

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

**CAUSAS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS RESPECTO A LA GUARDA  
Y CUSTODIA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS CONSECUENCIAS**



**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los Titulos de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, agosto de 2008

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

DECANO	Lic.	Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic.	César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic.	Dimas Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br.	José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V	Br.	Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente	Lic.	Elder Ulises Gómez
Vocal	Lic.	Juan Carlos Godínez
Secretario	Lic.	Roberto Echeverría Vallejo

**Segunda Fase:**

Presidente	Lic.	Elder Ulises Gómez
Vocal	Lic.	Byron Castañeda Galindo
Secretario	Lic.	Juan Carlos Godínez

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

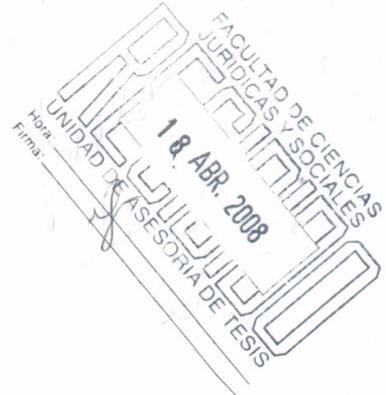
Lic. Erwin Rolando Rueda Masaya  
Abogado y Notario



Guatemala, 18 de abril del año 2,008.

Señor:

**Lic. Marco Tulio Castillo Lutin**  
**Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis**  
**de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
Ciudad.



Licenciado Castillo Lutin:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de providencia de esa jefatura, de fecha veinticuatro de julio de dos mil siete, he asistido con carácter de Asesor o Consejero de Tesis a la Bachiller **LISSETH BEATRIZ MOLINA PINEDA**, en la elaboración del trabajo titulado:

**"CAUSAS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS RESPECTO A  
LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS  
CONSECUENCIAS"**

Al finalizarse la elaboración del mismo, atentamente le informo:

a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría, durante su elaboración le hice a la autora recomendaciones y sugerencias con respecto a la bibliografía que debió ser consultada en la materia, así como sobre el cumplimiento de los requisitos, que exige el reglamento respectivo, para trabajos de tesis.

---

Bufete: Avenida Reforma 12-01 zona 10 "Edificio Reforma Montufar"  
Suit 1502  
Teléfono: 58618528  
erwinrueda@gmail.com

*Lic. Lic. Erwin Rolando Rueda Masaya*  
*Abogado y Notario*



b) En la elaboración del indicado trabajo, la autora siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.

c) El trabajo de tesis, consta de cinco capítulos, los cuales en su orden tratan los siguientes temas: El derecho civil y el derecho de familia; la anulabilidad del matrimonio y el divorcio; teorías relativas a la patria potestad, la guarda y custodia; la naturaleza jurídica respecto a la guarda y custodia con respecto a la patria potestad; la familia y el derecho de familia; así como se finalizó el trabajo con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

d) Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para seguir con el trámite correspondiente para su revisión.**

Atentamente,

*Erwin Rolando Rueda Masaya*  
**Lic. Erwin Rolando Rueda Masaya**  
Asesor de Tesjs  
Colegiado: 4639



**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS MANUEL CASTRO MONROY, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LISSETH BEATRIZ MOLINA PINEDA, Intitulado: "CAUSAS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS RESPECTO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS CONSECUENCIAS".

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 TULIO CASTILLO LUTIN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/sllh

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
Abogado y Notario



Guatemala, 28 de abril del año 2008.

Licenciado:

**Marco Tulio Castillo Lutin**  
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis  
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Ciudad.

Licenciado Castillo Lutin:

Tengo el grato honor de informarle a usted, que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia correspondiente, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller **LISSETH BEATRIZ MOLINA PINEDA**, titulado:

**“CAUSAS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS RESPECTO A  
LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS  
CONSECUENCIAS”**

El orden que sigue en el desarrollo del mismo y la bibliografía que se ha consultado son adecuados y las conclusiones tienen congruencia con el contenido de la tesis.

Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas, la redacción, las colusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para el Examen Público de Graduación Profesional de su autora.**

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano con las más altas muestras de consideración y estima.

  
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
Abogado y Notario  
Revisor de Tesis  
Colegiado 3051  
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
ABOGADO Y NOTARIO

**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de julio del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LISSEITH BEATRIZ MOLINA PINEDA, Titulado "CAUSAS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS RESPECTO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS CONSECUENCIAS" Artículos 31, 33 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

CMCM/slth



## DEDICATORIA

A: Dios todo poderoso que me ha dado la fortaleza para salir adelante



## ÍNDICE

### CAPÍTULO I

	Pág.
Introducción.....	1
1 El derecho civil y el derecho de familia.....	1
1.1 Antecedentes históricos.....	1
1.1.1 Derecho civil.....	1
1.1.2 Denominaciones del derecho civil.....	2
1.1.3 En la edad media.....	2
1.1.4 En la edad moderna.....	2
1.1.5 El derecho romano.....	2
1.2 Características del derecho civil.....	4
1.3 Definición.....	4
1.4 Derecho de familia.....	6
1.4.1 Antecedentes.....	6
1.4.2 Definición.....	6
1.4.3 Contenido del derecho de familia.....	7
1.4.4 Ubicación de la familia en el sistema jurídico.....	8
1.4.5 División del derecho de familia.....	9
1.4.6 Características del derecho familiar.....	10
1.4.6.1 El contenido ético.....	10
1.4.6.2 Las tranpersonalísimas.....	10
1.4.6.3 El derecho y el deber.....	10
1.4.6.4 Su duración.....	10
1.4.6.5 La teoría de Cicu con respecto al derecho de familia..	11
1.4.6.6 Constitución de los grupos familiares.....	11
1.5 El matrimonio y la familia.....	12



1.5.2 Evolución histórica.....	12
1.5.2 El matrimonio.....	14
1.5.3 Etimología de la palabra matrimonio.....	14
1.5.4 Definición de matrimonio y sus características.....	16
1.5.5 Naturaleza jurídica del matrimonio.....	18
1.5.6 Principio constitucional.....	19
1.5.7 La importancia del matrimonio.....	19
1.5.8 Requisitos legales del matrimonio.....	20
1.5.9 Deberes y derechos que nacen después del matrimonio.....	21
1.5.10 La comunicación en el hogar.....	22
1.5.11 Como llegar a tener una relación efectiva en el hogar con el cónyuge.....	28
1.5.12 El lenguaje de amor para con el otro cónyuges.....	25
1.5.13 Sexo en el matrimonio.....	25
1.5.14 Propósitos del sexo en el matrimonio.....	27
1.5.15 Efectos que surgen del matrimonio.....	28
1.5.16 Deberes y derechos que nacen del matrimonio.....	28
1.5.17 Pactos que otorgan los contrayentes con el objeto de regular las capitulaciones matrimoniales.....	29
1.5.18 Obligaciones de las capitulaciones.....	29

## CAPÍTULO II

	Pág.
2 La anulabilidad del matrimonio y el divorcio.....	31
2.1 Efectos de la anulabilidad del matrimonio.....	31
2.2 La insubsistencia y nulidad del matrimonio.....	32
2.3 Anulabilidad del matrimonio.....	32
2.4 Separación de los cónyuges.....	33



**Pág.**

2.4.1 Definición.....	33
2.4.2 Separación y divorcio.....	34
2.4.3 Causas de la separación o el divorcio.....	34
2.4.4 Tiempo en que se puede solicitar la separación o el divorcio por causa determinada.....	36
2.4.5 Efectos de la separación y del divorcio.....	37
2.4.6 Efectos propios de la separación.....	37
2.4.7 Efectos propios del divorcio.....	37
2.4.8 Protección a la mujer y a los hijos.....	37

### CAPÍTULO III

**Pág.**

3. Teorías relativas a la patria potestad, la guarda y custodia.....	39
3.1 Definición.....	39
3.2 modalidades.....	40
3.3 Interés del menor.....	41
3.4 La edad del menor.....	44
3.5 Sexo del hijo y de los padres.....	46
3.6 Tiempo y convivencia.....	47
3.7 Estabilidad del niño.....	49
3.8 Mutuo acuerdo de los padres.....	50
3.9 Mediación.....	52
3.10 Con respecto a la judicialidad.....	52



