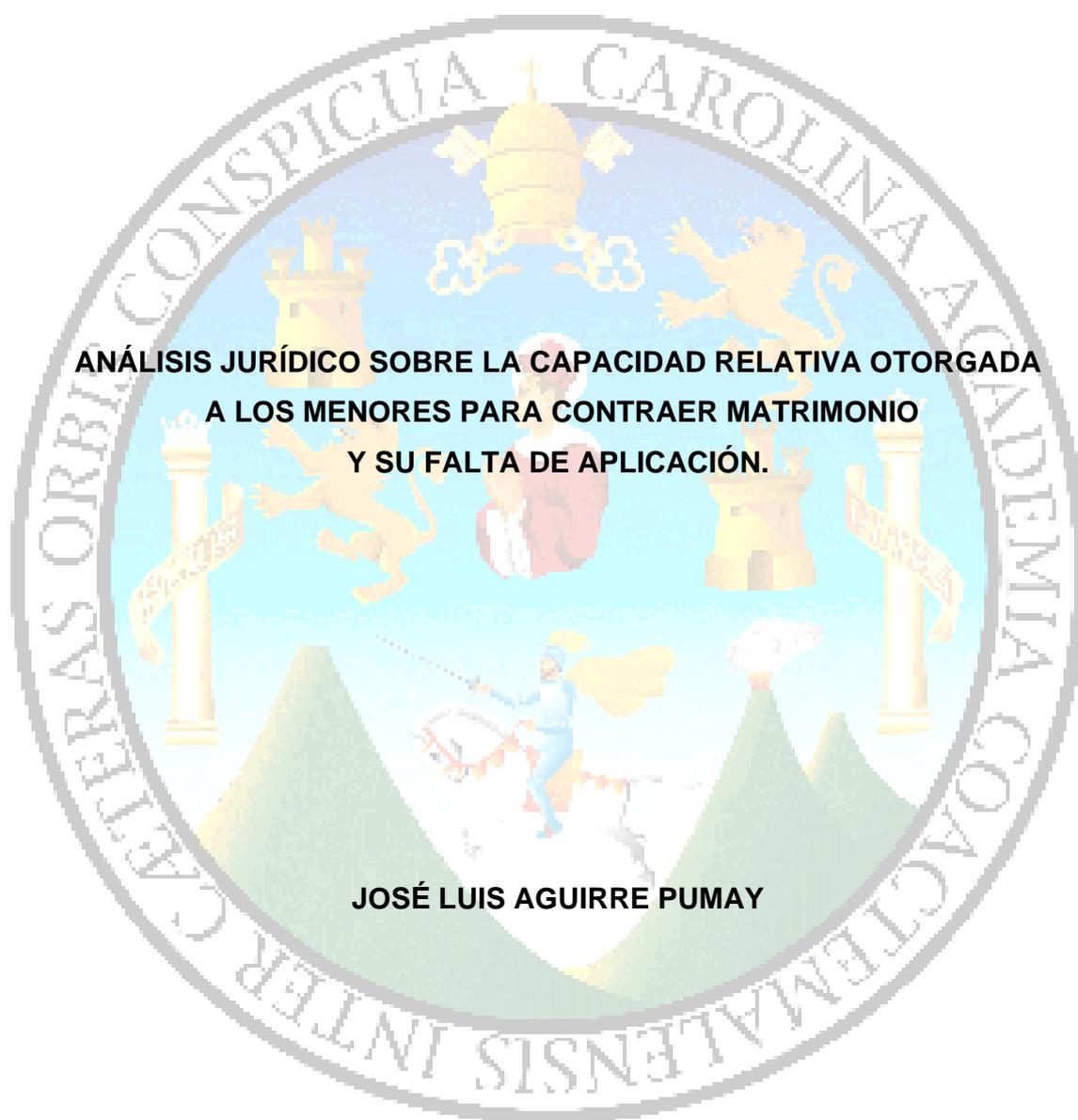


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD RELATIVA OTORGADA
A LOS MENORES PARA CONTRAER MATRIMONIO
Y SU FALTA DE APLICACIÓN.**

JOSÉ LUIS AGUIRRE PUMAY

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

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

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD RELATIVA OTORGADA
A LOS MENORES PARA CONTRAER MATRIMONIO
Y SU FALTA DE APLICACIÓN.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ LUIS AGUIRRE PUMAY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2007

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Secretario: Lic. Héctor España Pineda
Vocal: Lic. Byron De la Cruz López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada
Secretario: Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal: Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo

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

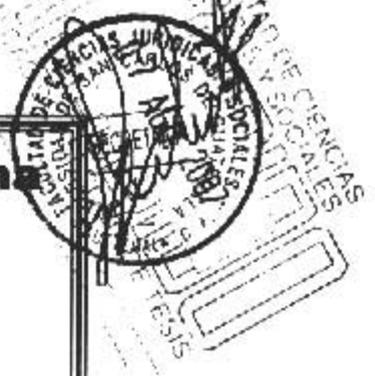
DEDICATORIA

- A DIOS: Con gratitud por darme la vida y la oportunidad de obtener este triunfo académico.
- A MIS PADRES: Porfirio Aguirre Ramírez y Berta Pumay Cardona, con todo mi amor y respeto en agradecimiento por sus esfuerzos y sacrificios de toda su vida.
- A MIS HERMANOS: Con mucho cariño y que la meta hoy alcanzada sea motivo de felicidad para ellos y un ejemplo a seguir.
- A MI ESPOSA: Aura Marina Chávez Jolón, por su amor, comprensión y apoyo incondicional.
- A MIS HIJAS: Madelin Fernanda, Estefani Alejandra y Luisa Isela, con especial amor, por ser el motivo de mi esfuerzo y sacrificio y que la meta hoy alcanzada les sirva de ejemplo y la puedan superar.
- A MIS SUEGROS Y CUÑADOS: Con cariño sincero y agradecimiento por el apoyo brindado.
- AL PROFESOR: José David Méndez Pinto (Q.E.P.D.), por su apoyo y motivación a seguir adelante.
- A MI ABUELA: Mónica Ramírez Hernández, por su cuidado, atención, apoyo y dedicación incondicional.
- A: María Cecilia Galicia Alvarado, por su apoyo y dedicación incondicional.
- A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE ESTUDIOS: Con quienes juntos nos hemos trazado metas, gracias por su apoyo sincero.
- A LOS PROFESIONALES: Lic. Ángel Bernardo Granados Orellana, Lic. Erwin Rolando Flores, Lic. Luis Felipe Godoy Morales, Lic. Víctor Ernesto Vásquez Gudiel, Lic. José Bernardo Farfán González, Lic. Edgar Eduardo Cujá Hernández y Br. Saulo Pérez García, gracias por su valioso apoyo.
- A: La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, por ayudarme a comprender el propósito de la vida, a valorar a mi familia, y a corregir el rumbo de mi vida.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Lic. Ángel Bernardo Granados Orellana
ABOGADO Y NOTARIO

7ª. Av. 6-53, zona 4, Edificio El
Triangulo, 7º. Nivel Of. 78

Cel. 5-425-0210
Oficina 2-331-7597



Guatemala, 07 de agosto de 2007

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.

Estimado Licenciado:

Tengo el grato honor de dirigirme a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia de fecha seis de junio del año dos mil siete, procedí a asesorar el trabajo de tesis del bachiller JOSÉ LUIS AGUIRRE PUMAY, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD RELATIVA OTORGADA A LOS MENORES PARA CONTRAER MATRIMONIO Y SU FALTA DE APLICACIÓN", dicha asesoría se llevó a cabo de la siguiente manera:

1. Se instruyó al estudiante a realizar una investigación objetiva y actualizada del tema, siendo en consecuencia el contenido final de la tesis de carácter técnico y científico.
2. Se asesoró al estudiante para que utilizara los métodos y las técnicas adecuadas, con el objeto de obtener una información cierta y valedera, habiendo utilizado los métodos deductivo, inductivo y descriptivo, así como las técnicas de entrevista, encuesta, bibliográfica y documental,

las que de conformidad con mi opinión fueron aplicadas adecuadamente, y



3. Con respecto al orden que se sigue en el contenido de la presente investigación, con la asesoría brindada, el desarrollo del mismo y la bibliografía que se ha consultado son las adecuadas y las conclusiones y recomendaciones tienen congruencia con el contenido del tema elaborado.

Por los motivos anteriormente expuestos, le informo que el trabajo de tesis cumple con los requisitos reglamentarios regulados en el artículo número 32 del Normativo para elaboración de tesis correspondiente y en consecuencia opino que el mismo debe ser aprobado, para los efectos subsiguientes.

Sin otro particular me suscribo de usted, con las mas altas muestras de consideración y estima.

Lic. Angel Bernardo Granados Orellana
Abogado y Notario
Colegiado No. 2387

LIC. ANGEL BERNARDO GRANADOS ORELLANA
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de agosto de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VÍCTOR ERNESTO VÁSQUEZ GUDIEL, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOSÉ LUIS AGUIRRE PUMAY, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD RELATIVA OTORGADA A LOS MENORES PARA CONTRAER MATRIMONIO Y SU FALTA DE APLICACIÓN".

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

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

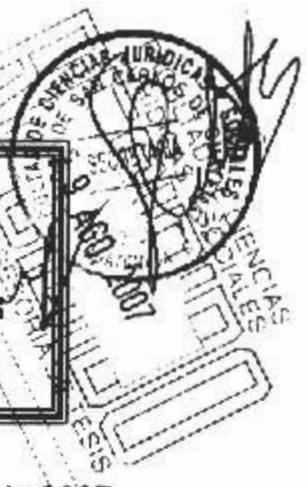
cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh





Lic. Víctor Ernesto Vásquez Gudiol
ABOGADO Y NOTARIO

2ª. Av. Y 2ª. Calle zona 2 Tel. 7-885-0805
Chiquimulilla, Santa Rosa



Guatemala, 28 de agosto de 2007

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.

Estimado Licenciado:

En atención a la providencia de la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha trece de agosto del año en curso, le informo que procedí a revisar el trabajo de tesis titulado **"ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD RELATIVA OTORGADA A LOS MENORES PARA CONTRAER MATRIMONIO Y SU FALTA DE APLICACIÓN"**, que elaboró el bachiller **JOSÉ LUIS AGUIRRE PUMAY**, bajo la asesoría del Abogado y Notario **ÁNGEL BERNARDO GRANADOS ORELLANA**.

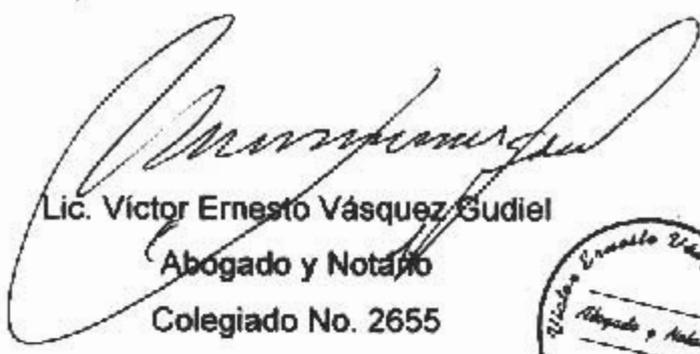
Luego de revisar el trabajo de investigación y de realizarse por parte de su autor, las modificaciones sugeridas, concluyo que la investigación es congruente con los requisitos exigidos por el reglamento respectivo en cuanto a forma y fondo; por lo que siendo el tema tratado de suma importante por los cuestionamientos y las conclusiones a que se arriba y que la dirección empleada, la bibliografía consultada y las leyes comentadas son correctas, soy del criterio que la investigación realizada llena los requisitos de ley para ser sometido al examen público de tesis.



Por las razones expuestas **OPINO** que el trabajo del bachiller **Roberto Pumay**, cumple con los requisitos reglamentarios regulados en el artículo número 32 del Normativo para elaboración de tesis correspondiente y en consecuencia debe de aceptarse como tesis de graduación.

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

Atentamente;


Lic. Víctor Ernesto Vásquez Gudiel
Abogado y Notario
Colegiado No. 2655





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSÉ LUIS AGUIRRE PUMAY, Titulado "ANALISIS JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD RELATIVA OTORGADA A LOS MENORES PARA CONTRAER MATRIMONIO Y SU FALTA DE APLICACIÓN" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Origen de la familia.....	4
1.3. Concepto de la familia.....	7
1.4. Del derecho de familia.....	11
1.5. Concepto del derecho de familia.....	11
1.6. Caracteres del derecho de familia.....	14
1.7. Principios que informan el derecho de familia.....	17
1.8. Fuentes del derecho de familia	17
1.9. Autonomía del derecho de familia.....	18
1.10. Naturaleza jurídica del derecho de familia.....	19

CAPÍTULO II

2. Patria potestad.....	21
2.1. Paternidad y filiación.....	21
2.2. Clases de filiación según la doctrina y la ley.....	23
2.3. Concepto de patria potestad.....	23
2.4. Separación de la patria potestad.....	29
2.5. Suspensión de la patria potestad.....	30
2.6. Pérdida de la patria potestad.....	32
2.7. Restablecimiento de la patria potestad.....	33

CAPÍTULO III

3. La capacidad.....	37
----------------------	----

	Pàg.
3.1. La persona.....	37
3.2. Origen etimológico.....	38
3.3. Concepto de persona.....	39
3.4. Personalidad.....	41
3.5. La Capacidad.....	43
3.6. Clasificación de la capacidad.....	44
3.7. De goce, jurídica o de derecho.....	44
3.8. De hecho o de ejercicio.....	45
3.9. Capacidad relativa de los menores de edad.....	45
3.10. Causas que modifican la capacidad civil.....	46
3.11. Incapacidad civil.....	49

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado sobre la capacidad relativa.....	53
4.1. La minoría de edad.....	53
4.2. Edad adulta.....	53
4.3. La capacidad relativa y la emancipación en Argentina.....	55
4.4. Emancipación civil.....	55
4.5. Emancipación por matrimonio.....	55
4.6. Emancipación por habilitación de edad.....	56
4.7. Causas de emancipación.....	57
4.8. Emancipación legal.....	57
4.9. Emancipación comercial.....	58
4.10. Cese de la emancipación civil.....	58
4.11. Circunstancias modificativas de la capacidad en España.....	59

CAPÍTULO V

5. Análisis sobre la capacidad otorgada a los varones mayores de 16 años y

	Pág.
mujeres mayores de 14, para contraer matrimonio.....	65
5.1. La capacidad relativa de los menores de edad para contraer matrimonio.....	65
5.2. Análisis de la aptitud para contraer matrimonio otorgada a los menores de edad, pero mayor de 16 años el varón y mayor de 14 la mujer.....	68
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	77
ANEXO.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, es una aptitud que se adquiere por la mayoría de edad, con algunas excepciones, tal como lo señala el Código Civil, al otorgarle a los menores de edad que han cumplido 14 años, facultades para ejercer sus derechos en algunos actos determinados por la ley; a este tipo de capacidad, la doctrina denomina **capacidad relativa**, misma que es ejercida libre y voluntariamente por los menores que han cumplido la edad de 14 años.

