Guatemala: (s.e.), 1973.
- ALVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socio económico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Guatemala: Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil. Nociones generales de las personas, de la familia**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1973.
- CASTÁN VÁSQUEZ. **La patria potestad. La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio**. Revista de derecho privado. España: Editada por el Colegio de Abogados de España, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral. Derecho de familia, relaciones conyugales**. Madrid, España: Ed. Madrid Reus, 1976.
- DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Valencia, España: Ed. Juan Mariana y Sanz, 1968.
- DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. Madrid, España: Ed. Pirámide, 1983.
- GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil**. Valladolid, España: Colegio Santiago, 1924.
- PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil: la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela**. Argentina: Ed. Bosch, 1985.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pamplona, España: Ed. Arazandi, 1974.
- RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico práctico. del contrato del matrimonio de la compraventa**. Madrid, España: Ed. Moderna, (s.f.).

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

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** México: Ed. Mimusa, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español. Derecho de familia, parte especial.** Madrid, España: Talleres Tipográficos, 1975.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia.** Guatemala: Imprenta Zeta, 1970.

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica.** Guatemala: Ed. Jurídica, 1970.

Legislación

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención Internacional sobre Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas.

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno, Decreto Ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil y sus reformas. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno, Decreto Ley 107, 1963.

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

Ley de Tribunales de Familia.

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

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