## CAPÍTULO IV

	Pág.
4. La naturaleza jurídica respecto a la guarda y custodia con respecto a la patria potestad.....	55
4.1 Definición de patria potestad.....	57
4.2 Características de la patria potestad con respecto a los alimentos.....	57
4.3 Personas obligadas a prestar alimentos.....	58
4.5 Derechos para los alimentistas.....	59
4.6 Titularidad de la patria potestad.....	61
4.7 Madres solteras o separadas.....	62
4.8 Modificaciones que pueden surgir por la patria potestad.....	68
4.8.1 Extinción de la patria potestad.....	68
4.8.2 Pérdida de la patria potestad.....	68
4.8.3 Privación de la patria potestad.....	69
4.8.4 Limitación de la patria potestad.....	69
4.8.5 La suspensión de la patria potestad.....	69
4.9 La guarda.....	74
4.10 Las facultades que se comprenden en cuanto a la guarda del menor.....	76
4.11 El ejercicio de la guarda.....	79
4.12 Medidas sobre guarda en caso de divorcio o separación.....	79
4.13 Revisión y modificación de la guarda.....	81
4.14 Competencia jurisdiccional respecto a la guarda.....	82
4.15 Representación y administración con relación a los bienes.....	82
4.16 Quienes pueden ejercer la representación y administración.....	83
4.17 Extensión del poder y representación.....	86



## CAPÍTULO V

	<b>Pág.</b>
5. La familia y el derecho de familia.....	89
5.1 La familia.....	89
5.2 Sexualidad humana.....	91
5.3 En el lenguaje sexual.....	92
5.4 El matrimonio.....	93
5.5 Efectos personales del matrimonio.....	94
5.6 Anulación del matrimonio.....	96
5.7 El hijo el don por excelencia.....	100
5.8 La familia y la sociedad.....	104
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

## INTRODUCCION

La presente investigación se justifica en el sentido que en el ámbito jurídico nacional, tiene una gran importancia el derecho administrativo, así como la incidencia en todos los ámbitos de la realidad nacional, que a pesar de las privatizaciones y del grado de intervención que el Estado tiene en todas las actividades públicas y privadas, no implica que reste la importancia que realmente tiene esta rama del derecho.

Siendo la función administrativa en esencia el que hacer de la administración pública que implican los pasos que la buena administración debe desarrollar para el cumplimiento de su finalidad, en cualquiera de sus ejercicios, actos administrativos, contratos administrativos, procedimientos administrativos, etc., como contraparte existe el legítimo derecho de defenderse de los actos y resoluciones de la administración pública que debe de prevalecer como principio general del procedimiento administrativo, aplicando para tal efecto el principio de juricidad, podemos entender que cabe mencionar a la defensa como principio del derecho administrativo, especialmente del procedimiento administrativo.

La presente investigación trata de lo relativo a determinar la obligatoriedad que los órganos de la administración pública, deben aplicar los principios generales del derecho en las resoluciones o actos administrativos, ya que estos principios son parte del ordenamiento jurídico y como base del derecho vigente y positivo.

Inicia con el capítulo uno, que expone lo relativo a la importancia del derecho administrativo, sus antecedentes históricos y el objeto de su estudio.

En el capítulo dos, se contempla lo relativo a los actos administrativos, su evolución, características y sus elementos.

En el tercer capítulo se desarrolla lo concerniente a la validez y eficacia de los actos administrativos, su ejecutoriedad y firmeza, las teorías de la inexistencia del acto administrativo y la teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos.

En el capítulo cuatro, se desarrolla lo relativo a la teoría de los vicios que invalidan el acto administrativo, como los vicios por inconstitucionalidad, por violación a los principios generales del derecho, por violación a la legalidad formal, por violación de los elementos externos de los actos administrativos, por voluntad del sujeto activo, incompetencia por razón de la materia y por desconocimiento del debido procedimiento.

Por último el capítulo cinco, desarrolla la aplicación de los principios para que el acto administrativo tenga legitimidad, el cumplimiento y aplicación de los principios en el trámite del procedimiento y en el acto o resolución administrativa.

En el presente trabajo se utilizó el método analítico, deductivo e inductivo, para la comprobación de la hipótesis, y para que en el futuro se tenga conocimiento del procedimiento específico para la aplicación de los principios generales del derecho, tomando en cuenta aspectos doctrinarios y principalmente legislativos.

El Autor.

## **CAPÍTULO I**

### **1 El derecho civil y el derecho de familia**

#### **1.1 Antecedentes históricos**

Al hacer un análisis del presente tema es necesario hacer un pequeño esbozo de lo que considera la doctrina, tanto del derecho civil como del derecho de familia para tener una visión general de la materia que estamos tratando.

##### **1.1.1 Derecho civil**

Cuando se hace una investigación como la presente, es necesario hacer un análisis del área que estamos estudiando, consecuentemente, trataremos en el presente capítulo de analizar el derecho civil en todas sus dimensiones, para completar la investigación.

El derecho civil es sinónimo del derecho privado, la cual es una rama muy importante del derecho civil, en strictu sensu el cual constituye la parte fundamental del derecho privado que comprende las normas relativas al Estado y capacidad de las personas, la familia, el patrimonio, las obligaciones contratos y la transmisión de bienes regulando las relaciones privadas de los individuos. Por ello la terminología derecho, es la expresión genérica civil, la específica la cual sintetiza el contenido de esa disciplina de donde nace el origen histórico del mismo. Constituye el derecho civil la ciencia del derecho que tiene sus orígenes antes de la era de Cristo, constituyéndose en una de las ramas del derecho más antiguas.

### 1.1.2 Denominaciones del derecho civil

Viene del derecho romano *ius civile* la aceptación de este, Justiniano lo caracterizó como el derecho de la ciudad, o derecho común a todos los pueblos en relación a Roma. Por lo tanto el derecho civil pierde su importancia práctica en la era cristiana, al promulgar la ciudadanía a todos los habitantes del imperio.

### 1.1.3 En la edad media

El *ius civile* significaba el derecho de pueblos si no que iba mas allá, el derecho romano tuvo mucha influencia, y llegaría a ser el derecho común de cada pueblo.

### 1.1.4 En la edad moderna

Se le conoce como el derecho civil que ahora conocemos y que deja de comprender lo público y lo privado, en un sentido unitario separándose paulatinamente en gradación histórica no determinada con las normas que en fechas más o menos recientes constituyeron el derecho público, hasta que llega a quedar el derecho civil como el derecho esencialmente privado, al iniciar la corriente codificadora, en cierta forma la total declinación del derecho romano, ante los desarrollados avances de cada nación.

### 1.1.5 El derecho romano

Es parte integrante de un Estado poderoso y recibe de la legislación, los hábitos y la manera de ser, después del sistema de las ciudades romanas las cuales fueron fomentadas por Cesar Augusto y mas tarde por Caracalla de romanizar el imperio demostrando como así podían romanizar en su totalidad vemos así como la importancia de este elemento dice Riaza el derecho romano fue resaltado para la población hispano romano hasta el siglo VII, Sánchez Román el fuero juzgo es

el elemento germano que busca el derecho romano fundamento en instituciones desconocidas, como los testamentos y aunque la familia estaba reglamentada de un modo deficiente.

El Código Civil establece las publicaciones del derecho romano y su contenido estricto, que a continuación se describen:

- a) Los llamados derecho de la personalidad o derecho a la integridad corporal a la libertad y al honor
- b) El derecho de familia
- c) El llamado derecho corporativo el cual esta integrado por las relaciones sociales de los seres humanos
- d) Los derechos sobre bienes inmateriales
- e) Los derechos reales
- f) El derecho de obligaciones
- g) El derecho de sucesiones.

Estas instituciones del derecho civil desenvuelven de manera eficaz el derecho civil en la actualidad y en el momento histórico en el cual se puede reducir en la familia, la propiedad, los contratos y la sucesión mortis causa. Podremos concluir diciendo que las materias del derecho civil son el derecho de la personalidad, la que comprende a las personas naturales y jurídicas, el derecho de la familia, la cual establece las relaciones entre las personas y el patrimonio, el patrimonio propiamente dicho, los derechos reales, derecho de obligaciones y lo relativo a la sucesión hereditaria.