Dentro de esta capacidad se encuentra, la que faculta a los menores de edad pero mayores de 16 años en el caso del varón y mayores de 14, en el caso de la mujer a contraer matrimonio. Sin embargo, el Código Civil contempla que para ejercer este derecho, deberán contar con la autorización expresa conjuntamente de los padres o de quien ejerza la patria potestad, de los tutores o autorización judicial. Es aquí en donde surge la intención del presente trabajo, considerando que la capacidad relativa, se da cuando el menor sin autorización alguna pueda ejercer ciertos derechos; lo que no sucede para contraer matrimonio, pues para tal efecto, se necesita la autorización respectiva, por tal sentido en el plan de investigación, se planteó la siguiente hipótesis: La aptitud para contraer matrimonio que tiene el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, no es una capacidad relativa, toda vez que necesita autorización para ejercer tal derecho, asimismo se planteó como objetivo, determinar si es una capacidad relativa la que la ley otorga en estos casos y si es necesaria la autorización de los padres o encargados para tal acto.

Ante los planteamientos anteriores y con el ánimo de colaborar en la solución del problema, en el presente trabajo se aportan elementos científicos de conocimiento, tanto teóricos, legales y sociales, habiéndose utilizado la metodología adecuada y recomendada por el asesor, especialmente el método inductivo, el sintético y el analítico, así como la técnica de investigación bibliográfica, la entrevista y la encuesta, arribándose a la conclusión que confirma la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación arroja datos reales y objetivos que demuestran que en realidad, la aptitud para contraer matrimonio no es una capacidad relativa, sino una autorización, misma que puede ser una decisión arbitraria de los padres o tutores.

Para arribar a la conclusión señalada, el trabajo de investigación se estructuró en cinco capítulos: El primero se refiere a la familia, sus antecedentes, elementos, características y derecho de familia; el segundo capítulo se circunscribe a la patria potestad, la paternidad y filiación, conceptos, modos de suspenderse, perderse y restablecerse; en el tercer capítulo se hace un estudio sobre la capacidad, la persona, la personalidad, clases de capacidad y la incapacidad civil; el cuarto capítulo se refiere al derecho comparado sobre capacidad y capacidad relativa y en el quinto y último capítulo se hace un análisis sobre la capacidad otorgada a los varones mayores de 16 años y mujeres mayores de 14, para contraer matrimonio.

CAPÍTULO I

1. La familia

En un sentido amplio, “la familia es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor común y que establece vínculos entre sus componentes de diversa índole o entidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de ayuda recíproca) a los cuales el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes y obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial”.¹

“La familia es la base de la sociedad y del Estado, es una comunidad de destino, hacia la meta común pero en la cual cada uno es diferente, pues son producto de la libertad que en ella rige. Por esto se dice que la familia habrá cumplido con su misión, cuando el hombre sepa tomar su carga social, y proyectándose en ésta encuentra su valor y la valoración de sus semejantes.”²

1.1. Generalidades

Para estudiar la familia, tomaremos como punto de partida al hombre, ya que es su elemento principal e indispensable. Al analizarlo en su comportamiento nos damos cuenta de que éste no puede vivir solo, su existencia supone una familia, y sus tendencias lo llevan a formar otra nueva, con la que se perpetúa la humanidad. La familia está unida entre sí por relaciones íntimas indestructibles, por lo que se concluye que la familia es por excelencia manifestación de vida; es precisamente por esto, que su estudio presenta muchas dificultades, sobre todo cuando se tiene en cuenta que su objeto es la vida misma, ésta se nos escapa en

¹ Barreto Molina, Roberto, **Falta de regulación legal sustantiva de la guarda y cuidado de menores en la legislación guatemalteca**, pág. 2.

² Morales Aceña de Sierra, Maria Eugenia, **Derecho de familia -Análisis de la ley de tribunales de familia, comentarios sobre la necesidad de introducir reformas a la misma**, pág. 1.

muchos de sus aspectos y continúa siendo un misterio en cuanto a su causa primera y finalidad última.

Ahora bien, lo que resalta con evidencia innegable es que la meta de la familia, fruto a la vez de la razón y de la necesidad vital, debe integrarse íntimamente en la meta social y humana, y así como cada uno de los miembros de una familia se integra a su comunidad, sin sacrificar su individualidad, igualmente la familia debe conservar su unidad al integrarse a la sociedad. Pero todo fin a que conlleva ésta, quedaría estéril desde el punto de vista de su valoración, si la familia no fuese la sede de la libertad, ya que en el ámbito familiar debe prevalecer el respeto mutuo, y así como se exige a los hijos respetar y acatar las disposiciones de los padres, siempre que este dentro de las normas morales y legales que nos rigen, también los hijos tienen el derecho de hacerse oír por sus mayores y pedir que éstos respeten su personalidad.

La familia debe ser el medio más apropiado para reintegrar al hombre a sí mismo y para lograr tal fin ha de perseguir su evolución hacia lo mejor; es pues algo proveniente de lo humano para lo humano. En ella se origina la escala de valores que regirán al ser, siendo por tanto de donde emane la superación personal en la libertad, ya que somos iguales en naturaleza, nos volvemos diferentes en el grado y en el modo de superar esa naturaleza; es por ello que la familia debe respetar nuestra originalidad, en ese momento cuando desempeña su papel primordial que es el de formar a la persona del nuevo miembro de la comunidad, en el espíritu propio de confianza y libertad, para luego entrar a la vida social imbuido de ese mismo espíritu.

La influencia que ejerce la familia sobre una persona se proyecta en la escuela y la sociedad. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure a él y su familia condiciones fundamentales para su existencia. La importancia que en Guatemala se ha

dado a la regulación jurídica de la familia, desde las constituciones de 1945, 1956, 1965 y la actual, promulgada en 1985, incluyen un capítulo específico dedicado a la familia, obligando al Estado a emitir disposiciones que la protejan. Actualmente, se encuentra regulado en los Artículos 47 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En el Código Penal, existe un capítulo especial dedicado a proteger a la familia como un bien jurídico tutelado.

"Es únicamente en el seno familiar, en donde el ser humano encuentra la satisfacción de sus variadas aspiraciones de cariño, afecto y protección material y espiritual; es el único medio dentro del cual puede plasmar la educación de los futuros hombres que integrarán la sociedad, porque en ella se perpetúa la especie no sólo en la niñez y la juventud, sino que en la edad adulta, y ello porque dentro del hogar se consolidan los lazos más fuertes para unir a los grupos humanos que a la larga llegan a formar una nación con todos sus elementos constitutivos. La familia es, por así decirlo, la fuente de todas las relaciones humanas y constituye, con la nación organizada en Estado, la más importante forma social; es en suma el elemento básico de la sociedad, "la semilla de la República", como dijera Cicerón. La familia constituye el caso por excelencia de grupo social suscitado por la naturaleza. Pero esto no quiere decir que la familia sea un mero producto de la naturaleza, pues constituye una institución creada y configurada por la cultura (religión, moral, costumbres y derecho). En la configuración y regulación moral, religiosa, social y jurídica de la familia intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales y espirituales de los niños y sobre la buena constitución y buen funcionamiento de la sociedad. La motivación esencial de la familia en todas las variedades que esta presenta en la historia consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a los hijos".³

³ Alburez Escobar, César Eduardo, *El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca*, pág. 19.

1.2. Origen de la familia

Han existido en la historia varios tipos de familia, los cuales son:

a) La familia poliándrica: Una mujer con varios hombres. Este hecho suele llevar al matriarcado, que es la forma de organización familiar en la cual la madre es el centro de la familia, quien ejerce la autoridad y en la cual la descendencia y los derechos familiares se determinan por la línea femenina.

b) La familia polígama: Un hombre y varias mujeres. Ha existido y existe en algunas sociedades primitivas.

c) La familia monógama matriarcal: A pesar de que el matriarcado estuvo vinculado a la poliandria, hay casos entre los pueblos primitivos de organización familiar monógama, pero centrada alrededor de la madre y regida por la autoridad de ésta.

d) La familia monógama patriarcal: Este es el tipo de familia que aparece en el antiguo testamento, en la Política de Aristóteles y en el derecho romano. La familia romana formaba una unidad religiosa, política y económica. El pater-familia era el director del culto doméstico, actuaba como magistrado para dirimir todos los conflictos que surgiesen en su seno y era, además el único dueño del patrimonio familiar.

e) La acción del cristianismo: El nuevo testamento exaltó el contrato matrimonial a la dignidad de sacramento, elevó el nivel de la mujer, puso la institución familiar al servicio de los hijos y para beneficio de éstos.

f) La familia feudal: Ésta llevaba a cabo en pequeño, la mayor parte de las funciones estatales. La familia se convirtió en un feudo, en donde bajo la autoridad del señor y sus vasallos, los siervos, los trabajadores rurales consagrados a la plebe, cultivaban la tierra.

g) La familia conyugal moderna: No abarca varias generaciones, sino tan sólo los progenitores y los hijos. En las sociedades occidentales, la familia conyugal, extensa todavía, persiste en considerable medida, sobre todo en algunas áreas rurales. Pero últimamente ha venido cobrando más generalidad la familia conyugal restringida, la cual comprende solamente un hogar: a los esposos y los hijos."⁴

En el desenvolvimiento de la familia conyugal restringida de nuestro medio se distinguen cinco etapas:

a) Prenupcial: Elección del futuro cónyuge, la cual es libre para el individuo; amor romántico y noviazgo.

b) Celebración del matrimonio: Junto con el cual se suele establecer la estructura económica de la sociedad conyugal.

c) Nupcial: Período de vida junto, antes de tener la descendencia, en la cual se inicia la constitución del ambiente hogareño y familiar, el ajuste entre esposos y se va creando cierta comunidad de vida entre éstos.

⁴ *Ibid.* pág. 21.

d) Crianza de los hijos: En la que se completa propiamente la familia, reforzando los vínculos entre los esposos a través de la prole, se constituye la comunidad familiar, surgen nuevos alicientes e intereses y se asumen responsabilidades de mayor importancia.

e) Madurez: O sea, cuando los hijos llegan a la mayor edad y no necesitan ya el cuidado de sus padres.

Federico Puig Peña al referirse a la familia nos legó un discurso clásico que debemos recordar: "Si bien el hombre, considerado aisladamente, forma, cuando mira a Dios, un todo completo, puesto que integra una unidad total capaz de dirigirse a si mismo y encaminar sus pasos en aras del más allá; cuando mira, en cambio a la naturaleza es un ser imperfecto, dado que necesita de sus semejantes para dar satisfacción a sus necesidades y deseos. Dos causas fundamentales de carácter más relativo que determinan esa imperfección: el sexo, pues que por si solo no puede perpetuar la especie, y la edad, pues que en los primeros años de su vida no puede por él mismo andar por el mundo obteniendo lo necesario para su subsistencia. Pero ninguna de esas deficiencias puede completarlas en un trasiego de acá para allá buscando un complemento cualquiera, de alcance inmediato y transitorio; precisa que la mita sexual que necesita esté infundida de un hálito de amor y esperanza; que llene de una sustancia delicada y superior el sentido de la unión; y exige, por otra parte, que el complemento de las edades menores se haga en transe de perennidad, sublimada por un nimbo de ternura y comprensión. Estas últimas funciones, no se pueden realizar buscando en la masa informe de la humanidad ni acudiendo al organismo político, sin espíritu ni cálido aliento; frío en el hielo de la rigidez administrativa; incluso en la rígida aplicación por si mismo de sus propios ordenamientos. Precisan otro órgano más natural, más cercano, más íntimo, que llene, con toda la fuerza de su savia, los vacíos propios de aquella imperfección. Este organismo, el de la familia, institución que

vive a través de los siglos en una marcha incesante de continuada pujanza y que si es cierto ha pasado y pasa por momentos de crisis, siempre sobresale, existe y subsiste por el imperativo de la propia naturaleza. Y por ello es así, imperativamente natural, como dice el citado autor, ya que el mejor remedio para las imperfecciones y el remedio para las deficiencias del hombre es la familia, conjunto de personas que forman núcleos que al unirse en un todo armónico y con finalidad determinada, llegan a formar la nación, el Estado y, en última instancia la humanidad entera.”⁵

Por ello son sabias las palabras de Francisco Carra citado por Puig Peña que dijo: "La familia es la primera exteriorización del instinto humano que nos impulsa a vivir en unión de nuestros semejantes aun antes que una ley humana los haya impuesto y antes que la razón y la experiencia nos haya hecho ver la necesidad y las ventajas de ello. Cédula que da vida al Estado; institución básica para la formación y mantenimiento de la humanidad y como centro de donde irradia la vida misma de los pueblos; como un algo que no puede faltar en virtud de que de ella surgen las directrices morales de los individuos, directrices que han de guiarlos toda su vida, en una u otra forma, según se les hayan inculcado en el seno de su respectiva familia.”⁶

1.3. Concepto de familia

La palabra familia según opinión general procede de la voz **famuli**, por derivación de **famulus**, que a su vez procede del osco **famel**, que significa **siervo**; o sea la gente que vive bajo la autoridad del señor de ella, y el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje.

⁵ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**. pág. 120

⁶ **Ibid**,

Por su parte Valverde afirma que “etimológicamente, la palabra familia procede del grupo de **famuli (del osco famel, según unos; femel según otros y fames, hambre)**, explica que **famulos**, son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal significa **habita**, significando en este sentido a la mujer, hijos legítimos y adoptivos y a los esclavos domésticos”.⁷ En la época clásica se entendía por familia: “el grupo constituido por el pater-familia y las personas libres sometidas a su potestad”.⁸

Desde el punto de vista vulgar, según afirma Federico Puig Peña, familia es: “El conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y de su vida. Entonces es equivalente a la vida de familia, al hogar.”⁹

Federico Puig Peña nos ofrece una definición descriptiva de lo que es la familia, señalando que: es “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unión total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.¹⁰

Otros autores lo entienden como el conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto de localización de sus actividades y su vida. La familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre o como “un grupo, definido por una relación sexual y suficientemente precisa y duradera para proveer a la procreación y crianza de los hijos. Tonéis define la familia como la relación de hombre y mujer

⁷ Alburez Escobar, **Ob. Cit**; pág. 24

⁸ Morales Aceña de Sierra, **Ob. Cit**; pág 10.

⁹ **Ibid.**

¹⁰ **Ibid.** pág. 25.

para procrear hijos de común voluntad; voluntad, tanto del hombre como de la mujer, de reconocerlos como suyos y de cuidarlos, pero voluntad también, cuando no se logra ningún hijo, de vivir juntos, de protegerse mutuamente y de gozar de bienes comunes".¹¹

Jasaran, citado por Clemente Soto Alvarez señala que la familia engloba todas las personas unidas por lazo de parentesco o de afinidad; descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción. "En un sentido amplio, la familia es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor común y que establece vínculos entre sus componentes de diversa índole o entidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de ayuda recíproca) a los cuales el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes y obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial."¹²

Rafael Rojina Villegas dice que la familia está formada por los padres y los hijos, siempre que estos no se casen y formen una nueva familia.