## 1.2 Características del derecho civil

Las características más importantes del derecho civil son:

- a) Que es un derecho de las personas
- b) Derecho de las cosas
- c) Derecho de las obligaciones
- d) Derecho de la familia
- e) Derecho de sucesiones

Entonces diremos que el derecho civil comprende las reglas relativas a la estructura orgánica y al poder de las personas privadas, industriales, jurídicas, físicas, morales, así como también la organización de la familia.

## 1.3 Definición

La noción genérica de familia, en el difícil propósito de una fórmula que abarque la amplitud de sus significados y matices, debe limitarse a expresarse como un núcleo reducido, basado en efecto en necesidades primarias, que convive o ha convivido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad. La familia es la célula biológica y social de la humanidad desde siempre y para siempre, es tratamiento metódico, por la variedad de los aspectos que imponen especialmente que desarrolla al ser humano.

El hombre, aisladamente considerado, es un ser perfecto, completo cuando mira a Dios, puesto que integra una unidad total capaz de dirigirse a si mismo y encaminar sus pasos en aras del más allá; en cambio, mira a la naturaleza precisa de sus semejantes para dar satisfacción a sus necesidades y deseos, toda vez que por si solo no puede perpetuar la especie y durante los primeros años de su vida no puede atender la subsistencia. Su perfección, en este aspecto no puede

alcanzarla buscando un complemento cualquiera, de alcance mediato y transitorio, ni acudiendo al organismo político, sin espíritu ni cálido aliento, que precisa de un órgano natural como lo es la familia la institución peregrina a través de los siglos en una marca incesante de continuada pujanza y que subsiste por imperativo necesario de la naturaleza misma del ser humano como tal, la que sociológicamente es la base de la sociedad.

Es necesaria la construcción de una definición adecuada del derecho civil, se dice que es el conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia y que existen entre los individuos de una sociedad para la protección de sus intereses particulares y las relaciones sociales.

Clemente de Diego, mencionado por el Autor Alfonso Brañas, define el derecho civil como “el conjunto de normas reguladoras de relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como sujeto de derechos, y para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social”.<sup>1</sup>

Pero también puede ser definido como el derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad, como lo analizan los romanos el derecho de gentes.

Se puede justificar y aclararse en los siguientes términos. Se dice que el derecho civil es el derecho privado que la distinción entre el derecho público y el derecho privado no sea una antítesis irreductible y haya sufrido quiebras, y aunque dentro del derecho civil se estudien instituciones que no pertenecen totalmente al derecho privado, este sigue siendo un concepto que si no

---

<sup>1</sup> Brañas Alfonso, Derecho Civil, Guatemala, 1980, Pág. 6.

rigurosamente, al menos en un grado de aproximación muy elevado, como no existe otro, sirve para explicar la esencia, del derecho civil.

Así mismo el derecho civil puede considerarse como una rama de la legislación o como una rama de la ciencia del derecho. En el primer sentido es el conjunto normas referentes a las relaciones entre las personas en el campo estrictamente particular; y el segundo es el que estudia las instituciones civiles desde los puntos de vista filosóficos, legal e históricos

#### 1.4 Derecho de familia

##### 1.4.1 Antecedentes

En el siglo XX en diversas constituciones en las cuales se pronunciaban los principios que han de informar y delimitar la estructura jurídica de la familia, como de las otras instituciones del derecho privado, para garantizar la subsistencia familiar.

En Guatemala desde las constituciones de 1945, 1956, 1965, ha regulado a la familia y actualmente se encuentra regulado en la constitución de 1985 en el capítulo II sección primera, en donde establece que el Estado protege todos los derechos sociales, familia, la unión de hecho, matrimonio, igualdad de los hijos, protección a menores y ancianos, maternidad, minusválidos, y la adopción.

##### 1.4.2 Definición

El derecho de familia comprende el campo sociológico dentro de la complejidad que encierra esta materia, se determina a través de la historia el matriarcado como lo es la filiación por grupos que permiten su importancia.

#### 1.4.3 Contenido del derecho de familia

Encontramos las facetas de la vida humana en sus diversos aspectos como lo son la unión de hecho esta se da con la finalidad de derecho a la formación del matrimonio, la unión extramatrimonial que es con el fin de permanencia que sus efectos son la filiación como resultado matrimonial o no matrimonial, y el vínculo de adopción, por último las cuestiones económicas que es una estructura jurídica mediante los hechos familiares, que constituyen la paternidad y las relaciones patrimoniales conyugales que nacen del núcleo familiar para garantizar un bienestar como ya lo decíamos económico para los hijos y los cónyuges o el derecho familiar adquirido.

Se llega a conocer la filiación patriarcal que predominaron los cinco libros de Moisés en donde se reconocía el patriarca de la familia como lo antiguo que a existido, y con las obras del derecho moderno es que nace el inicio o el avance de los nuevos estudios que vienen a unir el desarrollo de la familia debido a la secuencia lógica de la historia que ha venido evolucionando a través del tiempo, en ambos casos surgen las relaciones que provocan el nacimiento del vínculo colectivo e indivisible característica de la familia en sentido propio, sino que da lugar a los vínculos indivisibles y personales entre padres e hijos, y por regla general ocurre hacia otras personas como lo es el matrimonio que dan un efecto pleno del vínculo familiar, que en relación a todo un grupo de personas, los parientes, de cada cónyuge con el otro y los que desciendan del matrimonio por consanguinidad y afinidad, se puede hablar de la familia en un sentido doble como lo son. En sentido objetivo, se entiende que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas y de disciplinas.

En sentido subjetivo, el derecho de familia son todas aquellas facultades y poderes que nacen de relaciones dentro de un grupo familiar, las cuales

mantiene cada uno de los miembros que conforma el núcleo familiar, entre cónyuges, padres e hijos, etc.

En otras palabras, en la materia correspondiente a las personas, que comprende lo que se llama derecho de familia y que lo forman entre otras el matrimonio, la patria potestad y la tutela, todo ello constituye la parte de mayor interés por la trascendental importancia de esas instituciones en el proceso moral y orgánico de las sociedades, la palabra familia por su extensión abarca varios significados respecto a las individualidades que en ella figuran, la familia es el conjunto de personas que están ligadas ya sea por lasos de parentesco, como ya lo mencionamos anteriormente en sentido estricto, expresa la parentela de mayor proximidad, esto es el grupo social que está integrado por el padre, madre y los hijos que estos procreen, la familia desde la antigüedad se a considerado como el grupo de personas muy importantes para la construcción de una sociedad donde se desenvuelven y se desarrolla como un núcleo social, que desempeña una labor múltiple en la orientación de la comunidad. Como institución tiene una gran importancia para el Estado la organización política, hasta el punto de haberse considerado muchas veces que la familia era el fundamento mismo del Estado, como un núcleo político embrionario por eso se dice que la sociedad es la expresión de la orientación recibida por la familia.

#### 1.4.4 Ubicación de la familia en el sistema jurídico

Como ubicamos la familia dentro del ámbito jurídico, y en el derecho moderno, ha recibido preferencial trato en las diversas constituciones de los diversos países y en las instituciones de carácter internacional que han sido creados por acuerdo a nivel mundial, en la Constitución de la República de Guatemala encontramos, en el capítulo II, derechos sociales, sección primera. La familia, en el Artículo número 47 el cual preceptúa. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Y la cual promoverá su organización sobre la base legal del

matrimonio, la igualdad de los derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número de hijos. En los Artículos 48 al 56 se hace referencia a la unión de hecho, al matrimonio, igualdad de los hijos, protección a menores y ancianos, maternidad adopción, alimentos y la desintegración de la familia, la constitución protege a la familia la ubica dentro del derecho civil y consiguientemente en el derecho privado, y por lo cual se podrá ubicar dentro del derecho social y también en la familia dentro de las demás leyes existentes.

#### 1.4.5 División del derecho de familia

De acuerdo al derecho de familia, en la ley y la doctrina lo encontramos dividido de la siguiente manera:

- a) El matrimonio este abarca todo lo concerniente a la celebración del matrimonio.
- b) A la separación de los cónyuges y todo lo referente al patrimonio de los cónyuges.
- c) La filiación, encontramos las relaciones que existen entre los padres y los hijos.
- d) Instituciones de los menores de edad y de los incapaces, esta institución está relacionada con el parentesco que existe entre los familiares.
- e) Paterno el vínculo que existe entre los hijos y los padres.
- f) Parentales son las relaciones que nace del parentesco, afinidad, consanguinidad.

#### 1.4.6 Características del derecho familiar.

En la doctrina encontramos una serie de características que a nuestro criterio son las más importantes las que a continuación se desarrollan.

##### 1.4.6.1 El contenido ético

Da un breve resumen de lo que es el hecho familiar con respecto a la especie humana, que van con principios como lo son la moral, la religión, la costumbre, o lo social.

##### 1.4.6.2 Las transpersonalísimas

Son funciones individuales que ejerce o no el titular de una relación familiar el interés superior de las necesidades de la totalidad y no personales, el cual exige del Estado protección familiar.

##### 1.4.6.3 El derecho y el deber

El derecho de familia se caracteriza por que existen derechos y obligaciones, que en ningún momento los derechos se conceden para el cumplimiento y el mejoramiento de los deberes que corresponde a su titular o en su caso a los miembros de la familia.

##### 1.4.6.4 Su duración

Los derechos y obligaciones de su titular son de por vida entre marido y mujer y de padres e hijos ya sea que la ley lo fije o de voluntad de las partes, y en caso

existiere una disolución o separación de las partes los hijos siempre queden protegidos.

#### 1.4.6.5 La teoría de Cicu con respecto al derecho de familia

Antonio Cicu, mencionado por Ruggiero defendió desde 1914 la afinidad referente al derecho de familia y al derecho público y la distinción del derecho civil, el autor antes mencionado particularizaba en la concepción del derecho privado como una regulación al derecho privado y la satisfacción del derecho particular e individual, en el cual se perseguían intereses particulares y distintos, y mientras que en derecho hay un único interés que las desigualdades entre ambas partes. Y lo mismo pasa en el derecho de familia en donde el interés es unitario y subordinado.

En el año de 1955 Cicu rectifica su postura entendiendo la estructura de la relación jurídica separada del derecho de familia del derecho privado, con la ausencia del concepto clave del derecho público, la soberanía le alejaba de todo ámbito, con lo que se extrañó al derecho de familia se le llamo el concepto de poder, con lo que diferencian a los individuos determinados, por lo que tenemos al pater familias sobre sus hijos, la limitada duración.<sup>2</sup>

#### 1.4.6.6 Constitución de los grupos familiares

El derecho familiar es de carácter imperativo con lo cual se rige la forma de su constitución el cual el Estado está obligado a proteger a las familia, pero para ello debe de conocer los grupos que se constituyen como tales para poder otorgarles su protección y cuidado, el poder acordado según el Artículo 47 de la Constitución Política de la República preceptúa lo siguiente. Protección a la familia el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia promoverá su

---

<sup>2</sup> Ruggiero Figuerere, El Derecho de Familia, traducción española, Buenos Aires, 1947, Pág. 78

organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

El Estado reconoce la institución matrimonial de las personas las cuales se encuentran en total libertad de hacerlo y es el legislador quien crea las normas que den certeza y seguridad jurídica a todos por igual y es en donde establece parámetros a favor de la familia, los menores de edad, la paternidad y la maternidad responsable.

La base del derecho de familia es el matrimonio, que se constituye como el pilar fundamental de la misma, por esa razón es necesario hacer un estudio de éste, para establecer su importancia.

## 1.5 El matrimonio y la familia

El matrimonio como uno de los pilares de la familia tiene singular importancia por lo que se hace necesario hacer un análisis histórico del mismo, para encontrar las raíces de esta institución.

### 1.5.1 Evolución histórica

El matrimonio es una institución social de gran importancia en la historia, el cual se basa en el núcleo social más primitivo, la familia en el desenvolvimiento de los siglos ha dado impulso a las sociedades a través de todos los tiempos.

La institución del matrimonio obedece a una necesidad del individuo que le impulsa a constituir un núcleo familiar el cual llega a ser el complemento de una naturaleza esencial del hombre y la mujer se comprometan para formar un lazo de perpetua convivencia y el bien común y de los hijos que procreen.

El matrimonio fomenta las buenas costumbres, los hábitos, de orden económico, de trabajo y todo lo que da un mayor realce a la vida privada como pública del individuo, por eso en las normas jurídicas siempre se le debiera dar el mayor realce a los menores que son los de mayor importancia y se les debe de dar al momento de la elaboración de una ley ya que en la relación conyugal es quien se ve más perjudicado y es el que sufre las mayores consecuencias.

Las formas y condiciones del matrimonio han variado a través de la historia no pudiendo menos resentirse la institución, de la rudeza de las costumbres antiguas debida al atraso intelectual y moral de muchos de los medios que han actuado a través de la historia, en algunos pueblos el acto matrimonial revistió la forma violenta pues el varón se apoderaba de la mujer sacándola por la fuerza del lado de sus padres para conducirla al nuevo hogar, esta costumbre todavía existe en algunas de las tribus arábicas como si se tratara de una cosa mueble, por mucho tiempo prevaleció en el mundo el procedimiento de que los padres de los contrayentes eran quienes enlazaban el consentimiento de los contrayentes.

Entre los antiguos egipcios regia la práctica de la prueba pre conyugal, la cual consistía en convivir juntos por el término de un año, en donde la pareja elegiría si se tomaba por matrimonio o no esto se basaba en costumbre.

En Guatemala la historia jurídica del matrimonio ha sido de trascendental importancia debido al cumplimiento de los mandatos constitucionales, y de acuerdo al progreso jurídico de las instituciones familiares como tales, han sido necesarias al ser introducidas dentro de la legislación las modificaciones necesarias de las cuales cabe destacar los preceptos como lo son la igualdad de derechos y obligaciones entre ambos cónyuges, la defensa de la madre casada frente a su cónyuge en el momento que exista una separación en la cual se debe garantizar la protección al más desprotegido de una relación conyugal que son los

hijos que se hayan procreado dentro y fuera del matrimonio en la cual debe de haber un fortalecimiento a la protección e inembargabilidad.

Referente a la igualdad de derechos y de obligaciones de ambos cónyuges fue reconocida desde el año de 1933 en el Código Civil. Y en las constituciones de la República de Guatemala la de 1945, 1956, en donde se consigno este principio fundamental que es el matrimonio y en la constitución de 1965 en la cual se declara que el Estado debe de promover y organizar la familia como la base jurídica de dicha institución, en la constitución actual del año 1985. Como la ley superior de mayor jerarquía que es dentro de un Estado de derecho. De la necesidad de legislar sobre la unión de hecho, como una situación social que no puede desconocerse, la desigualdad que existe entre los hijos puesto que la ley reconoce que todos tienen los mismos derechos, y en la cual también gozan del derecho de filiación sin ninguna discriminación.

### 1.5.2 El matrimonio

Al hacer el estudio de lo que significa el matrimonio es necesario estudiar la etimología de la palabra, para encontrar su verdadero significado.

### 1.5.3 Etimología de la palabra matrimonio

Proviene de la palabra maritus que significa marido, que la etimología de esta es genuinamente latina, de matrimonium, la cual se deriva a su vez de matri por matriz genitivo de mater, de madre y de manus cargo u oficio de madre.

Se toma este nombre y no el de patrimonio tomando en consideración que se prefería los derechos económicos en los que fundamentalmente se refería, en donde se afirma que el nombre de matrimonio era a la mujer a quien en realidad se le determinaba por el vínculo de parentesco si existía la filiación y se podía determinar, esto servía de beneficio a las comunidades primitivas, en donde se

daba la promiscuidad y no se podía determinar la filiación de los hijos. Según las doctrinas modernas y antiguas, encontramos cuatro etimologías posibles.

- a) De matrem muniens la defensa de la madre.
- b) De matrem momens, que proviene de las madres que no se apartan del marido.
- c) De matre nato cuando la mujer se hace madre del recién nacido.
- d) De motos y materia al ser dos carnes se unirían en una sola la cual formaban los cónyuges o matrimonio en una sola.

En las sociedades organizadas surge la necesidad de relacionarse como las demás personas y estas deben de ser de ambos sexos, a fin de que la descendencia sea controlada así como también el patrimonio, el sistema más organizado a través de la historia a sido el matrimonio el cual en todas sus épocas se a encargado del aseguramiento de la descendencia y a su vez controlar las relaciones sexuales descontroladas que se daban en los inicios de la evolución humana. El matrimonio en sus diferentes épocas de la historia se ha constituido como la principal base de la constitución de la familia.