Ricardo Nassif, citado por Barreto Molina señala un concepto contemporáneo de la familia, en la que se vislumbra como el núcleo básico de la comunidad humana, pudiendo definírsele como "El grupo formado por un hombre y una mujer y por los hijos que nacen de esa unión. De manera más completa como, la unidad efectiva de padres e hijos que resulta de la reunión de elementos institutos naturales con la resolución autónoma de la voluntad".¹³

Desde el punto de vista jurídico "la familia está constituida por el grupo de personas que están unidas por relaciones de matrimonio, filiación y parentesco o como afirma Salvat, es el conjunto de ascendientes, descendientes y afines a un linaje. Planiol, concorde al concepto

¹¹ **Ibid.** Pág. 24.

¹² Barreto Molina, **Ob. Cit;** pág. 2.

¹³ **Ibid.**

anterior la define como el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, de la filiación y la adopción, a los cuales la ley les concede o aplica algunos efectos jurídicos".¹⁴

El Código Civil en su Artículo 78 analiza los fines del matrimonio, y siendo éste la base de la familia (por mandato constitucional), ambos son necesariamente los mismos.

Debemos tener presente que la importancia de la familia es proporcional al lugar que ella ocupa en la vida de la humanidad y al papel que desempeña en ésta. Pero este pequeño mundo que constituye la familia, no es una creación artificial del hombre, no es algo que él pueda modificar o suprimir a su antojo. No es tampoco el producto efímero de una lenta evolución. La familia moderna tiene trascendental importancia en el desarrollo del individuo, ya que se presenta como el más influyente de los grupos humanos. La familia no solamente contribuye en este aspecto, sino también de manera indirecta, al sano desarrollo cultural de la sociedad, de los pueblos y de la humanidad.

La familia es la institución basada en el matrimonio y caracterizada por los vínculos de sangre que une a los cónyuges, y sus descendientes, para que cumplan el fin de la procreación de la especie humana, teniendo como elemento preeminente el amor para realizarlo.

En conclusión y partiendo de los aspectos doctrinarios antes expuestos, y especialmente sobre la base que la familia tiene su cimiento en el matrimonio y la unión de hecho, tenemos que concluir en que la familia se constituye únicamente por el padre y la madre, como pilares principales y los hijos nacidos en virtud de esta relación marital, así como los adoptados legalmente; estos hijos serán componentes de la familia, mientras no sean a su vez pilares de

¹⁴ *Ibid.* pág. 3

una nueva familia, pues pasarían a ser únicamente parientes de su familia original, sin perder los derechos que la ley les reconoce. Entonces vemos que la familia es la célula de la sociedad humana.

En el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala se hace alusión a la familia indicando que: “El Estado de Guatemala 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.”

1.4. Derecho de familia

Siendo el derecho de familia parte del derecho civil, éste regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros, necesita de un ordenamiento disciplinado o un conjunto de normas y disposiciones que integren ese derecho de familia.

1.5. Concepto del derecho de familia

El derecho de familia siempre ha pertenecido al derecho civil y como consecuencia al derecho privado, pero en la actualidad dada la importancia, algunos autores señalan que debe separarse del derecho civil y formar una ciencia jurídica independiente y autónoma. En el derecho guatemalteco forma parte del derecho civil.

En apartados anteriores hemos visto lo que es la familia, en el campo de la Sociología, es tratada como institución real que cumple un cometido humano al reunir grupos de hombres (usando esta palabra en su acepción más amplia) para integrar la célula de toda sociedad, sin

embargo, como todas las instituciones, necesita la familia un conjunto de normas y de principios que la regulen, que la disciplinen, que la hagan coherente y ordenada, para cumplir los nobles fines para los que los hombres mismos la instituyeron; necesita en fin, ser dotada de un sistema legal para su organización y funcionamiento, para quedar incluida dentro del amplio campo de la enciclopedia jurídica.

Uno de los autores que con mejor criterio define al derecho de familia es Julián Bonecase, citado por Alburez Escobar, quien la define como: "el conjunto de reglas que tiene por objeto principal y no exclusivo a la familia; éstas se caracterizan en que, más allá de la familia, el legislador se ha propuesto otros fines: el tipo de tales reglas está constituido por las que reglamentan los regímenes matrimoniales. Sin embargo, la preocupación predominante del legislador en los regímenes matrimoniales recae sobre la existencia de la familia".¹⁵

El autor hondureño Gautama Fonseca en su obra de Derecho civil señala que: "se divide **desde el punto de vista subjetivo**, entendiéndose como las facultades o poderes que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar, mantienen cada uno de los miembros con los demás".¹⁶

El mismo autor define el derecho de familia desde el punto de vista objetivo como "el conjunto de normas o preceptos que regulan las relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia".¹⁷ En otras palabras como el conjunto de normas que regulan el nacimiento, la modificación y la extinción de las relaciones familiares y se subdivide en personal (el que se refiere a las personas que integran la familia) y patrimonial (el que se refiere a los bienes que pertenecen a la familia).

¹⁵ Alburez Escobar, **Ob. Cit.** pág. 73.

¹⁶ Fonseca, Gautama, **Derecho civil**, pág. 15

¹⁷ **Ibid.**

Otro autor al respecto afirma que el derecho de familia tiene un doble sentido; así en sentido objetivo se dice que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución. En sentido subjetivo, el derecho de familia se refiere a 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. De lo anterior, podemos inferir que el derecho de familia es una parte del derecho civil, que puede definirse como un conjunto de normas jurídicas que regulan a la familia, con respecto a sus derechos y deberes dentro del papel que juega esta institución en toda la sociedad.

Por su parte Alfonso Brañas afirma que: “el derecho de familia en sentido objetivo se entiende como el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares; y en sentido subjetivo, como el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El derecho de familia se divide a su vez en derecho de familia personal, que es aquél que tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; y derecho de familia patrimonial, que es el que ordena todo lo concerniente al régimen económico de la familia”.¹⁸

También la licenciada María Luisa Beltranena de Padilla al respecto señala que: "El derecho de familia puede enfocarse desde dos ángulos: objetivo y subjetivo. En sentido objetivo es el conjunto de normas que regulan las relaciones de las personas que constituyen un grupo familiar o una familia y en sentido subjetivo se define como el conjunto de derechos que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar mantienen los miembros de esta familia con los demás para el cumplimiento de los fines de la unidad familiar". En general, el derecho de familia comprende el conjunto de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y

¹⁸ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 133.

filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al estado civil de las personas."¹⁹

Beltranena de Padilla distingue entre derecho de familia interno, externo, puro y aplicado y señala que: "El derecho de familia interno comprende las normas dictadas por la misma familia para su propia rectoría y aplicación particular, dentro de su régimen interno; el derecho de familia externo es el conjunto de normas emitidas por el Estado para la regulación y protección de la familia y todo lo que a ella concierne; el derecho de familia puro comprende las normas que regulan puramente las relaciones personales que existen o se producen entre los miembros de una familia; y el derecho de familia aplicado abarca las relaciones económicas o patrimoniales."

20

El Código Civil regula la familia dedicándole el título II del libro I que trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela, el patrimonio familiar y el Registro Civil, comprendiendo desde el Artículo 78 al 441.

1.6. Carácteres del derecho de familia

José Castán Tobeñas "reconoce como carácteres del derecho de familia los siguientes:

a) El fondo ético de las instituciones;

b) El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales;

¹⁹ Beltranena de Padilla, María Luisa, **Lecciones de derecho civil, Tomo 1**, pág. 96.

²⁰ **Ibid.** pág. 99.

c) La primacía del interés social sobre el individual (Artículo 44 Constitución Política de la República)".²¹

Por su parte la licenciada Beltranena de Padilla determina como "características del derecho de familia:

1) Contiene un sustrato de carácter eminentemente moral, derivado fundamentalmente del derecho canónico.

2) Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales.

3) Primacía del interés social sobre el interés individual; y una más frecuente intervención del Estado para proteger al más débil en la familia.

4) Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes.

5) Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

6) Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término.

7) Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia. De las características anteriores se deduce que el derecho de familia es parte del derecho publico".²²

²¹ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español**, pág. 58

²² Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; pág 97.

Alburez Escobar en cuanto a este t3pico afirma: "El mismo tratadista Puig Pe3a, cita al maestro Planiol, quien dice que el derecho de familia tiene un **"fundamento natural"** de que carece el resto de las relaciones jur3dicas que se pueden constituir entre los hombres; de ese fundamento natural de la familia -dice el mencionado tratadista-, se van a deducir las consecuencias o caracter3sticas siguientes: a) El derecho de familia tiene un sentido predominantemente 3tico; de este car3cter se deriva: que la organizaci3n de la familia s3lo adquirir3 una verdadera solidez, cuando est3 basada en una moral rigurosa; que, por lo mismo, este derecho no puede desplegar toda la eficacia de su condici3n, de lo que surge que las normas que lo rigen son, ante todo, normas de moral, sin sanci3n o 3sta es imperfecta; y, que por esa ligaci3n constante con la moral las relaciones familiares tienen un profundo sabor religioso y es por ello que por muchos siglos, la familia ha estado gobernada por la Iglesia, aunque dicha hegemon3a la haya aminorada la revoluci3n, no se ha podido cambiar ese car3cter religioso de la vida familiar; b) el mismo basamento natural de la familia, hace que "las relaciones personales de la misma sean superiores en rango a las patrimoniales de ella derivadas, siendo aqu3llas por lo regular inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles y hasta las relaciones patrimoniales dentro de la familia sufren una cierta derogaci3n de los principios generales de los derechos patrimoniales; c) Por 3ltimo, ese fundamento natural, produce como l3gica consecuencia, la supeditaci3n de los intereses individuales al plano superior de lo social. De esta consecuencia, se deriva que, las normas que regulan la familia, son por lo general de orden p3blico, es decir, que son de aplicaci3n imperativa, haciendo abstracci3n de la voluntad de los individuos, son inderogables por la sola voluntad de nadie, por ejemplo, nadie puede casar cuando quiera, abandonar un hijo, etc.

Las relaciones jur3dico familiares tienen un car3cter esencialmente personal, es decir, se crean o existen en virtud de ciertos v3nculos familiares que unen entre s3 a ciertas personas.

1.7. Principios que informan el derecho de familia

Los principios que informan el derecho de familia y sobre cuyas bases se ha creado la mayoría de las instituciones que la conforman, son las siguientes:

1) son normas eminentemente proteccionistas. Este derecho persigue proteger a la familia. El Estado se dio cuenta hace mucho tiempo que este grupo de personas era el que mejor satisfacía las necesidades del hombre y que en ella el ser humano alcanzaba su más grande expresión como ser natural;

2) el principio de equidad. El derecho de familia no permite la subordinación entre miembros de una familia, aunque los vínculos consanguíneos demanden obediencia, ello se debe al cuidado que los mayores prodigan al menor de edad, pero no por ello hay o existe subordinación;

3) el principio moral. La familia está calcada de amor sentimiento que se dispensa entre los miembros de la familia y no puede ser exigido a nadie. A ninguno puede obligársele a que quiera a su hijo, a su esposa, o a cualquier otro miembro de la familia, sino que dependen totalmente de la moral y esta no es coercible.

1.8. Fuentes del derecho de familia

En el derecho guatemalteco se reconocen cuatro fuentes del derecho de familia: el matrimonio; la unión de hecho; la filiación; y la adopción.

Las normas del derecho de familia tienen rasgos comunes con el derecho público y el derecho privado, por los intereses que tratan de tutelar.

Las leyes relativas a la familia se consideran de carácter obligatorio o de orden público, dado que los interesados están impedidos de hacer prevalecer la autonomía de su voluntad, como ocurre en el derecho de obligaciones, en el derecho de familia existe cierta libertad en relación a ciertas posiciones o actitudes.

No es conveniente separarlo del derecho civil, pues se rompería la unidad científica tradicional de su estudio.

El estado en su afán de proteger los valores relativos a la convivencia social y en este caso la institución de la familia, ha creado ciertos tipos penales (delitos) en protección al orden jurídico familiar.

1.9. Autonomía del derecho de familia

De la familia se generan muchas instituciones civiles esenciales, circunstancia que llevó a crear el derecho de familia. Actualmente, se vislumbra como nueva rama de la ciencia jurídica y que por su importancia se ha reconocido como ciencia autónoma o con naturaleza y perfiles propios, por tratadistas y legisladores, tanto en su parte sustantiva como procesal, y cuya evolución y transformación ha sido y será constante sobre todo si se considera que estamos viviendo en una etapa histórica en la que es posible conocer con más exactitud que las relaciones sociales se han modificado. Hay sistemas que se sustituirán por otros nuevos y

normas transformadas cuyo contenido se ha perfeccionado. Naturalmente que estos procesos que alteran la sociedad profundamente, alcanzan la familia.

1.10. Naturaleza jurídica del derecho de familia

Se ha discutido acerca de que si el derecho de familia pertenece a la rama del derecho privado o del derecho público. Algunos tratadistas como Puig Peña y Castán Tobeñas afirman que es una rama del derecho privado, porque la voluntad del grupo familiar prevalece frente a cualquier otro interés; de ahí que los derechos de la familia, en sí, son el conjunto de normas que conforman el derecho de la familia y se encuentran regulados en la mayoría de cuerpos ligados a los derechos patrimoniales de tipo privado, las sucesiones, así como las obligaciones y contratos. Este es el caso del Código Civil guatemalteco. Por otro lado, el tratadista Cicu indica que la familia debiera ser considerada como otra división del derecho, rompiendo de esa manera, con la clasificación bipartita en donde existen derecho público y derecho privado, para entrar en la clasificación tripartita donde existieran derecho público, derecho privado y derecho de familia.

CAPÍTULO II

2. Patria potestad

Antes de entrar a conocer la institución denominada patria potestad, trataremos brevemente sobre la paternidad y la filiación, por provenir de ésta el ejercicio de la patria potestad.

2.1. Paternidad y filiación

La filiación es la relación natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores. Se llama paternidad cuando esta relación se refiere a los padres como tales y filiación cuando se refiere a los hijos. En un sentido amplio, la filiación puede tener referencia a la relación de parentesco y a los derechos derivados de esa relación, la que puede ser aun más allá de la relación con los progenitores.

Surge de la procreación, un lazo natural: la generación, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos las relaciones entre procreantes y procreados. Este instituto es la filiación, de sabida trascendencia, dado que regulariza el estado civil del ser humano que integra el cuerpo político. Es el nombre jurídico que recibe la relación o sociedad natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra. La filiación es un estado, es decir, una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados.

Para el connotado tratadista Planiol, citado por Alburez Escobar, “la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo”,²³ he de aquí, que la relación de filiación se denomina paternidad o maternidad según se le situé al lado del padre o de la madre; y por lo tanto el autor la define como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Por su parte Diego Espín Cánovas, citado por Alburez Escobar, como una noción más compleja la define como “la relación existente entre una persona de una parte y otras dos, de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera; maternidad y paternidad, son pues, los dos elementos en que se basa la filiación. Debemos distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. El derecho no permite, en todo caso la investigación de la relación de filiación respecto a los presuntos padres, ni aun en caso de aparecer dicha relación física de filiación, permite siempre deducir las consecuencias lógicas de la misma, o aunque deduzca algunas consecuencias, no son estas siempre las mismas. Se trata pues, de una relación no meramente física o conforme a la naturaleza, sino jurídica, basada en ciertos presupuestos sociales. Federico Puig Peña la define como aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”.²⁴

Entre los fines más importantes del matrimonio, está la procreación, o sea tener hijos. La procreación trae como consecuencia la filiación, y ésta es el vínculo que une a los hijos con los padres.

Para otros autores a la filiación la llaman paternidad, ya que afirman que ambos términos: filiación y paternidad son sinónimos, o sea, significan la misma cosa. Filiación se llama desde el

²³ Alburez Escobar, **Ob. Cit**; pág. 91

²⁴ **Ibid.**

punto de vista de los hijos, o sea, el vínculo jurídico que une a los hijos con respecto a sus padres y paternidad se llama desde el punto de vista de los padres, o sea, el vínculo jurídico que une a los padres con respecto a los hijos.

El tratadista Rafael Rojina Villegas da un concepto de filiación, indicando que "es la situación permanente que el derecho reconoce en virtud de la procreación, para mantener el vínculo constante entre padres e hijos".²⁵

2.2. Clases de filiación según la doctrina y la ley

Podemos decir que las dos grandes clases de filiación se fundan en el vínculo de generación real o supuesta, así la relación de la naturaleza o generación o de la ficción de la ley (adopción). Sin embargo, la generación puede tener lugar dentro de un matrimonio o fuera de él, así tenemos en el primer caso la generación legítima y por el otro lado la generación ilegítima; por otro lado, en virtud de que el derecho autoriza, en determinadas condiciones, considerar como hijos legítimos a los nacidos fuera del matrimonio, surge una nueva clase de filiación, que es la legitimada, en total, cuatro clases de filiación: legítima, ilegítima, legitimada y adoptiva. Debemos agregar una quinta, como lo es la filiación cuasimatrimonial o cuasi-legítima (derivada de la unión de hecho legalmente reconocida).

2.3. Concepto de patria potestad

Etimológicamente, patria potestad viene del latín patrius, lo relativo a padre y potestad, autoridad, potestad. Por ello Diego Espín Cánovas afirma que la patria potestad "es el conjunto

Rojina Villegas, Rafael, **Derecho civil mexicano**, pág. 83

de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad le impone”.²⁶

En la patria potestad, otra más de las materias de que está compuesto el derecho de familia y que es del conocimiento de los tribunales de familia. Tiene una importancia superlativa, por cuanto que en el concepto actual, la patria potestad se inspira en una directriz que, no como sucedía en el concepto antiguo, va en beneficio de los hijos, aunque conlleva también derechos de los que la ejercen sobre los agentes pasivos. El aspecto moral de la institución del derecho de familia, es más palpable, como ya vimos en las relaciones paterno-filiales, en cuanto a la protección de los hijos mientras dura su menor edad; en efecto, la paternidad presupone obligaciones de los padres para con los hijos, y lógico es que para que éstos puedan cumplir con esos sagrados deberes, y los bienes de sus hijos, se les debe investir de cierta autoridad sobre las personas y los bienes de sus hijos, lo cual constituye la patria potestad; son pues las facultades concedidas a los padres sobre los hijos, un correlato de los deberes que la patria potestad impone. La patria potestad en su concepción moderna, da a la madre una decisiva participación en la misma, es decir, da a ésta un poder sobre las personas y los bienes de los hijos, tal como ocurre en nuestra legislación, en la que se ejerce la patria potestad conjuntamente por el padre y la madre, salvo el caso de que el menor se encuentre en poder de uno solo de ellos, en cuyo caso la ejercerá éste. Según Puig Peña, citado por Alburez Escobar, “sobre las relaciones paterno-filiales debe existir una autoridad, en el caso de la patria potestad, ésta en los primeros tiempos suponía soberanía perfecta, dada la configuración constitucional de la familia; después representa soberanía imperfecta, dada la prepotencia del Estado y lo inoperante de la vida familiar dentro del cuadro político, si bien se desprende del mismo un complejo de derechos instituidos en beneficio del padre; y, finalmente, supone mero designio funcional, pues que las

²⁶ Espín Cánovas, Diego, **Derecho civil Español**, pág. 241

facultades que todavía les restan se concedan y se consagran sólo con el fin exclusivo de atender a la asistencia y atención de los hijos menores, complementando su capacidad”.²⁷

“La patria potestad en sentido moderno difiere fundamentalmente, del sentido que tuvo en el primitivo derecho romano, en que se concebía como un derecho del padre que llegaba a extremos que eran contrarios a todo sentimiento natural de paternidad, como la posibilidad de venta y aun de muerte del hijo, facultades que sin duda estaban atenuadas por las costumbres y aun por las exigencias legales y que fueron incluso desapareciendo, cuando el principio de la agnación como base de la familia romana fue sustituyendo paulatinamente por el de cognación o vínculos de sangre. Difiere también el derecho moderno del romano en la participación de la madre en la patria potestad, por lo que, saquemos en consecuencia, que el nombre de patria potestad, ya no va de acuerdo con el concepto moderno de la institución, y es por ello que algunos autores piden insistentemente la supresión del nombre que lleva.”²⁸

Otro autor refiriéndonos a la patria potestad en el derecho romano, afirma que el poder y autoridad del padre de familia era tan exagerado que tenía potestad de vender, mutilar, y aun matar a sus hijos y a las demás personas que estaban bajo su patria potestad. El dominio del pater familia era tan grande que podía disponer de las vidas de las personas bajo su autoridad, al igual que de los bienes que les pertenecían, pues tanto las personas como los bienes, tenían para él un valor económico pecuniario. Afortunadamente esa exagerada autoridad de los padres ha cambiado.

En la actualidad, la patria potestad se entiende como el conjunto de derechos y deberes que al padre y a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores

²⁷ Alburez Escobar. **Ob. Cit**; pág. 116.

²⁸ **Ibid.** pág. 118.

de edad, se extenderá al mayor de edad y a sus bienes, cuando éste se encuentre en estado de interdicción.

Atendiendo a la etimología, la patria potestad viene de dos voces latinas que son: **patrius** igual **padre**; y **potestas** igual **potestad, dominio, autoridad**. Es decir, que la patria potestad es la autoridad que ejercen los padres sobre sus hijos menores de edad. El Código Civil guatemalteco no define la patria potestad, pero del contenido del Artículo 252 podemos decir que conforme nuestra legislación, la patria potestad es una institución jurídica con función tuitiva, reconocida por el orden legal al padre y la madre sobre sus hijos menores de edad y mayores incapacitados, para la protección y asistencia de sus personas y correcta administración de sus bienes. De lo anterior, podemos deducir como principales caracteres de la patria potestad: El ser un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, de carácter personal, intransferible (sólo puede entrar en juego el instituto de la adopción).

En doctrina, se llama patria potestad a un conjunto de derechos y obligaciones que ejercen los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores de edad.

Desde el punto de vista histórico en el derecho romano la patria potestad era un poder absoluto que tenía el jefe de familia sobre sus hijos, sus nietos y sobre todos los miembros de la familia. Ese poder era absoluto, pues incluso podía venderlos, regalarlos, inclusive hasta matarlos, así lo establecía la Ley de las Doce Tablas. Posteriormente, la doctrina tuvo un cambio absoluto y estableció que la patria potestad no era más que un conjunto de deberes que tenían los padres sobre sus hijos. En el Derecho Romano existía la doctrina de los **peculios**, en cuanto a los bienes de los hijos; para la legislación romana en un principio, todo cuanto adquiría el hijo pertenecía al padre; sin embargo, lo anterior llegó a cambiar mediante los llamados peculios, o

sea pequeños patrimonios que podían tener los hijos, con independencia del patrimonio del padre.

El derecho moderno adopta un término medio, y se determina que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre las personas y bienes de los hijos menores de edad.

La base de la patria potestad está en el amor filial, en el amor recíproco. Diego Espín Cánovas afirma que como consecuencia de la patria potestad, todos los padres son legisladores, jueces, tutores y jefes, y da en ese sentido la siguiente explicación: “Son legisladores porque dictan normas de conducta que deben respetarse en la familia; son jueces porque deben corregir en forma prudente a sus hijos; son tutores porque están obligados a educar a los hijos; son jefes porque sirven del trabajo y de los bienes de sus hijos.”²⁹

De conformidad con lo indicado, podemos señalar que patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, en tanto que son menores de edad y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos.

Para otros autores, es el deber y derechos que a los padres corresponde, de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos. Finalmente Puig Peña la define como aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho, la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos. La patria potestad surge como un conjunto de

²⁹ Espín Cánovas, **Ob. Cit**; pág. 248

disposiciones especiales para la protección de los menores de edad, respondiendo a la necesidad de asistencia y educación de los hijos que los padres están obligados a atender. Los deberes naturales y morales de los padres se ratifican y se establecen en la legislación como preceptos civiles obligatorios, cuyo incumplimiento da lugar a sanciones civiles y también penales en algunos casos.

De conformidad con el Código Civil, dentro de los principales derechos y obligaciones de los padres, derivados de la patria potestad, podemos mencionar los siguientes:

1) El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos empleando medios prudentes de disciplina;

2) Los padres tienen el derecho de representar al menor en todos aquellos asuntos en que tengan interés;

3) Cuando la patria potestad la ejerzan los dos padres, la administración de los bienes corresponde al padre;

4) Si los padres son menores de edad, la administración de los bienes corresponde a los abuelos paternos;

5) Cuando un menor de edad es adoptado, la patria potestad corresponde al adoptante (por pérdida de la misma por parte de los padres naturales);

6) Los padres no pueden vender los bienes de sus hijos sin autorización del Juez; ni pueden alquilar los bienes de sus hijos por más de tres años;

7) Los padres deben entregar a sus hijos los bienes que les pertenezcan al llegar a su mayoría de edad;

Dentro de los derechos y obligaciones de los hijos con relación a la patria potestad:

1) Los hijos menores de edad tienen el derecho y la obligación de vivir con sus padres;

2) Los hijos menores de edad pueden trabajar y ayudar a sus padres con el ingreso que obtengan del trabajo;

3) Los hijos deben respetar y honrar a sus padres;

4) El juez debe resolver conforme al interés del menor de edad, cuando la conducta de los padres perjudique a los hijos;

5) Cuando haya pugna entre el padre y la madre, el juez debe resolver lo que más convenga al bienestar de los hijos;

2.4. Separación de la patria potestad

Ocurre lo que el Código denomina separación de la patria potestad, cuando quien la ejerce disipa los bienes de los hijos o por su mala administración, se disminuyen o deprecian. Pueden solicitar la separación, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o el Ministerio Público (Artículo 269 del Código Civil).

Bajo el mismo acápite, dispone el Código que los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra (Artículo 270); y que, si a quien se halla bajo la patria potestad se le hiciere alguna donación o se le dejare herencia o legado, con la expresa condición de que los bienes no los administren los padres, será respetada la voluntad del donante o testador, quien deberá designar la persona o institución administradora y, si así no lo hiciere, el nombramiento lo hará el juez, en persona de reconocida solvencia y honorabilidad, si no hubiere institución bancaria autorizada para tales encargos (Artículo 271).

La figura que el Código vigente tipifica como separación de la patria potestad, fue desconocida en el Código de 1877 y en el de 1933. Éste disponía, solamente, en el Artículo 196, que quien ejercía la patria potestad disipaba los bienes de los hijos o era responsable civil y criminalmente por actos delictuosos contra la propiedad, perdía la administración de los bienes de aquéllos. Perder la administración – nótese bien- no implicaba separación de la patria potestad, sino restricción en una de las formas de manifestarse.

Puede considerarse como poco acertada la creación de la figura que el Código denomina separación de la patria potestad, y en la cual se da tal énfasis a ciertos aspectos de simple administración de bienes, que llegan a incidir en el ejercicio total de la patria potestad, olvidando el legislador que una persona puede ser buen padre de familia, pero mal administrador de bienes, por carecer de los conocimientos o de la competencia necesaria en ese sentido. Era, a no dudarlo, más acertada la solución prevista en el Código Civil de 1933.

2.5. Suspensión de la patria potestad

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 273 del Código Civil, la patria potestad se suspende:

1º. Por ausencia de quien la ejerce, declarada judicialmente. No basta, por lo tanto, que quien ejerza la patria potestad se encuentre ausente de hecho; es necesario que se tipifique la ausencia mediante declaración judicial.

2º. Por interdicción, declarada en la misma forma (judicialmente). Resulta lógico que si una persona mayor de edad, en ejercicio de la patria potestad, sufre enfermedad mental que le prive de discernimiento, o abusa de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, en tal forma que se exponga ella misma o exponga a su familia a graves perjuicios económicos (véase Artículo 9º.), no se encuentra en las condiciones requeridas para desempeñar las importantes funciones de la patria potestad; lejos de ello, se transforma en tutelado, quedando su situación jurídica automáticamente distante y contrapuesta a la del padre (o madre) en el goce y ejercicio de su plena capacidad civil.

3º. Por ebriedad consuetudinaria. Esta causa de suspensión de la patria potestad guarda relación con uno de los aspectos de la anterior, en cuanto que el abuso de bebidas alcohólicas es motivo suficiente para declarar la interdicción. Ha de entenderse, necesariamente, como un término medio entre la capacidad e incapacidad civiles, o como una incapacidad no declarada expresamente como tal, aunque en estricto sentido, no puede admitirse tal criterio. Hubiese sido más acertado suprimir esta causa de suspensión de la patria potestad.

4º. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes. Es aplicable a esta disposición el comentario que se hizo a la anterior (teniéndose presente que el hábito del juego no es causa de interdicción según el Código Civil).

2.6. Pérdida de la patria potestad

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

1º. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares. Las costumbres depravadas o escandalosas de los padres pueden afectar la recta formación de los hijos; así, también, la dureza en el trato para con ellos. El abandono de los deberes familiares significa prácticamente una dejación de la autoridad paterna, en indudable perjuicio de los hijos. Necesariamente, esos aspectos contemplados por la ley quedan a la apreciación del juzgador, según las circunstancias de cada caso. Aunque la ley utiliza la expresión genérica de padres, sólo uno de ellos puede quedar comprendido en cualesquiera de los casos comentados, y respecto a él sería aplicable la pérdida de la patria potestad.

2º. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores. Este precepto tiene por objeto, también, preservar la recta formación moral de los hijos. La dedicación a la mendicidad y los ejemplos corruptores, pueden probarse con relativa facilidad en cuanto a un caso dado. No ocurre lo mismo con las órdenes, consejos o insinuaciones corruptores. Como en el inciso anterior, esos hechos quedan librados al buen criterio del juzgador, dadas las pruebas y las circunstancias.

3º. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos. El padre que delinca en esa forma, cualquiera que sea el delito, será quien sufra la pérdida de la patria potestad. Necesariamente, debe preceder sentencia condenatoria, sin perjuicio de las medidas cautelares que en su debido tiempo pueden pedirse y dictarse en pro del ofendido.

4º. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado. Por exposición debe entenderse la acción u omisión que coloque al hijo en situación de riesgo para su persona; y por abandono, el incumplimiento de los deberes que el padre o la madre tienen, conforme a la ley, respecto a los hijos.

5º. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. En este caso, prácticamente la ley substraer a los hijos de la autoridad, de quien no tiene las calidades morales necesarias para ejercer debidamente la patria potestad. Sin embargo, la referencia al término de la pena no puede considerarse apropiada, como sí lo sería la naturaleza y las circunstancias de los delitos.