Los sistemas que más han predominado es la revolución francesa los cuales se basaron en dos elementos, el primero era la consideración del matrimonio como un sacramento. Esta doctrina era promulgada por la Iglesia católica, con ello se ligaba el principio de indisolubilidad del matrimonio, en el segundo elemento era entender que el matrimonio era un contrato, esta doctrina parte de que los juristas que pertenecían al ius naturalismo racionalista, con base a la doctrina del consentimiento. El contrato legal era admitido como ley civil entre hombre y mujer para que vivieran juntos en matrimonio para que ambos buscaran una independencia, y la cual solo se puede disolver con el divorcio. Esta doctrina fue la

que dio el primer paso progresivo que consolidó al matrimonio en la evolución francesa.

La evolución del matrimonio en la legislación guatemalteca abarca también el matrimonio como una institución que tiene como origen el control de fomentar la procreación en la familia.

#### 1.5.4 Definición de matrimonio y sus características

Entre las instituciones del derecho civil encontramos el matrimonio como el eje fundamental del derecho de familia.

El matrimonio es una institución fundamental en el derecho de familia, en el derecho civil guatemalteco es un acto solemne por el cual se constituye la unidad de una vida entre un hombre y una mujer de forma legal con el ánimo de permanencia mutua,

Consecuentemente el matrimonio debe ser concebido como la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida en común.

Algunos autores también, definen al matrimonio como un contrato por el cual un hombre y una mujer establecen entre ellos una unión que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad.

El Diccionario de la real academia española nos define al matrimonio indicando que es la unión de un hombre y una mujer con arreglo a derecho.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Diccionario de la Real Academia española, Pág. 768.

Manuel Ossorio define el matrimonio como, “la unión de un hombre y una mujer concretada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales”.<sup>4</sup>

Federico Puig Peña en su definición indica que el matrimonio es “aquel contrato solemne celebrado ante las autoridades del Estado, por virtud del cual, el hombre y la mujer se unen para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos”.<sup>5</sup>

Otros autores lo definen como la unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una pre comunidad de vida. De él derivan las relaciones, derechos, funciones y potestades propiamente de familiares, fuera de el sólo por concesión de la ley.

El Artículo 78 del Código Civil preceptúa acerca del matrimonio que es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre si.

Los fines del matrimonio conforme a nuestra ley:

- a) Es una institución social
- b) El ánimo de permanencia de un hombre y una mujer
- c) El hecho de vivir juntos
- d) La procreación
- e) Alimentar a los hijos, esto incluye la educación intelectual, vivienda, salud, vestuario, recreación y los alimentos propiamente dichos.
- f) Educar a los hijos y el auxiliarse entre si.

---

<sup>4</sup> Osorio Manuel, Diccionario jurídico, Editorial heliasta, 1990, Pág. 380

<sup>5</sup> Ibidem, Pág. 180.

Estos fines es importante mencionarlos al momento que se celebra el matrimonio, se les hace saber a los contrayentes para que sean sabedores de los derechos y obligaciones que tendrán al momento de que procreen sus hijos.

#### 1.5.5 Naturaleza jurídica del matrimonio

Para varios jurisconsultos califican la naturaleza del vínculo conyugal como el matrimonio negocio y el matrimonio relación, en el cual se estudia al matrimonio desde dos puntos de vista.

El matrimonio se considera como un negocio jurídico del derecho de familia, en la que solo interviene la autonomía de las decisiones de su celebración, y cualquier alteración que impere a la misma puede ser motivo de anulación,

El Artículo 79 del Código Civil establece. “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este Código para su validez”.

Considera el derecho positivo italiano, que el matrimonio no tiene carácter contractual, ya que el ámbito del contrato queda circunscrito a las relaciones jurídicas patrimoniales. Al matrimonio civil lo considera como una convención de derecho de familia, entendiendo por convención, aquellos negocios jurídicos bilaterales con contenido personal y no matrimonial, en el cual incluye la separación conyugal por mutuo consentimiento y los esponsales.

El mismo autor manifiesta que la concepción contractual del matrimonio puede considerarse desde hace tiempo abandonada, en el sentido de que se reconoce aquel concepto de contrato que se tiene en el derecho patrimonial, y los principios correlativos, no son aplicables al matrimonio. Afirma también que sustancialmente, ni formalmente puede ser un contrato, para concluir en que es un acto de poder

estatal, en vista de que la declaración de voluntad de los esposos se daba función pública que el recoge personalmente a fin de emitir el pronunciamiento de que quedan casados, y que tal pronunciamiento, es única y exclusivamente constitutivo del matrimonio la voluntad de los contrayentes, agrega, no es mas que una condición para el pronunciamiento.

Rafael Rojina Villegas, considera que dentro de la concepción contractual del matrimonio, ha sido éste considerado como un contrato de adhesión, como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Por tanto sujetos determinados respecto al matrimonio no se puede sostener que prevalezca la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

#### 1.5.6 Principio constitucional

En donde el Estado reconoce los mismos derechos y obligaciones al hombre y a la mujer al momento de contraer matrimonio, en la que exista una igualdad jurídica como lo establece en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República.

#### 1.5.7 La importancia del matrimonio

Como ya hemos mencionado la familia ha sido siempre considerada como la principal célula social, es decir que es la organización mas pequeña en la que se forma la sociedad, la familia misma se forma con el matrimonio y de donde se

origina. Con la unión de un hombre y una mujer la cual lo hacen en forma de permanencia en donde dichas funciones puedan cumplirse.

#### 1.5.8 Requisitos legales del matrimonio

El Código Civil nos indica los requisitos que son necesarios e indispensables para la celebración del matrimonio, por lo que existen obligaciones previas o requisitos previos a la celebración del matrimonio que los contrayentes tienen que cumplir previo a la celebración de dicho matrimonio, dentro de los cuales enumeramos a continuación:

- a) El acta de nacimiento de los contrayentes, la cual nos sirve para verificar el estado civil de cada uno de los contrayentes, la cual debe de ser reciente.
- b) La cedula de vecindad si fueren mayores de edad o en su caso si fueren menores de edad la autorización de los padres en donde autorizan a los menores de edad a contraer matrimonio.
- c) El Artículo 97 el cual a sido reformado por el decreto 8-2007 del congreso de la República de fecha 21 de febrero del año 2007, el cual queda establecido de manera siguiente en donde es obligatorio tanto para el varón como para la mujer presentar el certificado de sanidad, el cual debe de pedírseles a todas las personas sin importar la raza, religión o sexo. La cual debe de ser extendida por la dirección general de sanidad o en su caso los delegados de los municipios o departamentos que hayan sido delegados, facultados para extender dichas constancias.

Con respecto al espíritu de nuestra legislación no cabe duda de la importancia que tiene la constancia de sanidad para los contrayentes, aunque ahora no

importa que los contrayentes hayan tenido previo a la celebración del matrimonio relaciones sexuales, esto se hace con el fin de prevenir en el futuro que afecten a los hijos que procrearan dentro del matrimonio.

Obligaciones simultáneas al momento de la celebración del matrimonio, como lo son la declaración de bienes de los menores de edad que estén bajo la administración de los padres en el ejercicio de la patria potestad o tutela, la declaración de las pensiones de alimentos contraídos con anterioridad al matrimonio, en el cual debería de haber una ley en donde obligara a los contrayentes y futuros esposos a garantizar la vivienda, la educación de los menores que procreen en un futuro para que a la hora de que exista un divorcio o una separación en el futuro los hijos no sufran las irresponsabilidades de los padres con respecto a lo mencionado, ya que esto no se da y en donde los mas perjudicados en todo esto son los hijos quienes son tan vulnerables al momento de que dichos sucesos se den a consecuencia del divorcio.

#### 1.5.9 Deberes y derechos que nacen después del matrimonio

Debemos entender por deberes aquellos que la ley les faculta a las personas o en su caso a los contrayentes, y como derechos las facultades que le asiste conforme a la ley.

- a) Estos fundamentalmente son de carácter moral, los cuales son incorporados al derecho en la medida en que es posible la sanción y la efectividad de los medios legales.
- b) Son normas de orden público
- c) Son recíprocos
- d) E irrenunciables
- e) De carácter positivo
- f) De carácter ético

### 1.5.10 La comunicación en el hogar

Cuando preguntamos a las parejas acerca de sus problemas matrimoniales, nos encontramos que la falta de comunicación es uno de los grandes problemas de pareja, aunque recordemos que por naturaleza el hombre es menos comunicativo que la mujer, a continuación detallaremos tres niveles de comunicación.