6º. Cuando el hijo es adoptado por otra persona. Este precepto está en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 232 del Código Civil, el cual dispone que, al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado. Es una causa que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaratoria judicial, que no sea la contenida en la resolución sobre la adopción.

2.7. Restablecimiento de la patria potestad

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

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

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

3º. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º., del Artículo comentado.

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

Nótese que el Código no hace distinción entre la procedencia del restablecimiento de la patria potestad en razón de haberse suspendido o perdido, lo cual deriva a creer que en realidad, y con excepción de lo dispuesto en la última parte del inciso 1º., y en el inciso 2º., del Artículo

277, en todos los demás se trata de suspensión de la patria potestad. En efecto, y rigurosamente hablando, si la misma se perdiera trataríase de una situación irreversible, que no admitiría restablecimiento, máxime que el Código distingue las causas de suspensión de la patria potestad, en forma expresa.

Respecto a quiénes pueden promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, el Código dispone, en el Artículo 276, que sólo podrán promoverla los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público, según quedó expuesto. En cuanto al restablecimiento, el Artículo 277 únicamente dice que se hará a petición de parte. Por analogía, ha de entenderse que esta acción corresponde también, y solamente, a las personas indicadas en el Artículo 276, y al progenitor inocente, que conforme al mismo, debe ser parte en el juicio, así como a los hijos mayores de catorce años o al tutor, según lo previsto en el inciso 3º. del Artículo 277; y, en todo caso, al padre o a la madre cuya patria potestad se halle en suspenso o la hubiese perdido.

CAPÍTULO III

3. La capacidad

Para hablar sobre la capacidad, por ser esta una característica especial de las personas, trataremos brevemente sobre la persona y la personalidad, sus definiciones y características, para posteriormente conocer sobre la capacidad.

3.1. La persona

"En las últimas décadas ha cobrado relevancia singular el desarrollo de la obra legislativa en relación a la persona. En especial referencia a la persona humana, conviene señalar que su regulación jurídica, tradicionalmente dominio del derecho privado, trasciende ahora las fronteras de éste y se adentra en el derecho público, relevantemente en el derecho constitucional y en el internacional."³⁰

Para aclarar la anterior situación "se hace necesario tomar en cuenta que por ser el derecho una expresión de la vida humana y por ser la persona individual (y la regulación jurídica como subproducto de ésta), el sujeto de derecho, su regulación en el campo jurídico no necesariamente ha de circunscribirse a una de las dos grandes ramas del derecho, la pública o la privada. Según la actividad a normar y según el criterio sustentado respecto a la conveniencia de la mayor o menor intervención del poder público en esa actividad, así surgirán las normas de mercado, derecho público o privado en la regulación de la misma.

³⁰ Brañas, Alfonso, **Ob. Cit;** pág. 23.

Debe en todo caso tener presente que un hecho histórico y a la vez actual es evidente: la persona natural en sí, sus relaciones y actividades corrientes, su diario actuar y en ciertos casos no actuar, las más importantes manifestaciones de su voluntad en la esfera de los actos privados, íntimos, que tienen o puedan tener repercusiones jurídicas, han sido y son del dominio del derecho privado, del derecho civil, específicamente. Las normas constitucionales y administrativas, se refieren con creciente interés y expansión a determinadas esferas de la actividad del individuo, antes circunscritas al ámbito del derecho privado".³¹

3.2. Origen etimológico

La palabra persona, se deriva del latín **per** y **sono-as-are** (sonar fuerte, resonar), y significaba la máscara que usaban los actores en el teatro para representar a los distintos personajes, de manera que **persona** en este sentido designaba el papel que desempeñaban los actores en escena; posteriormente la palabra persona pasó a significar al personaje que representaba y luego a los actores; finalmente, se usó para nombrar al individuo mismo, al hombre considerado como sujeto de derechos.

Para Alfonso Brañas. la palabra persona, según este origen etimológico, designaba "la **máscara** que los actores utilizaban para caracterizarse y dar más volumen a la voz en los lugares faltos de adecuada acústica en que se presentaban. Más tarde, persona se transformó en sinónimo de actor (personajes, se dice aún en las obras más teatrales recientes), y su uso se generalizó para designar al ser humano en general, al sujeto de derecho".³²

³¹ **Ibid.** pág. 24.

³² Brañas, **Ob. Cit;** pág.4.

"Persona es un vocablo integrado del verbo latino **sonare**, sonar, y del prefijo **per** que la acentúa. En los albores del teatro griego personas eran las máscaras utilizadas en las representaciones. Prestaban un doble oficio: reconocer o distinguir a los actores y amplificar el sonido de la voz de los mismos. Con el transcurso del tiempo se opera el fenómeno idiomático del olvido del sentido etimológico, hasta aplicarse tal término (persona) a los seres o miembros de la humanidad, amén de las connotaciones jurídica, gramatical o de otra índole que también tiene o puede tener."³³

Merece especial comentario el hecho de que en el derecho actual, todos los seres humanos pueden adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, en el derecho romano no fue así, ya que se castigaba a las personas peligrosas con la muerte civil, o sea que muchas veces no las mataban, pero no podían adquirir ningún derecho, por su parte, la Constitución Política de la República, establece en su Artículo 4 el principio universal de que todas las personas son iguales en derechos y obligaciones.

3.3. Concepto de persona

Alfonso Brañas al respecto afirma: "Existen dos conceptos de persona: el corriente y el jurídico. De acuerdo con el concepto corriente, persona es sinónimo de ser humano; el hombre y la mujer de cualquier edad y situación, los seres humanos son personas. En sentido jurídico es todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. Planiol afirma que persona es todo sujeto de derecho, expresión aparentemente más vaga para el derecho, sólo tiene validez en cuanto se le refiere, ya que en abstracto, ya en concreto, a la calidad de sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas."³⁴

³³ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; pág. 16.

³⁴ Brañas, **Ob. Cit**; Pág. 25.

Al respecto la licencia Beltranena de Padilla señala: "La persona es sujeto de derecho. En ella residen en potencia tanto los derechos en sí, como la facultad de ejercitarlos. Las cosas únicamente pueden ser objeto del derecho. Son entes jurídicos pasivos en que el sujeto - persona natural o jurídica- ejercen su acción."³⁵

La misma autora afirma que: "Entre algunos juristas se han suscitado polémicas en torno a la cuestión de si los seres monstruosos o deformes (los llamados abortos de la naturaleza) pueden considerarse personas para los efectos jurídicos; y después de darle muchas vueltas al asunto se ha tenido que llegar irremediamente a una conclusión afirmativa, dado que no hay razón valedera que justifique tal exclusión."³⁶

El concepto de persona, equivale al de sujeto de derecho, si este último se toma en un sentido abstracto. Pero repárese en que la persona no sólo es sujeto de derecho, sino también de obligaciones (deberes y responsabilidades). Por otra parte, si se habla de sujeto de derecho, no en un sentido abstracto, sino en una acepción concreta, para significar a quien está investido actualmente de un derecho determinado, el término persona es más amplio: Todo sujeto de derecho, será persona; pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa.

Para Guillermo Cabanellas persona es "todo ser humano capaz de derechos y obligaciones. Sujeto de derecho".³⁷

Por su parte, Federico Puig Peña afirma que "Desde el ángulo del derecho la cuestión cambia, todo hombre, desde luego, es persona, pero además son personas otros entes distintos.

³⁵ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; Pág. 17.

³⁶ **Ibid.** pág. 16.

³⁷ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 344.

Y es que el sujeto del derecho no sólo es el hombre: pueden serlo también las colectividades u organizaciones a quienes se puede referir el término de una relación jurídica. Persona, es entonces, todo ser o entidad susceptible de figurar como término subjetivo de una relación de derecho, o lo que es lo mismo persona es el hombre y las asociaciones que el hombre constituye."³⁸

El tratadista guatemalteco Fernando Cruz afirma: "Se coloca en primer lugar el tratado de las personas, porque ellas son los sujetos de los derechos. Bajo la palabra persona se comprende todo ser capaz de derechos y obligaciones civiles; y siendo capaces de esos derechos y obligaciones tanto el hombre individualmente, como algunas asociaciones en su carácter de tales, las personas son naturales o jurídicas."³⁹

Desde el punto de vista filosófico, para los antiguos metafísicos persona era, según la clásica e insuperable definición de Severino Boecio "una sustancia individual de naturaleza racional (*naturae rationalis individua substantia*), o bien, el supuesto dotado de entendimiento, noción equivalente al concepto corriente de persona, pues en el orden ontológico el término supuesto indica sustancia o que subsiste por si, y las sustancias se hacen individuales por la sustancia".⁴⁰

3.4. Personalidad

Para Alfonso Brañas la personalidad se define como la "investidura jurídica necesaria para que el sujeto entre al mundo de lo normativo". Federico Puig Peña afirma que la personalidad "es una investidura jurídica". Por el nacimiento, o aún antes, surge la persona como un concepto

³⁸ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 37.

³⁹ Cruz, Fernando, **Instituciones de derecho civil patrio**, pág. 68.

⁴⁰ Grazioso Bonetto, Aldo Fabrizio Enrique, **Las fundaciones. Su deficiente regulación en Guatemala**, pág. 6.

jurídico, y ésta ingresa al mundo normativo al ser automáticamente investida de la personalidad como una categoría otorgada por el derecho positivo al concurrir los requisitos para la existencia jurídica de la persona como tal".⁴¹

Por ello Castán Tobeñas afirma que la personalidad es "un atributo esencial del ser humano, inseparable de éste, y esencial al hombre y sólo a él como ser racionalmente libre, al poseer la capacidad de querer y de obrar para cumplir su fin jurídico".⁴²

Por su parte la licenciada María Luisa Beltranena de Padilla afirma que: "La apreciación de la persona, física o jurídica, considerada en sí misma, en cuanto a su existencia y capacidad como sujeto de derecho, determina o constituye la personalidad."⁴³

El atributo de la personalidad concedido por el derecho, inicialmente se otorgó con un criterio estrecho; afortunadamente en la actualidad han desaparecido esos rigorismos, considerando como persona al hombre, por el simple hecho de serlo y atribuyéndole personalidad. En Roma, la personalidad era una concesión de la ley, no era un atributo que se le concedía a todos los hombres por igual, sino para otorgarla se exigía tres condiciones: el status libertatis, el status civitatis y el status familiae, de tal suerte que al que no era libre, al esclavo, se le negaba la personalidad jurídica; asimismo solo a los ciudadanos romanos se le concedían derechos civiles, negándolos a los extranjeros; la tercera condición exigida para reconocer la personalidad al ser humano era que fuera jefe de familia "pater familiae", que no estuviera sujeto a ningún otro poder (sui juris) y únicamente con la concurrencia de estos tres estados o cualidades se otorgaba la personalidad, operándose la disminución de la personalidad (**deminutio capitis**) en el caso de que se perdiera uno de estos tres estados. En la época

⁴¹ Brañas, **Ob. Cit**; pág. 28.

⁴² **Ibid.** pág. 30.

⁴³ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; pág. 19.

moderna, con la desaparición de la esclavitud y en virtud de que los tres poderes familiares han dejado de tener la supremacía extrema y rigorismo del derecho romano, dichas cualidades o estados no influyen para la concesión de la personalidad, la cual es otorgada a todo ser humano por el hecho de serlo, siempre que llene los requisitos exigidos por las leyes.

La personalidad es el conjunto de reglas e instituciones que se aplican a la persona considerada en sí misma, en su individuación y en su poder de acción. Individuación, es un conjunto de elementos que permiten, por una parte, distinguirla socialmente y por otra, determinar cuándo es necesario afectarla jurídicamente. Los elementos de la personalidad son: el nombre, el estado y el domicilio. La personalidad es una abstracta posibilidad de tener derechos, mientras que derecho de personalidad es la facultad concreta de que están **investidos** todos los sujetos que tienen personalidad. No debemos olvidar que la persona - individual o colectiva, física o jurídica- considerada en si misma, constituye el núcleo del derecho de la personalidad.

3.5. La capacidad

Como lo afirma la licenciada María Luisa Beltranena de Padilla: "Si el estado civil determina los derechos y obligaciones que una persona puede tener, ese conjunto de derechos y obligaciones ya determinados, es la capacidad civil, definida como sinónima de la personalidad, o sea como abstracta posibilidad de adquirir derechos."⁴⁴

Anteriormente afirmamos que persona es todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; pero ¿qué entendemos por capacidad?.

⁴⁴ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; pág. 44.

La capacidad es la aptitud para tener y ejercer derechos en la vida civil. O como la aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones.

La capacidad jurídica es la condición, por la cual toda persona puede ejercitar sus derechos, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general.

3.6. Clasificación de la capacidad

La capacidad actualmente se clasifica en: capacidad de goce, jurídica o de derecho; capacidad de hecho o de ejercicio y capacidad relativa a los menores de edad, mismos que a continuación enunciaremos.

3.7. De goce, jurídica o de derecho

Es la aptitud del sujeto de derecho para la mera tenencia y goce de derechos. O sea, es la aptitud para participar en la vida jurídica por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. Tener capacidad de goce o de derecho, quiere decir tener aptitud para ser titular de derechos, por ello se puede afirmar que corresponde a todos los hombres por el mero hecho de serlo.

Consiste en la "facultad que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de los derechos y obligaciones. Esta capacidad faculta a la persona para: adquirir derechos e incorporarlos a su patrimonio; ser titular de ellos; y ser sujeto de derecho. Esta capacidad es

innata al ser humano e incluso al que está concebido, o sea, al nasciturus; siendo subjetiva e inseparable de la persona humana”.⁴⁵

3.8. De hecho o de ejercicio

Es la aptitud de una persona para participar por si misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una misma situación jurídica, o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por si misma, o sea, dicho en otros términos, se define como la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por si misma. No basta el hecho de que una persona sea titular o tenga el derecho para que pueda actuarlo, realizando actos con plena eficacia jurídica, sino es preciso también que tenga capacidad de ejercicio, capacidad de obrar; que pueda ejercitar ese derecho, actuarlo, poder adquirir derechos y obligaciones por si misma sin recurrir a otras personas que lo hagan en su nombre o representación.

La capacidad consiste en la facultad de adquirir y ejercitar por sí los derechos y en asumir por sí las obligaciones. O sea, la aptitud legal de una persona para poder ejercer personalmente, por si misma, los derechos que le corresponden o de que es titular. Debemos tener presente que la doctrina ha asentado el principio fundamental de que toda persona es legalmente capaz, excepto, aquéllas que la ley declara incapaces. Por lo que la capacidad de ejercicio es la regla y la incapacidad no puede ser objeto de presunción, sino debe constar expresamente.

3.9. Capacidad relativa de los menores de edad

⁴⁵ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; pág. 44.