- a) Conversacional, en que debe de haber un intercambio ligero de palabras, como por ejemplo un saludo, o un adiós amable. Esto es lo que a diario practicamos con la mayoría de las personas que convivimos y con quienes nos interrelacionamos, para llegar a este nivel no hay necesidad de tener una relación íntima con nuestra pareja.
- b) Conversación y comunicación de pequeños detalles; en este tipo de comunicación ya vamos más allá que un simple saludo, aquí entraremos en pequeñas conversaciones de hechos, e informes de cosas que nos sucedan durante el día o jornada de trabajo la cual podemos adentrarnos a conversar más a detalle con nuestro familia.
- c) Comunicar cosas íntimas del corazón en este nivel, es donde las parejas comparten sus cosas personales, sentimientos que deseen expresar, en donde nos permite expresar acerca de algo, sus visiones, sus experiencias, este es el nivel mas alto de comunicación, se ve hoy en día afectadas por tal situación ya que se carece de esta comunicación en la relación y debido a esto fracasan muchas parejas.

En donde desafortunadamente la mayoría en la actualidad han llegado a las peleas de violencia intrafamiliar, en donde siempre es la mujer quien solicita el

divorció en el que va del año 2007 de enero a julio se han presentado mil demandas debido a la violencia.

Concluiremos diciendo que la razón por la cual se ha perdido la comunicación en la actualidad en las familias, es por la falta de respeto.

#### 1.5.11 Como llegar a tener una relación efectiva en el hogar con el cónyuge y los hijos.

Escuchar es un arte el cual se aprende. La mayoría de las personas sufren de un estado de sordera debido a eso, es que hay tan pocos oidores hoy en día en el mundo en donde debemos oír antes hablar. Las personas promedio solamente logran escuchar unos pocos minutos.

El aprender a escuchar nos ayuda a comprender a la persona, cuando se es buen oidor, podemos entender que es lo que hay en el corazón de las personas, debemos aprender a escuchar a nuestros semejantes recordemos que cuando estamos escuchando a otra persona es importante que veamos y oigamos las cosas desde la otra persona. Cuando una persona le está hablando, no interrumpa porque esto bloquea la comunicación, tengamos en cuenta que en ese momento, le está haciendo un favor a su cónyuge, y a sus hijos o a cualquier otra persona que le hable. Los menores lo que desean es que papá y mamá los escuchen y que a aprovechen el momento que su cónyuge desea comunicarse con el otro.

Una de las virtudes del amor ágape es que no busca lo suyo aprende el lenguaje de amor de nuestra familia, es una señal del verdadero amor, es decir que el lenguaje no es otra cosa que saber y aprender que es lo que le gusta a nuestro cónyuge, y a nuestros hijos y que los hace felices para poder nosotros hacerlo.

A continuación describiremos cinco lenguajes de amor que son los más comunes tanto para el hombre como para la mujer y los hijos.

- a) Palabras que sean afirmativas. Toda persona necesita ser afirmada en el área emocional y mental. Las personas necesitan ser afirmadas cuando realizan alguna cosa bien, y cuando no las hacen bien, necesitan oír una palabra de ánimo.
- b) Necesidad del contacto físico. Esta es una de las maneras de comunicar amor a nuestra familia.
- c) Actos de servicio. Es hacer cosas que sabemos que a nuestra familia le gusta que usted haga. Por ejemplo, cocinar, servir la mesa, lavar platos, sacar la basura, etc. Hacer estas cosas nuestra familia se sentirá amada.
- d) La calidad de tiempo uno de los lenguajes de amar, es el tiempo y calidad de este que pasemos con nuestra familia.
- e) Los regalos hacen también parte importante de las demostraciones de afecto hacia las personas tan especiales que existen en nuestras vidas, y lo mas importante de esto es que como padres siempre cumplamos con nuestras responsabilidades y siempre estemos en la mejor disposición de suplir todas las necesidades de nuestros hijos cuando siempre lo necesiten.

Ejemplos de la calidad de tiempo que podemos pasar al lado de nuestros hijos.

Tomar unas vacaciones una vez cada año solos destinar tiempo para jugar con los hijos.

Tener tiempo para conversar de las cosas que suceden dentro del matrimonio, y los hijos.

Tomar un fin de semana para estar juntos y compartir de las cosas mas sencillas y que sobre todo que nos sintamos felices y en familia.

Y sobre todo que los más importante siempre sean ellos, para que crezcan felices y llenos de dicha, y así poder lograr que en el futuro sean unos buenos ciudadanos pero la tarea es difícil pero no imposible es para nosotros los que somos padres y sabes lo difícil que es.

#### 1.5.12 El lenguaje de amor para con el otro cónyuge

Cuando en verdad sepamos cual es ese lenguaje habrá una mejor comunicación con su pareja.

Recordemos que el fundamento de la familia es el matrimonio por donde se crean las bases de una mejor sociedad y las cuales deben de empezar en casa y en familia, y una de las maneras de restaurar la comunicación en un hogar es cuando aprendemos a pedir perdón al otro y cuando aprendemos a reconocer nuestros errores para con el otro.

#### 1.5.13 Sexo en el matrimonio

La condición de hombre y de la mujer según Castro ha sido distinta en los ordenamientos jurídicos, en general atribuyéndosele a la mujer una situación de marcada inferioridad. Hasta a finales del siglo pasado, asimilar la condición de la mujer y la del niño.

A través de la historia se ha comprobado espléndidos apuntes en donde se considera la concepción cristiana con sus doctrinas de libertad y de respeto a la dignidad del ser humano, determinar las reformas de Justiniano, la concesión de la patria potestad a la madre, en la época medieval se admitió la plena capacidad de la mujer en nuestro derecho que durante el período renaciente se respeta la personalidad de la mujer y la autoridad materna.

Las disputas en torno al feminismo pertenecen, al pasado; las enseñanzas revolucionarias sobre la igualdad esencial de la mujer. El hombre desde la antigüedad ha gozado del total predominio, y no ha sufrido de restricción alguna. Y la mujer por el simple hecho de serlo, tenía en la antigüedad una capacidad natural, fruto de las concepciones reinantes que la colocaban en una situación de inferioridad respecto al hombre como menciona el autor un instrumento de placer o trabajo. En Roma al principio, la situación de la mujer era evidente inferioridad, en razón a la unidad orgánica de la familia. Estaban efectivamente sometidas a tutela perpetua, siempre que no estuviera bajo la potestad o la manus del marido, si bien es cierto que la condición era algo mejor. Las necesidades de la autoritaris interposición de ciertos actos jurídicos o la interposición de una obligación pasiva, etcétera dice Serafini la condición jurídica de la mujer. La lex Claudia dio un paso avanzadísimo, aboliendo totalmente la tutela legítima a las mujeres, y valentiniano II permitió que fueran tutores.

En el derecho germánico se observa parecida situación, ya que el jefe de familia tiene todo el poder y representa a la mujer. Que la mujer tuviera en aquel Derecho una protección penal especial. A Valverde se debe el reconocimiento de la responsabilidad de la mujer de todos los hombres, elevó y dignificó la condición de la mujer otorgándole en principio igual capacidad jurídica que al varón.

En otras legislaciones se afirma que constituye la fórmula ya corriente del feminismo desde el más radical hasta el moderado y prudente caracterizado por algunas corrientes, como aquellas teorías que reivindican a la mujer, esta tendencia igualitaria de los sexos y liberadora de la mujer se centra y ello es una característica en todas las constituciones posteriores a la guerra mundial.

Entre el hombre y la mujer hay diferencias inevitables que imponen distinción al trato jurídico, siquiera éste haya de caracterizarse en cuanto a la mujer, por la protección que la ley ha de concederle en todo aquello que requieran las condiciones desfavorables en su sexo la coloca en su lucha con la vida.

La regla general son las igualdades de los derechos y solo hay una diferencia entre unos y otros en los casos expresados por las leyes. El ámbito jurídico cultural de la época negaba a la mujer el ejercicio de los derechos políticos y por lo general la aptitud para el desempeño de cargos públicos y aun en las esferas del derecho privado se sometía la capacidad de la mujer a importantes limitaciones.

Por otro lado en los últimos tiempos sin embargo se ha mejorado considerablemente la posición de la mujer en la esfera social y la política, se ha reconocido ya el derecho de la mujer a optar a un empleo o cargo público y a ejercer el profesorado, y cuanta profesión quiera realiza.

Hoy en día es un tabú hablar de sexo en nuestra familia en el hogar y específicamente con nuestros hijos, porque son temas que existe mucha desinformación en nuestra sociedad, que son los lugares que debiera darse esta información.

#### 1.5.14 Propósitos del sexo en el matrimonio

Para procrear, esto con el propósito que el ser humano pueda multiplicarse.

Por placer con el propósito que el hombre y la mujer disfruten tener placer dentro del matrimonio.

#### 1.5.15 Efectos que surgen del matrimonio

El matrimonio es la consecuencia de una relación que nace a la vida jurídica, que tiene sus efectos en la vida de los cónyuges tanto en lo personal como en lo patrimonial. El Artículo 47 de la Constitución Política de la República, establece que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. Así como también lo establece el Artículo 79 del Código Civil que establece “que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este código para su validez”.

#### 1.5.16 Deberes y derechos que nacen del matrimonio

En cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges dentro del matrimonio el Artículo 109 del Código Civil preceptúa que la “representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar, de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar”.

En caso de divergencia entre los cónyuges, el juez de familia decidirá a quien le corresponde.

1.5.17 Pactos que otorgan los contrayentes con el objeto de regular las capitulaciones matrimoniales.

Esto en cuanto a la existencia de la libertad de los pactos matrimoniales son los pactos que se otorgan los contrayentes para establecer el régimen económico, que se concreta en los Artículos 116,117 del Código Civil establece el régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los contrayentes antes o en el acto de la celebración del patrimonio.

1.5.18 Obligaciones de las capitulaciones matrimoniales

- a) Cuando alguno de los contrayentes tengan bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales
- b) Si alguno de los contrayentes ejercen profesión, ante un oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes
- c) Si alguno de ellos tuviere en administración de bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela, o guarda.
- d) Si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado.



## CAPÍTULO II

### 2. La anulabilidad del matrimonio y el divorcio

#### 2.1 Efectos de la anulabilidad del matrimonio

En los casos de insubsistencia del matrimonio, se deriva de las uniones que la ley reprueba en las denuncias hechas por autoridades judiciales quienes tienen el deber de declararlas nulas.

“El Artículo 79 del Código Civil establece que, tienen impedimentos absoluto para contraer matrimonio:

- a) Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medios hermanos
- b) Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad
- c) Las personas casadas, y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión”

Categoría de aplicación de anulabilidad del matrimonio o la aplicaciones se encuentran reguladas en los Artículos 88, 89,144,145 del Código Civil por lo tanto la anulabilidad del matrimonio se le caracteriza en los casos siguientes.

- a) Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor
- b) Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

- c) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por importancia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno.
- d) Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o protutela.
- e) Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración
- f) Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquéllos, ni garantizar su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona, y
- g) Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

## 2.2 La insubsistencia y nulidad del matrimonio

El matrimonio es insubsistente en los casos que enumeramos anteriormente, esta declaración puede declararse de oficio por el juez, con la intervención de los cónyuges y la Procuraduría General de la Nación.

## 2.3 Anulabilidad del matrimonio

El matrimonio tiene carácter de anulabilidad en los casos siguientes según el 145 del Código Civil.

- a) “Cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción,
- b) Del que adolezca de importancia absoluta o relativa para la procreación, siempre que su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio,
- c) De cualquier persona que padezca incapacidad mental al cerebro
- d) Del autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, con el cónyuge sobreviviente”.

Los numerales antes mencionado del Artículo 145 del Código Civil produce anulación del matrimonio en los casos de los incisos 1 y 2 , la acción es privada cuando ocurre en los casos de error, engaño, o cuando ocurriere con violencia o amenaza o si se tratare de impotencia de cualquiera de los cónyuges, esta acción puede ser ejercida según lo que establece el Artículo 148 que establece que la anulación del matrimonio por ocurrir el caso del inciso 2 del Artículo 145 del Código Civil, puede pedirse por cualquiera de los contrayentes, si la importancia es relativa, pero si fuere absoluta, el cónyuge impotente no podrá demandar la nulidad. La acción deberá ser ejercida dentro de seis meses de haberse efectuado el matrimonio.

## 2.4 Separación de los cónyuges

### 2.4.1 Definición

La separación de los cónyuges inicia con la ruptura de la convivencia y la interrupción de hecho de la cohabitación de los cónyuges lo cual se ve afectado el vínculo y requieren la adaptación del régimen jurídico matrimonial y la patria potestad de los hijos que hubieren procreado durante el matrimonio. Y los deberes que los cónyuges adquirirán después de la ruptura matrimonial y no tiene por qué verse afectada la comunicación de los cónyuges en cuanto a la separación, pero

los cónyuges deberán llegar a acuerdos de mutua conveniencia para ambos cónyuges separados.

Los cónyuges siguen unidos en matrimonio mientras no haya una disolución matrimonial ninguno de los dos pueden contraer nuevas nupcias así como lo establece el Artículo 153 del Código Civil de la separación y del divorcio, el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.

#### 2.4.2 Separación y divorcio

Los cónyuges le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes que existe entre ambos. La separación de personas, así como el divorcio podrán declararse.

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges
- b) por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada

La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges no podrá pedirse sino después de un año, contados desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

#### 2.4.3 Causas de la separación o el divorcio

A continuación se detallan las causas por las cuales se puede disolver el matrimonio según lo establece el Artículo 155 del Código Civil.

- 1) “La infidelidad de cualquiera de los cónyuges
- 2) Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.

- 3) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos
- 4) La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año
- 5) El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
- 6) La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos
- 7) La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligada.
- 8) La disipación de la hacienda doméstica
- 9) Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal
- 10) la denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.
- 11) La condena de uno de los cónyuges en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.

- 12) La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.
- 13) La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.
- 14) La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción.
- 15) Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme”.

#### 2.4.4 Tiempo en que se puede solicitar la separación o el divorcio por causa determinada.

Según lo establece el Artículo 158 del Código Civil, el tiempo que tiene el cónyuge es de seis meses siguientes al día en que llega a su conocimiento, que se vea afectado por alguna de las causas determinadas en que alguno de los cónyuges sea afectado.

“El divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda, por lo tanto no puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento de la parte demandada. Asimismo no es suficiente prueba para declarar el divorcio o la separación, la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motiva”.

#### 2.4.5 Efectos de la separación y del divorcio

Estas son algunas causales civiles comunes de la separación y del divorcio, según “el Artículo 159 del Código Civil.

- 1) La liquidación del patrimonio conyugal
- 2) El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable en su caso
- 3) La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada”.

#### 2.4.6 Efectos propios de la separación

Además de la subsistencia del vínculo conyugal, existen los siguientes efectos

- a) El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge
- b) El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

#### 2.4.7 Efectos propios del divorcio

La disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges, en libertad para contraer nuevo matrimonio.

#### 2.4.8 Protección a la mujer y a los hijos

Desde el momento que se presentada la solicitud de separación o de divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad, para seguridad de su persona y sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias. Los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el juez,

hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional.

## CAPÍTULO III

### 3. Teorías relativas a la patria potestad, la guarda y custodia

En el presente estudio se desarrolla todo lo referente a la guarda y custodia compartida con los menores en la etapa posterior al divorcio, de ello se valen varios estudios psicológicos y de un análisis del derecho comparado.

En caso de divergencia entre los cónyuges en cuanto al ejercicio de la representación conyugal, el juez considerando la conducta de cada uno de los integrantes de la pareja, tanto afuera como dentro del lugar, designarán a cuál de los cónyuges confiere y las condiciones que debe cumplir el otro cónyuge para recuperar la posibilidad de ejercer nuevamente la misma. En todo caso la administración se ejercerá individualmente, sin necesidad de declaratoria judicial para tal efecto, en los siguientes casos.

- a) Si se declarara la interdicción judicial de uno de los cónyuges.
- b) En caso de abandono voluntario del hogar o por declaratoria de ausencia.
- c) Por condena de prisión por todo el tiempo que dure la misma.