Los menores de edad entre los 14 años cumplidos son capaces para algunos actos determinados por la ley tales como: a) La aptitud para contraer matrimonio, el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14; b) La mujer mayor de 14 años tiene la capacidad civil para reconocer a sus hijos; c) Los mayores de 14 años tienen capacidad para contratar su trabajo; d) Los menores que hayan cumplido 16 años tienen el derecho de participar en la administración de sus bienes; e) El menor que reciba algo de forma indebida, tiene la obligación de restituir únicamente lo que existe en su poder y f) Los menores de 14 años pueden contratar su trabajo, con autorización de la Inspección General de Trabajo, tal como lo señalan los Artículos 81, 94, 218, 259, 303, 1619 del Código Civil y 150 del Código de Trabajo; a esta excepción de la regla general, se le conoce como capacidad relativa de los menores de edad

3.10 Causas que modifican la capacidad civil

Existen causas que modifican la capacidad civil de las personas, las que para Espín Cánovas al referirse a este tema afirma: "Son circunstancias modificativas de la capacidad, las que limitan el goce o ejercicio de los derechos a los seres dotados de personalidad jurídica, o bien le imponen determinadas formas habilitadas para su ejercicio; comprendiendo por lo tanto aquellas circunstancias que restringen la capacidad de goce o de derecho, sino la de ejercicio."⁴⁶

La doctrina señala que las causas modificativas de la capacidad afectan únicamente la capacidad de ejercicio, criterio que sigue nuestro Código Civil.

De conformidad con la doctrina y la legislación, son causas modificativas de la capacidad: La edad, sexo, enfermedades y defectos físicos y la prodigalidad.

⁴⁶ Espín Cánovas, **Ob. Cit**; pág. 35.

a) La edad

Surge la mayoría de edad como un mínimo de edad, que los legisladores fijan a las personas que se consideran aptas para el ejercicio por si mismas de sus derechos, como consecuencia de haber alcanzado la madurez y desarrollo mental. Al respecto no existe uniformidad en las legislaciones del mundo, así en Suiza es a los 20 años de edad; Francia, Italia, Alemania, Uruguay, Brasil, Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela y Argentina a los 21 años; España a los 23 años y Chile a los 25 años de edad.

En el derecho romano el alcanzar la mayoría de edad, sufría una graduación, distinguiéndose tres períodos: los infantes, los impúberes propiamente dichos y los puberes, determinándose la incapacidad absoluta para los primeros, relativas para los segundos y plena capacidad para los terceros, pero bajo la influencia paterna.

El Código Civil guatemalteco establece excepciones en cuanto a la incapacidad de los menores de edad, contenidas en los Artículos 217, 218, 259, 303.

b) El sexo

En el derecho romano, era considerado el sexo femenino como inferior al masculino, negándole a la mujer la capacidad civil. La mujer está sometida a la autoridad del padre o del marido. Las mujeres púberes sui juris se ponían en tutela perpetua en Roma, en virtud de la inexperiencia para los negocios y de su natural ligereza de espíritu, estableciendo ésta limitación como un sentimiento de desconfianza contra ella, en interés de la familia agnática, para impedir que disipara los bienes que recibiera de los parientes paternos. La mujer ocupaba un lugar

semejante al de los esclavos e inferior a los hijos. Es a raíz del Cristianismo que se cambia la condición de la mujer, proclamándose la igualdad entre hombres y mujeres, principio consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 4.

c) Enfermedades y defectos físicos

En el derecho moderno, los defectos físicos y las enfermedades no son causas de incapacidad, pero sí constituyen causas modificativas de la capacidad, limitando el goce o ejercicio de los derechos, ciertas enfermedades como la sordomudez, ceguera y enfermedades mentales. En cuanto a los defectos físicos no producen incapacidad general, sino sólo relativa para aquellos actos para los que determinado defecto físico obstaculiza su realización.

Al respecto, el Artículo 13 del Código Civil establece la incapacidad civil para los que padecen de ceguera congénita o adquirida en la infancia y sordomudos, salvo si pueden expresar su voluntad de manera indubitable; el ciego y el que padece de enfermedad grave, incurable o contagiosa no puede ser tutor ni protutor, conforme el Artículo 314 del Código Civil; no pueden testar, el sordomudo, el que haya perdido el uso de la palabra cuando no pueda darse a entender por escrito, conforme el Artículo 945 del Código Civil; el ciego no puede hacer testamento cerrado, conforme el Artículo 960 del Código Civil; no pueden ejercer el notariado, los ciegos, sordos o mudos o los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impidan desempeño de su cometido, conforme el Artículo 3 del Código de Notariado; no pueden ser testigos en un instrumento público los sordos, mudos o ciegos, conforme el Artículo 53 del Código de Notariado).

d) Prodigalidad

En la Ley de las XII Tablas, se considera pródigo a la persona sui juris, que disipaba los bienes que había recibido de sus parientes paternos ab intestato. Posteriormente se protegió al pródigo por si mismo y en interés de su familia. Por lo tanto, trató como pródigos a todos los que disipaban sus bienes, sin distinción de origen. En la actualidad consiste en una conducta desarreglada de una persona, que malgasta su caudal con ligereza, tanto en relación con su situación económica como respecto a los fines a que dedica sus bienes, poniendo en peligro injustificado su patrimonio, con perjuicio a su familia.

e) El parentesco, la quiebra y el concurso

El parentesco, el concurso y la quiebra, únicamente producen incapacidad relativa para el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo para contraer matrimonio, de los parientes consanguíneos en línea recta y colateral, los hermanos y medios hermanos; ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad, conforme el Artículo 88 del Código Civil; para comprar bienes de la mujer ni de ésta al marido, aunque haya separación de bienes, conforme el Artículo 1792 del Código Civil; de ser testigos en instrumento público, este es el caso de los parientes de los otorgantes, salvo el caso de que firmen a su ruego, cuando no sepan y no puedan hacerlo, y no se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, conforme el Artículo 53 inciso 5 del Código de Notariado. No puede ser tutor ni protutor, **el fallido o concursado**, mientras no haya obtenido su rehabilitación, ni puede ejercer mandato el fallido, mientras no se rehabilite, conforme los Artículos 314 inciso 5 y 1698 del Código Civil, respectivamente.

3.11. Incapacidad civil

La incapacidad es la carencia de facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Tiene por objeto dar protección al mismo incapaz y además conlleva, impedir que el incapaz pueda dilapidar su patrimonio o bienes por los actos que él realice.

La incapacidad o interdicción como también se le denomina, puede definirse como el estado jurídico de una persona a quien judicialmente se le ha declarado incapaz, para los actos de la vida civil y privada y la administración de su persona y de sus bienes. Por ello gramaticalmente significa la acción y efecto de interdicir, o sea, de vedar, prohibir, pues esa es la situación de las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o algunos actos de la vida civil. Es la imposibilidad jurídica de ejercer directamente el derecho del cual se es titular, que requiere para su efectividad de un representante legal o la asistencia de una determinada persona.

La doctrina define a la incapacidad como aquella situación jurídica que se produce cuando, en virtud de resolución judicial, se priva a una persona de su posición jurídica plena, colocándola en la situación de incapacitada. Nuestro Código Civil emplea indistintamente las expresiones **incapacidad civil** o **estado de interdicción**. Se puede declarar tal estado jurídico a partir de la mayoría de edad de una persona, siendo indispensable para que la persona sea sometida a la protección que la ley ha establecido a su favor; mientras no exista tal declaración, no puede privársele a ninguna persona del ejercicio de sus derechos, tal situación se encuentra regulada en los Artículos 9, 10, 11, 12 y 13 del Código Civil y el Artículo 406 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Según el criterio de la licenciada Beltranena de Padilla: "Esta incapacidad, inhabilita a la persona para actuar u obrar personalmente, por si misma; tiene que hacerlo con autorización de

otro. Lo anterior tiene que ser bien entendido o interpretado: el que tiene la capacidad puede obrar por si o por medio de apoderado, mandatario o representante constituido por el mismo, en pleno y perfecto ejercicio de tal capacidad; en cambio, el que carece de capacidad o es incapaz sólo puede ejercitar sus derechos y contraer sus obligaciones por medio de su representante legal, que puede ser el padre de familia en ejercicio de la patria potestad, el tutor, etc.”⁴⁷

Los actos realizados por los incapaces pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época que se verificaron, conforme el Artículo 9 del Código Civil. Ahora bien, las perturbaciones mentales transitorias no determinan la capacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones (Artículo 10 del Código Civil); y finalmente, después de la muerte de un individuo, los actos realizados por él no podrán impugnarse por incapacidad, sino cuando la interdicción ha sido pedida antes de su muerte, o cuando la prueba de la incapacidad resulta del mismo acto que se impugna (Artículo 11 Código Civil).

Pueden solicitar la interdicción: el Ministerio Público; los parientes del incapacitado y las personas que tengan alguna acción que deducir contra el incapacitado.

Termina la interdicción cuando cesa la causal que la motivo y esta circunstancia es declarada judicialmente.

⁴⁷ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit**; pág. 48.

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado sobre la capacidad relativa

4.1. La minoría de edad

Un menor de edad es legalmente, un individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella. En muchos países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

Un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad.

La minoría de edad y, por extensión, la ausencia de plena capacidad de obrar, suponen una serie de límites a los derechos y responsabilidades de la persona.

Se establecen límites sobre actuaciones que se considera que el menor no tiene capacidad suficiente para hacer por su cuenta, y se exime de responsabilidad de actos que se entiende que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

4.2. Edad adulta

En gran parte del mundo, la edad a partir de la cual un individuo se considera adulto está comprendida entre los 16 y los 21 años. En partes de África, la edad adulta se alcanza a

los 13 años. En gran parte de los países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

En general, se puede decir que la edad adulta supone la presunción legal de que existe capacidad plena en el individuo para tomar decisiones y actuar en consecuencia. Por lo tanto, supone el incremento de sus posibilidades de actuación sin ayuda de sus padres o tutores o para realizar actos que antes tenía prohibidos por razón de su minoría de edad (por ejemplo, conducir vehículos automotores o, en algunos países, trabajar).

Por otra parte, el hecho de que se considere que tiene la capacidad plena sobre sus actos, implica una serie de responsabilidades sobre los mismos. En el caso del menor, puede no ser responsable por algunas actuaciones penales o por actos que den lugar a responsabilidad civil. También, puede suponer que los responsables sean los padres o tutores en su lugar. Sin embargo, a partir de la edad adulta el único responsable de sus actos es la propia persona, y debe responder de ellos ante la justicia.

Sin embargo, es habitual que existan salvedades para ciertos casos. Entendiendo que no se ajusta a la realidad, que sea a partir de un momento concreto, en el que la persona pasa completamente de no tener capacidad a tenerla plena, los distintos ordenamientos jurídicos han ido estableciendo una serie de edades diferentes a partir de las cuales el menor puede hacer legalmente y sin necesidad de ayuda una serie de cosas, por ejemplo, en Estados Unidos, se puede conducir automóviles desde los 15 años, ser llamado a las fuerzas armadas a los 18, comprar cigarrillos a los 18 y alcohol a los 21. En tanto, en otros como Costa Rica, todas estas cosas (excepto ser llamado a las fuerzas armadas, pues dicho país no posee aparato militar) se hacen al alcanzar la mayoría de edad, esto es, a los 18 años. En Europa,

estos límites suelen ser más suaves, y en algunos países, se considera mayor de edad a los 16 años.

En cuanto al derecho penal, es posible que el ordenamiento jurídico concreto establezca una regulación específica para la responsabilidad penal de los menores, escalonando en muchos casos su imputabilidad o no. El legislador suele considerar en esos casos que no puede ser igual de responsable un niño de 10 años que un joven de 16, a pesar de que ambos sean menores de edad.

En ciertos países, dependiendo de la gravedad del delito, un menor puede ser juzgado como mayor de edad; tal fue el caso de John Lee Malvo, quien asesinó a 10 personas en asociación con John Muhammad, en el área de Virginia.

4.3. La capacidad relativa y la emancipación en Argentina

La legislación argentina ha incluido dentro de sus normas una capacidad relativa que al ejercerla, los menores de edad se emancipan y hacen uso de sus derechos, personalmente.

4.4. Emancipación civil

La emancipación es la institución que da a los menores de edad, la libertad de la incapacidad que recae sobre ellos en la minoría de edad.

4.5. Emancipación por matrimonio

En el derecho argentino, la primera causa de emancipación es el matrimonio. Los requisitos para obtener esta emancipación son:

1. Tener edad para contraer nupcias, que son de 16 años para el varón y de 14 para la mujer.
2. Haber celebrado el matrimonio.

La ley 17.711 establece que "los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en la ley".

4.6. Emancipación por habilitación de edad

Lo más importante en materia de capacidad es la edad, la ley 17.711, da a la renovación del viejo instituto de la habilitación de edad. Pero el nuevo Artículo 134 regula: Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad, mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad. Si se encuentran bajo tutela, podrá el juez habilitarlo a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste.

Está muy bien que la ley 17.711 no haya conferido al menor bajo patria potestad normal, el derecho a la habilitación contra la oposición del padre.

Asimilación del habilitado de edad al emancipado por matrimonio, por esto los efectos de la habilitación de edad, no los consigna la ley expresamente. El nuevo Artículo 131 cuando

encara el status de capacidad de los emancipados, se refiere a "los menores que contrajeren matrimonio" adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el Artículo 134.

El régimen de capacidad del menor emancipado, es causa de extensión de la patria potestad y de la tutela, así como de la incapacidad del menor. El menor emancipado queda en la situación de capacidad de las personas mayores de edad y está habilitado por todos los actos de la vida civil.

El emancipado por matrimonio tiene actos absolutamente prohibidos, no puede ni con la autorización del defensor de menores y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores y dar finiquito a éstos, ni hacer donaciones de cualquier especie.

4.7. Causas de emancipación

Hasta la sanción de la ley 17.711 sólo se conocía la emancipación civil originada en el matrimonio, pero la legislación extranjera dio otras causas de cesación de la incapacidad de los menores.

4.7. Emancipación legal

Se produce por la celebración del matrimonio. Pero el Código Civil alemán no conoce la emancipación por matrimonio, sino la declaración de mayoría anticipada.

En Brasil es causa de emancipación civil el ejercicio de empleo público.

En Perú se emancipan quienes obtienen un título habilitante para el ejercicio de profesión u oficio.

4.8. Emancipación comercial

Es la que se otorga al menor de edad a fin de habilitarlo para el ejercicio del comercio, las condiciones básicas para adquirir el estado de comerciante por alguien que ha estado gobernado por el Código Civil deben ser reguladas por éste. En Argentina está determinado por los Artículo 10 y 11 del código de comercio.

Artículo 10: "Toda persona mayor de 18 años puede ejercer el comercio con tal que acredite estar emancipado o autorizado legalmente."

Artículo 11: "Es legítima la emancipación conteniendo la autorización del padre o de la madre en su caso, siendo inscrita y hecha pública en el tribunal de comercio respectivo. Llenados estos requisitos, el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales."

La ley 17.711 dispone en el nuevo Artículo 131 lo siguiente: "a los efectos del ejercicio del comercio por lo habilitado deberá cumplirse con las disposiciones del código respectivo".

4.9. Cese de la emancipación civil

Cuando el menor llega a la mayoría de edad, concluye el pleno derecho cuando el matrimonio es anulado.

Cuando tiene por causa la habilitación de edad, y la emancipación es revocada por el juez, para que tenga efectos debe ser inscrito en la revocación del Registro de estado civil y capacidad de personas.

4.10 Circunstancias modificativas de la capacidad en España

De conformidad con la doctrina española, dentro del concepto más amplio de circunstancias modificativas de la capacidad, se comprenden de una parte, las modificaciones que obedecen a causas personales del sujeto, y las que tienen lugar por la relación de la persona con un lugar determinado (resistencia y ausencia). Aquí estudiaremos solamente las primeras.

Son circunstancias modificativas de la capacidad, las que limitan el goce o ejercicio de los derechos a los seres dotados de personalidad jurídica, o bien les imponen determinadas formas habilitadas para su ejercicio. El fundamento de tales limitaciones o restricciones estriba, en que si la capacidad jurídica es aptitud para tener y ejercer derechos, sirviendo éstos a los fines y necesidades humanas y requiriendo para su actuación conciencia y libertad, esos fines y necesidades no son los mismos, ni esa conciencia y libertad se ostentan en el mismo grado en todas las diversas vicisitudes que afectan a las personas.

Los autores españoles suelen dar a las circunstancias modificativas de la capacidad, el sentido restringido de las que afectan a la capacidad de obrar, pero dichas circunstancias influyen no solamente en la capacidad de obrar, sino también en la de derecho, determinando los derechos que se pueden tener y ejercer.

El Código Civil español regula las causas modificativas de la capacidad en el Artículo 32, apartado 2º, según el cual “la menoría de edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derecho y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero. Aunque la enumeración ha sido tachada de incompleta, se recogen las más importantes causas modificativas de la capacidad.

Edad

1. Influencia sobre la capacidad de derecho. La edad ejerce gran influencia sobre la capacidad de obrar o de ejercicio, pero, en cambio, sólo excepcionalmente influye sobre la capacidad de derecho. Los actos que por falta de edad no pueden ejercitarse personalmente son susceptibles generalmente, de ejercicio por un representante, con lo cual la incapacidad del que por su edad no puede regirse a si mismo es sólo incapacidad de obrar, pero no de goce. Sin embargo, a veces, ciertos derechos no pueden ejercitarse por representación, y entonces la incapacidad no sólo es de obrar, sino que alcanza también a la capacidad de derecho; la incapacidad de derecho de los que no han llegado a cierta edad se basa en que se trata de derechos que no están en consonancia con las necesidades y aptitudes de esa edad (por ejemplo, el matrimonio).

Son incapacidades de derecho: la de menor de doce y catorce años para contraer matrimonio civil, según se trate de hembra y varón, respectivamente (Artículo 83, núm. 1º. Código Civil español); la menor de catorce años, para testar (Artículo 663, núm. 1º.); la del menor de catorce años, para intervenir como testigo en los actos inter vivos (Artículo 1.246,

núm. 3º.); la del menor de dieciséis años, para ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (Artículo 701); la del menor de treinta años, para adoptar (Artículo 172, reformado por Ley de 4 de julio de 1970).

2. Influencia sobre la capacidad de obrar. La necesidad de que las personas alcancen cierto desarrollo moral, intelectual y físico para ejercitar consciente y racionalmente sus derechos, hace que el ordenamiento jurídico exija una cierta edad para otorgar la capacidad de obrar; según las distintas concepciones sociales se ha exigido un límite de edad distinto; en las legislaciones antiguas se fijaba ese límite por el desenvolvimiento físico determinado, bien por la pubertad, bien por la aptitud para llevar las armas; el derecho moderno se fija, por el contrario, en el desarrollo mental.

La existencia de edad para otorgar la plena capacidad divide a las personas en capaces e incapaces de obrar, según hayan alcanzado o no dicha edad, denominándose a las primeras mayores de edad y a las segundas menores de edad; pero, además, se establecen algunas edades especiales para poder realizar determinados actos.

Las legislaciones modernas (Italia, Portugal, Alemania, etc.), suelen fijar la mayoría de edad a los veintiún años, límite que adoptó el Código francés, aunque algunos de los más recientes muestran la tendencia a adelantar la mayoría de edad (Suiza, a los veinte; la Unión Soviética, a los dieciocho).

En España era tradicional la mayoría de los veinticinco años, procedente del derecho romano, que el Código Civil disminuyó a los veintitrés (Artículo 320), pero estableciendo una restricción para las hijas de familia, mayores de edad, pero menores de veinticinco años y que

fue suprimida por ley del 22 de julio de 1972. En cambio, el Código de Comercio fijó la edad de veintiuno para el ejercicio habitual del comercio.

Las legislaciones forales, por su parte, establecían en Cataluña y Navarra la mayoría de veinticinco años, por vigencia o influencia del derecho romano: en Vizcaya y Baleares regía el Código Civil, según opinión extendida, y en Aragón, según el apéndice, la mayoría de edad se cumplía a los veinte años

La ley del 13 de diciembre de 1943, sobre fijación de la mayoría de edad civil, la fijó a los veintiún años (Artículo 1º). Esta ley no solamente se aplicó a los territorios donde regía la mayoría de edad establecida en el Código, sino también en las regiones forales; respecto a Aragón estableció disposiciones especiales para armonizar los preceptos del apéndice, que se referían a los veinte años, con la nueva mayoría general de los veintiuno (Artículo 3º). La ley empezó a regir desde el 1 de enero de 1944 (Artículo 4º).

3. Capacidad del menor de edad. La menoría de edad supone la incapacidad por regla general de los menores (Artículo 320, a contrario sensu): su incapacidad de obrar se suple por medio de las correspondientes instituciones familiares o cuasi familiares, patria potestad y en su defecto, tutela. Pero, no obstante, esta incapacidad general de los menores de edad sometidos a la patria potestad o tutela, que viven bajo la dependencia de sus guardadores, pueden por excepción, realizar los siguientes actos jurídicos:

a) Sobre derechos familiares y sucesorios

Contraer matrimonio civil, desde los catorce años los varones y doce las hembras

(Artículo 83, número 1), o canónico desde los dieciséis y catorce, respectivamente (c. 1.067), si bien necesitan para ambos la licencia familiar o la supletoria, para no incurrir en determinadas sanciones civiles, sin perjuicio de la validez del matrimonio (Artículos. 45-50, reformados).

Congruentemente con su capacidad matrimonial, los menores pueden contraer esponsales antes del matrimonio (Artículo 44), y otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de celebrar el matrimonio (Artículo 1.318 en relación con el 1.315 ref.) y modificar en todo momento el régimen económico, convencional o legal del matrimonio, con la autorización en todos estos supuestos de las personas que han de dar su licencia para el mismo (Artículo 1.320 en relación con el 1.318). Igualmente los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones por razón de matrimonio, exigiéndose también la autorización de las mismas personas (1.329).

Pueden también los menores de edad pedir la nulidad y separación de su matrimonio, reconocer hijos naturales (cuestión discutida) y otorgar testamento desde los catorce años (Artículo 663).

b) Sobre derechos reales y obligaciones

Según el Código, los menores pueden adquirir la posesión de las cosas (Artículo 443) y aceptar donaciones puras y ser testigos a partir de los catorce años, en general en la prueba de las obligaciones y desde los dieciséis, en los testamentos, en caso de epidemia (Artículo 1.701, reformado). Según la ley de contrato de trabajo, podrán contratar la prestación de sus servicios por si mismos: los mayores de dieciocho años, los que hubieren contraído

matrimonio, los mayores de catorce años, solteros, que con conocimiento de sus padres o abuelos vivan independientemente de ellos; fuera de estos casos, los menores de dieciocho años necesitarán autorización de sus representantes legales (Artículo 11, texto refundido de 27 de enero de 1944).

En la compilación aragonesa se perfila con más amplitud que en el Código Civil la capacidad del menor de edad a partir de los catorce años, si bien con la asistencia de los representantes legales:

“El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes” (Artículo 5, núm. 1, Comp. Aragón).

“El que no haya cumplido veintiún años necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia y asentimiento de la Junta de Parientes o autorización judicial” (Artículo 6, Compilación de Aragón).

En Navarra “los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad” (ley 50).

CAPÍTULO V

5. Análisis sobre la capacidad otorgada a los varones mayores de 16 años y mujeres mayores de 14, para contraer matrimonio

5.1. La capacidad relativa de los menores de edad para contraer matrimonio

Tal como quedó señalado anteriormente, la personalidad es la investidura jurídica necesaria para que el sujeto entre al mundo de lo normativo. Por el nacimiento, o aún antes, surge la persona como un concepto jurídico, y ésta ingresa al mundo normativo al ser automáticamente investida de la personalidad como una categoría otorgada por el derecho positivo al concurrir los requisitos para la existencia jurídica de la persona como tal, asimismo señalamos que la capacidad es la aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones.

Esta capacidad como lo señalan otros autores es la condición, por la cual toda persona puede ejercitar sus derechos, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general; algunos, haciendo uso de la capacidad conocida como de goce, misma que es la aptitud del sujeto de derecho para la mera tenencia y goce de derechos, o sea, es la aptitud para participar en la vida jurídica por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. Tener capacidad de goce o de derecho, quiere decir tener aptitud para ser titular de derechos, por ello se puede afirmar que corresponde a todos los hombres por el mero hecho de serlo, otra definición de esta capacidad señala que es la facultad que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de los derechos y obligaciones, esta capacidad faculta a la persona para: adquirir derechos e incorporarlos a su patrimonio; ser titular de ellos; y ser sujeto

de derecho. Esta capacidad es innata al ser humano e incluso al que está concebido, o sea, al nasciturus; siendo subjetiva e inseparable de la persona humana.

Otras personas hacen uso de su capacidad conocida como de hecho o de ejercicio que es la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una misma situación jurídica, o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma, o sea, dicho en otros términos, se define como la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma. No basta el hecho de que una persona sea titular o tenga el derecho para que pueda actuarlo, realizando actos con plena eficacia jurídica, sino es preciso también que tenga capacidad de ejercicio, capacidad de obrar; que pueda ejercitar ese derecho, actuarlo, poder adquirir derechos y obligaciones por sí misma sin recurrir a otras personas que lo hagan en nuestro nombre o representación, esta capacidad consiste en la facultad de adquirir y ejercitar por sí los derechos y en asumir por sí las obligaciones, o sea, la aptitud legal de una persona para poder ejercer personalmente, por sí misma, los derechos que le corresponden o de que es titular. Debemos tener presente que la doctrina ha asentado el principio fundamental de que toda persona es legalmente capaz, excepto, aquellas que la ley declara incapaces. Por lo que la capacidad de ejercicio es la regla y la incapacidad no puede ser objeto de presunción, sino debe constar expresamente.

Pero ¿A qué personas declara incapaces la ley?. El Código Civil establece en su Artículo 8 que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad y que son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Asimismo señala en su Artículo 9 que los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de

interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos y que la declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos. También existen otras condiciones que aunque no son consideradas como incapacidad constituyen causas modificativas de la capacidad, limitando el ejercicio de los derechos, ciertas enfermedades como la sordomudez, ceguera y enfermedades mentales. En cuanto a los defectos físicos no producen incapacidad general, sino solo relativa para aquellos actos para los que determinado defecto físico obstaculiza su realización.

Al respecto, el Artículo 13 del Código Civil establece la incapacidad civil para los que padecen de ceguera congénita o adquirida en la infancia y sordomudos, salvo si pueden expresar su voluntad de manera indubitable; el ciego y padece de enfermedad grave, incurable o contagiosa no puede ser tutor ni protutor, conforme Artículo 314 del Código Civil; no pueden testar, el sordomudo, el que haya perdido el uso de la palabra cuando no pueda darse a entender por escrito, conforme Artículo 945 del Código Civil; el ciego no puede hacer testamento cerrado, conforme Artículo 960 del Código Civil; no pueden ejercer el notariado, los ciegos, sordos o mudos o los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impidan desempeño de su cometido, conforme el Artículo 3o. del Código de Notariado; no pueden ser testigos en un instrumento público los sordos, mudos o ciegos, conforme el Artículo 53 del Código de Notariado.

Como se puede observar nuestro ordenamiento jurídico establece tácitamente que los menores de edad son incapaces para ejercer por si mismos sus derechos, sin embargo hace una excepción al señalar que los que hayan cumplido catorce años son capaces para algunos

actos determinados por la ley. Estos actos son: a) la aptitud para contraer matrimonio, el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14; b) la mujer mayor de 14 años tiene la capacidad civil para reconocer a sus hijos; c) Los mayores de 14 años tienen capacidad para contratar su trabajo; d) Los menores que hayan cumplido 16 años tienen el derecho de participar en la administración de sus bienes; e) El menor que reciba algo de forma indebida, tiene la obligación de restituir únicamente lo que existe en su poder y f) Los menores de 14 años puede contratar su trabajo, con autorización de la Inspección General de Trabajo, tal como lo señalan los Artículos 81, 94, 218, 259, 303, 1619 del Código Civil y 150 del Código de Trabajo

A esta excepción de la regla general se le conoce como capacidad relativa de los menores de edad, de lo que analizaremos detenidamente la capacidad para contraer matrimonio.

5.2 Análisis de la aptitud para contraer matrimonio otorgada a los menores de edad, pero mayor de 16 años el varón y mayor de 14 la mujer.

Siendo que la minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella y que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar. La ley es la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad, como se mencionó anteriormente, en Guatemala es a partir de los 18 años.

La minoría de edad y, por extensión, la ausencia de plena capacidad de obrar, suponen una serie de límites a los derechos y responsabilidades de la persona.

Se establecen límites sobre actuaciones que se considera que el menor no tiene capacidad suficiente para hacer por su cuenta, y se exime de responsabilidad de actos que se entiende que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

En general, se puede decir que la edad adulta supone la presunción legal de que existe capacidad plena en el individuo para tomar decisiones y actuar en consecuencia. Por lo tanto, supone el incremento de sus posibilidades de actuación sin ayuda de sus padres o tutores o para realizar actos que antes tenía prohibidos por razón de su minoría de edad (por ejemplo, conducir vehículos automóviles o trabajar).

Por otra parte, el hecho de que se considere que tiene la capacidad plena sobre sus actos implica una serie de responsabilidades sobre los mismos. En el caso del menor, puede no ser responsable por algunas actuaciones penales o por actos que den lugar a responsabilidad civil. También puede suponer que los responsables sean los padres o tutores en su lugar. Sin embargo, a partir de la edad adulta el único responsable de sus actos es la propia persona, y debe responder de ellos ante la justicia.

Sin embargo, es habitual que existan salvedades para ciertos casos. Entendiendo que no se ajusta a la realidad que sea a partir de un momento concreto en el que la persona pasa completamente de no tener capacidad a tenerla plena, los distintos ordenamientos jurídicos han ido estableciendo una serie de edades diferentes a partir de las cuales el menor puede hacer legalmente y sin necesidad de ayuda una serie de cosas, es el caso específico de contraer matrimonio, misma que se encuentra regulada en el Artículo 81 del Código Civil y que preceptúa: “**(Aptitud para contraer matrimonio)**. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de

dieciséis años y la mujer de catorce, siempre que medie la autorización que determinan los Artículos siguientes”, el Artículo 82 del mismo cuerpo legal establece: “La autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, solo la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o la madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor”, y el Artículo 83 establece: “Si no puede obtenerse la autorización, 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”. En relación con el artículo antes citado, el Código Procesal Civil y Mercantil, regula lo relativo a la dispensa Judicial, en el Artículo 425 estableciendo: “En los casos en que, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, puede el juez suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores para que pueda contraer matrimonio un menor, la solicitud de éste se tramitará en forma de incidente con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del opositor. Rendida la prueba, el juez previo los informes que crea convenientes, concederá o negará la licencia. La resolución es apelable. Si antes de otorgar la licencia prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos o el tutor, en su caso, del que la haya pedido se sobreseerá el expediente.” Por último al respecto establece el Artículo 94 que: “Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores, o presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica, o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si esto no fuere posible certificación de la calificación de edad declarada por el juez”.

Al hacer un análisis de las normas citadas, y de las definiciones sobre capacidad, especialmente capacidad de ejercicio, puedo concluir que la capacidad relativa para contraer matrimonio, otorgada a los menores de edad, no es en realidad capacidad, toda vez que el menor de edad, pero mayor de 14 años, no ejerce por si mismo su derecho de contraer

matrimonio, pues debe contar con la autorización de sus padres o representantes, ya que el cuerpo legal anteriormente citado establece que pueden contraerlo el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie autorización, conjuntamente del padre y la madre, o el que de ellos ejerza solo la patria potestad; la del hijo adoptivo menor la dará el padre o la madre adoptante y a falta de padres, la autorización la dará el tutor, o la autorización del juez de Primera Instancia del domicilio del menor.

Como se puede observar, la aptitud para contraer matrimonio, otorgada a los menores de edad, no es en realidad una capacidad, ya que deben contar con autorización de quien ejerza la patria potestad, o en su caso la del juez competente, lo que es contrario a la capacidad relativa, pues para que ésta exista, el menor de edad debe realizar los actos por si mismo, sin intervención de sus padres, tutores o representantes, lo que no se da en el caso de contraer matrimonio.

Personalmente considero que es necesario tal autorización, sin embargo, también es indispensable realizar algunas reformas a dicha normativa y regular excepciones a la misma, especialmente en los casos en que los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer, hayan tenido relación maridables y como producto de esa relación hayan concebido o procreado hijos, ya que como se encuentra actualmente nuestra legislación, si este fuere el caso de los menores que necesiten autorización, al no otorgársele, se estaría atentando contra la base de la sociedad, que es la familia misma, y se estaría fomentando la irresponsabilidad de los futuros padres, especialmente la paternal.

Al realizar algunas entrevistas a jueces de primera instancia de familia, pude establecer, que en general existe un desconocimiento por parte de los menores de edad, con respecto al derecho que tienen de acudir ante éste órgano jurisdiccional con el objeto de solicitar la licencia para que puedan contraer matrimonio, sin embargo, al realizar las entrevistas respectivas, las opiniones de los jueces, que sí han tramitado algunos incidentes de dispensa judicial, concluyen que la oposición que han manifestado los padres de los menores, siempre ha sido justificada, y que en ningún caso, se ha tramitado un incidente de dispensa judicial, cuando la menor ha concebido o existe una relación maridable entre menores.

Es importante agregar que los incidentes de dispensa judicial que se han tramitado en los juzgados consultados, han sido muy pocos, y que en los incidentes tramitados, no ha sido posible otorgar la licencia respectiva para que los menores puedan contraer matrimonio, en virtud de los resultados obtenidos a través de los estudios socio económicos realizados.

Como se podrá observar en los diagramas del trabajo de campo realizado, en nuestra realidad social, especialmente en los barrios y zonas populares, existe un porcentaje de la población que contrae matrimonio antes de los 18 años, según opinión de expertos, esto se debe en muchas ocasiones por presiones familiares y porque los menores de edad, empiezan a tener relaciones sexuales con su pareja, sin ninguna responsabilidad, y como consecuencia de dicha conducta, en variadas ocasiones, la mujer adolescente queda en estado de gravidez, obligando con esto a la pareja a formalizar su relación, en la mayoría de las veces sin contraer matrimonio; pero ¿cuáles son las causas por las que las parejas no contraen matrimonio?. La respuesta más común es: falta de recursos económicos, no obstante, hay que señalar que existe un porcentaje de esta población joven, que a pesar de contar con los recursos económicos suficientes, no contraen matrimonio, debido a que no obtienen la aprobación de

sus padres y por consiguiente no tienen la autorización necesaria, y siendo que para contraer matrimonio es necesario contar con dicha autorización, optan por no hacerlo, destruyendo en muchas ocasiones la familia que estaba por comenzar a vivir una relación de hecho.

Cabe mencionar que aunque la ley le da solución a este problema, refiriéndonos a la negativa de los padres, estableciendo que los menores de edad pueden acudir ante un juez de primera instancia, para que otorgue dicha autorización, esta solución para los menores de edad no parece ser muy viable, porque en variadas ocasiones, los adolescentes ignoran ese procedimiento o porque les resulta oneroso y engorroso.

Ante tal problemática y con el fin de aportar elementos que la solucionen, atendiendo a la realidad nacional, considero que es necesaria la autorización de los padres para que los menores señalados puedan contraer matrimonio, pues de no existir dicha normativa, los menores de edad, que aun no hayan alcanzado la madurez mental necesaria, especialmente la mujer, pueden ser víctimas de engaños con el fin de convencerlas de contraer matrimonio; sin embargo paralelamente a dicha autorización también considero que tal como lo señalan los profesionales del derecho, deben existir algunas excepciones, como en el caso concreto, señalado anteriormente, en donde se debe otorgar a los menores de edad la capacidad para contraer matrimonio, sin ningún requisito más que su voluntad manifiesta; por supuesto siempre con la supervisión de sus padres, representantes o tutores, quienes velarán que los menores no sean víctimas de amenazas o engaños.

Por las razones expuestas, considero que es necesario reformar el Código Civil, en el sentido de otorgar a los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer,

capacidad plena para contraer matrimonio en casos especiales y bajo la supervisión de sus padres, tutores, y del Estado.

CONCLUSIONES

1. La familia es la base de la sociedad y del Estado; ejerce influencia sobre la persona, se proyecta en la escuela y la sociedad; es en el seno familiar, en donde el ser humano encuentra la satisfacción de sus variadas aspiraciones de cariño, afecto y protección material y espiritual. La familia es, por así decirlo, la fuente de todas las relaciones humanas, y constituye con la nación organizada en Estado, la más importante forma social; es en suma el elemento básico de la sociedad
2. La necesidad de que las personas alcancen cierto desarrollo moral, intelectual y físico para ejercitar consciente y racionalmente sus derechos, hace que el ordenamiento jurídico exija una cierta edad para otorgar la capacidad de obrar; según las distintas concepciones sociales se ha exigido un límite de edad distinto; en las legislaciones antiguas se fijaba ese límite por el desenvolvimiento físico determinado, bien por la pubertad, bien por la aptitud para llevar las armas; el derecho moderno se fija, por el contrario, en el desarrollo mental.
3. La aptitud para contraer matrimonio, otorgada a los menores de edad, no es en realidad una capacidad, ya que deben contar con autorización de quien ejerza la patria potestad, la tutela o en su caso, la de juez competente, lo que es contrario a la capacidad relativa, pues para que ésta exista, el menor de edad debe realizar los actos por si mismo, sin intervención de sus padres, tutores o representantes, lo que no se da en el caso de contraer matrimonio.
4. Los incidentes de dispensa judicial, se han tramitado en un porcentaje muy bajo, por desconocimiento de los derechos civiles, por parte de los menores de edad, que no saben, que a falta de autorización de las personas que ejercen sobre ellos, la patria potestad o la

tutela, pueden acudir ante el Juez de Primera Instancia de Familia de su domicilio, en la vía de los incidentes, para que éste en base a las pruebas aportadas por los menores autorice la realización del matrimonio.

5. La falta de autorización de los padres, tutores, o el juez competente en su caso, para que los menores de edad, el hombre mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, puedan contraer matrimonio, provoca un aumento en el índice de madres solteras, debido a que éstas al no obtener tal autorización, toman la decisión de convivir maridablemente de hecho, y al no existir un vínculo jurídico que les una, consideran que no existe mayor responsabilidad de su parte, y al transcurrir cierto tiempo deciden dar por finalizada la convivencia maridable que habían sostenido.

RECOMENDACIONES

1. Las entidades que tienen iniciativa de ley, deben, con base a estudios, análisis y resultados, formular proyectos de ley para reformar el Código Civil, en el sentido de otorgar a los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer, capacidad para contraer matrimonio, sin que necesiten la autorización de sus padres, en casos especiales y bajo la supervisión de sus padres, tutores, y del Estado.
2. El Ministerio de Educación, junto con las instituciones del Estado encargadas de velar por los derechos de los menores, deben de adecuar los programas de estudio, del nivel primario, incluyendo en el mismo una orientación básica, sobre los derechos civiles que los menores de edad tienen, para que desde una temprana edad tengan conocimiento de los mismos.
3. Que a nivel secundario y diversificado el Ministerio de Educación, implemente un curso específico sobre los derechos de la niñez y la juventud, con el objeto de que los menores de edad, tengan conocimiento a donde deben de acudir, al momento de encontrarse en una situación que requiera la intervención de autoridades judiciales o profesionales del derecho.
4. La Universidad de San Carlos de Guatemala, haciendo uso del derecho de iniciativa de ley que le confiere la Constitución Política de la República de Guatemala, debe de promover una reforma a los Artículos del Código Civil y del Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se autorice a los menores de edad pero mayores de 16 años el varón y de

14 la mujer, para que en casos especiales puedan contraer matrimonio, sin necesidad de que exista autorización de los padres, tutores o de juez competente.

5. Que la Corte Suprema de Justicia, por medio de la dependencia correspondiente, realice una campaña de información e instrucción, en los centros educativos del nivel secundario y diversificado del país, a efecto de divulgar los derechos civiles de los menores, con el propósito de que éstos puedan tener un conocimiento más amplio y veraz sobre los derechos que como menores les asisten de conformidad con las leyes vigentes.

ANEXO

Análisis e interpretación del trabajo de campo

Diagrama 1

¿Contrajo usted matrimonio antes de los 18 años?

Respuestas	Cantidad
Si	82%
No	12%
Total	25
Un 82% dijo que si y un 18% dijo que no.	

Diagrama 2

¿Necesitó autorización para contraer matrimonio?

Respuestas	Cantidad
Si	82%
No	12%
Total	25
Un 82% dijo que si y un 18% dijo que no.	

Diagrama 3

¿Cree que es necesaria la autorización de los padres o autorización judicial para que los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer, puedan contraer matrimonio?

	Respuestas	cantidad
Opinión de pobladores	Sí	60%
	No	24%
	No saben	16%
Según profesionales del derecho	Sí, pero con algunas excepciones	88%
	No	12%
	Total	25
En la población un 60% dijo que sí, un 24% dijo que no y un 16% dijo que no saben.	Según profesionales del derecho, un 88% dijo que sí y un 12% dijo que no.	

Diagrama 4

¿Cree que es conveniente otorgarles capacidad a los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer para contraer matrimonio?

	Respuestas	cantidad
Opinión de pobladores	Sí	32%
	No	56%
	No saben	12%
Según profesionales del derecho	Sí, pero con algunas excepciones	88%
	No	12%
	Total	25
En la población un 32% dijo que sí, un 56% dijo que no y un 12% dijo que no saben.	Según profesionales del derecho, un 88% dijo que sí y un 12% dijo que no.	

Diagrama 5

¿Cree que el Código Civil le otorga capacidad para contraer matrimonio a los menores de edad, pero mayor de 16 años el varón y 14 la mujer?

	Respuestas	cantidad
Opinión de pobladores	Sí	28%
	No	34%
	No saben	38%
Según profesionales del derecho	Sí	18%
	No	82%
	Total	25
En la población un 28% dijo que sí, un 34% dijo que no y un 38% dijo que no saben.	Según profesionales del derecho, un 18% dijo que sí y un 82% dijo que no.	

Diagrama 6

¿Qué efectos puede tener si se le otorga capacidad para contraer matrimonio a los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer?

	Respuestas	cantidad
Opinión de pobladores	Pueden equivocarse al tomar una mala decisión	52%
	Pueden actuar libremente y ser responsables	18%
	No saben	30%
Según profesionales del derecho	Pueden equivocarse al tomar una mala decisión	38%
	Pueden actuar libremente y ser responsables	62%
	Total	25
En la población un 52% dijo que pueden equivocarse al tomar una mala decisión, un 18% dijo que pueden actuar libremente y ser responsables, y un 30% dijo que no saben.	Según profesionales del derecho, un 38% dijo que pueden equivocarse al tomar una mala decisión, y un 62% dijo que pueden actuar libremente y ser responsables.	

Diagrama 7

¿Cree que es necesario reformar el Código Civil con respecto a la autorización que se le debe otorgar a los menores de edad, pero mayores de 16 años el varón y 14 la mujer, para contraer matrimonio?

	Respuestas	cantidad
Opinión de pobladores	Sí	28%
	No	34%
	No saben	38%
Según profesionales del derecho	Sí	78%
	No	22%
	Total	25
En la población un 28% dijo que sí, un 34% dijo que no y un 38% dijo que no saben.	Según profesionales del derecho, un 78% dijo que sí y un 22% dijo que no.	

BIBLIOGRAFÍA

- ALBUREZ ESCOBAR, Cesar Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca.** Guatemala, Ed. Tipografía Nacional. 1964. Págs. 19, 21, 24, 73, 91, 116 y 118.
- BARRETO MOLINA, Roberto. **Falta de regulación legal sustantiva de la guarda y cuidado de menores en la legislación guatemalteca.** Guatemala, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1984. Págs. 2 y 3.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa, **Lecciones de derecho civil.** Tomo I. Guatemala, Ed. Académica Centroamérica. 1982. Págs. 16, 17, 19, 44, 48, 96, 97 y 99.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil"** 1ª. y 2ª. Parte, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix 1985. Págs. 4, 24, 25, 28, 30 y 133.
- CABANELLAS, Guillermo **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., (s.f.). Pág. 344.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español.** Tomo I, Instituto Editorial Reus. Madrid. Pág. 58.
- CRUZ, Fernando. **Instituciones de derecho civil patrio.** Guatemala: Ed. Tipografía el Progreso. 1982. Pág. 68.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, **Manual de Derecho civil Español.** Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1959. Págs. 35, 241 y 248.
- GRAZIOSO BONETTO, Aldo Fabrizio Enrique. **Las fundaciones. Su deficiente regulación en Guatemala.** Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Guatemala: (s.e.), 1994. Pág. 6.
- MORALES ACEÑA DE SIERRA, María Eugenia. **Derecho de familia -Análisis de la Ley de Tribunales de Familia, comentarios sobre la necesidad de introducir reformas a la misma-** Guatemala, Ed. Universidad Rafael Landívar- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Noviembre de 1976. Págs. 1, 10, 24 y 25.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Tomo V, 3ª. Ed. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid 1976. Págs. 37 y 120.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho civil mexicano**. Vol. I. Derecho de familia. México, Ed. Porrúa. 1978. Pág. 83.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986

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

Ley de Tribunales de Familia, jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 1964

Código Procesal Civil y Mercantil, jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963

Código Civil, jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963

Código Civil Español, España, Parlamento Español, 1971