#### 3.1 Definición

Este término también es denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta la cual parece atentar contra las leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no se puede estar en dos lugares a la vez, sin embargo ese sería el razonamiento.

Una apropiada definición sería en la cual no se logrará escapar ningún elemento en el que pueda ser compartida la autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo lo que concierne a los hijos que se han procreado en común, el derecho de los niños a continuar contando efectivamente con un padre y una madre y el aprendizaje en cuanto a los valores morales y materiales que un niño necesita a su corta edad para que sea un hombre o una mujer de bien.

Debemos de hacer énfasis en los derechos y responsabilidades en la que cada padre deberá asumir ante esta situación el contacto continuo frecuente y significativo que es para un hijo el vínculo de padre a hijo se siga teniendo sin importar las desavenencias. De cualquier modo llegamos a concluir que todas las definiciones redundan en la recomendación de la responsabilidad que deben de adquirir ambos padres al momento de una ruptura matrimonial la cual los padres deberán tomar conciencia que dicha responsabilidad deberá ser ejercida con igualdad con cada uno de los cónyuges.

Debemos de entender que lo incomprensible no hay qué buscarlo en las disposiciones doctrinales por que hasta el momento no existe un libro o un manual en donde nos enseñe el cómo ser padres.

### 3.2 Modalidades

Nuestra legislación reconoce esta institución que por lo general reconoce que la madre es la que debe de tener con exclusividad la custodia exclusiva y la compartida de los hijos, la cual se deberá de acatar con la sentencia firme de un juez de familia quien deberá determinarlo, salvo en casos especiales en donde al padre le sea otorgada. Hoy en día son incontables los estudios psicológicos que

se realizan en donde se avala a que los padres tengan una custodia compartida pese al escepticismo y la poca información que existe.

Hoy en día existen tantos casos reales que cada uno de los casos es muy particular es distinto y si tan solo los padres fuéramos conscientes del daño emocional que se le causa al niño, al enfrentar el divorcio o la separación de sus padres o al momento en que el juez le otorga a la madre la custodia de los hijos.

En cuanto a la custodia física conjunta la cual ambos padres deberán asumir siempre y cuando los intervalos de permanencia con los hijos con el otro progenitor, en que el progenitor que tiene la custodia debe ser consciente que la custodia que comparten ambos padres físicamente deberá ser vital en la vida del niño.

Custodia legal conjunta los niños residirá con exclusividad con el padre a quien se le otorgue la custodia con exclusividad, en la cual deberá tener una relación fluida con el otro, sin rigores, o regímenes de visitas y en donde los padres seguirán compartiendo el derecho, decisiones, responsabilidades y autoridad para con los hijos.

### 3.3 Interés del menor

EL derecho de todo niño a ser educado alimentado y protegido por sus padres, en donde se garantizara todo lo que concierne a cuestiones económicas debiera de existir una ley en donde se le garantice hasta los dieciocho años de edad en donde el respeto a la persona debiera tener fuerza de ley.

El interés del menor es un principio rector en todas las legislaciones del mundo en donde traten el tema en cuanto a la convención sobre los derechos del niño

cuando esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular de las cuales hacen de ello letra muerta al establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad exclusiva. Los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con su padre y madre, a menos que un juez determine lo contrario mientras se ponen trabas a las propuestas legislativas que se expresan en ese mismo sentido y que defienden la custodia compartida.

Según estudios sociológicos la simple alternativa no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de uno de los padres durante la infancia y la adolescencia existen indicios de que, con nuestros intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.

El síndrome de alienación parental puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica, inclinación al alcohol y la droga y otros síntomas de un profundo malestar. El deber y obligación de cada padre a fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como dejar de proporcionarle alimentación, vestido, o cobijo. Quizás es más dañino porque no importa cómo de bien alimentado o vestido pueda estar, un niño no puede ser feliz

si no se siente amado por uno de sus dos padres, no logran contrastar la orfandad de los niños y la explosión de la criminalidad de los jóvenes.

La iniciativa de reforma impulsada por la administración Lionel Jospin escandalizó al mundo con párrafos como. Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana y en ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico sin embargo quedará para la historia como un paso en defensa de la custodia.

La continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño, y después un derecho y un deber del padre.

Estas pautas pueden ser marcadas en una niña que al convertirse en mujer sufrió abandono de los padres, y los patrones que la marcaron para toda la vida en donde un sin número de encuestas lo han comprobado y se ha llegado a concluir que una mujer en su niñez ha sufrido la ausencia de una figura paterna que le ha ocasionado en la infancia déficit de desarrollo afectivo y en la adolescencia un daño psíquico moral, reconociendo que la obligación de paternidad se extiende a aspectos no materiales y que el contenido relación padres e hijos son tan fundamentales para la vida del niño y la cual no puede ser transformada ni sustituida por nadie aun cuando exista el hecho que haya un divorcio. O sea, la ley respalda el derecho y el deber de custodia como uno de los atributos de la patria potestad, a la vez que establece que el derecho no se verá afectado por el divorcio de los padres; por lo tanto sería una incongruencia legal pensar que posterior a la

separación un padre solo quedará obligado a la atención económica. La puesta en práctica de la residencia alterna permitiría a los padres ejercer realmente la patria potestad, aún cuando se piense que su aplicación será difícil. Lo que es difícil de entender es que como un padre puede brindarle el afecto que el niño necesita para su formación de su personalidad normal cuando comparte con su hijo solo un fin de semana, una vez cada quince días o una vez al mes como puede ejercer a plenitud su patria potestad con respecto al niño, y aun cuando existe de parte del padre a quien le fue otorgada la patria potestad el vedarle al otro padre a quien no se le fue otorgada, que por diferentes circunstancias las cuales ocurren entre ellos veda al niño de ver al progenitor que no las tiene, si tan solo se pusiera a meditar que el único afectado en toda esa relación es el niño, pero como padres somos egoístas y muchas veces solo pensamos en nosotros y no pensamos en nuestros hijos quienes son tan importantes y quienes se merecen lo mejor de ambos padres.

El separar al menor de uno de los padres como hemos venido mencionando implica simple y sencillamente someterlo a una semiorfandad que bajo ninguna recepción puede ser favorable para la salud mental del niño. Es de ponernos a pensar y considero que no debemos hacer a nuestros hijos sufrir por nuestros errores y la poca disposición de uno o de ambos padres a una conciliación en donde puedan tener tanto los hijos como padres divorciados o separados una relación y una comunicación amable en donde los menores siempre sean los menos afectados.

### 3.4 La edad del menor

Algunos especialistas catalogan de nocivo el divorcio o la separación de los padres en edades de párvulos, esto se le conoce como el principio de la edad corta, en donde la madre juega un papel tan importante y vital en la vida del niño, la cual se vuelve irremplazable en los primeros años de vida del niño. En cuanto al

padre progenitor se le considera que pasa a ser una figura secundaria y superficial en los primeros años de vida de los niños.

Terminaremos concluyendo que el niño en la edad preescolar tiene la necesidad de establecer una relación de amor con ambos padres en edades tempranas en vista que se tiene menos desarrollada la memoria lo que significa que a largo plazo se corre el riesgo a un retroceso en la relación padres e hijos; aún cuando es imposible negar la necesidad biológica que une al menor con su madre por el bien de los niños. La corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus progenitores. En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto a la custodia de los hijos sin el perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia con la madre coincide con el bienestar de los hijos. Otros han referido la adolescencia como la edad en que los hijos requieren de patrones de conductas precisas que por lo tanto se consideran contraproducente esta dualidad de custodias. Se demostró científicamente que en las edades de niños de doce años existen altos niveles de autoestima y adaptación en situaciones de custodia que es una etapa difícil que tiene que afrontar.

Los niños que han tenido un contacto frecuente con sus padres han demostrado ser niños seguros de si mismos.

<b>Edad</b>	<b>Frecuencia del contacto con ambos padres</b>
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

Sin embargo este estudio demostró que de modo que es un irrefutable el no reconocimiento del factor edad para la adaptación de la custodia.

### 3.5 Sexo del hijo y de los padres

Con independencia del sexo del hijo es necesaria la presencia de ambos padres para una eficaz educación. Tomando como ejemplo la relación hija padre, en donde se realizó un estudio clínico que pudo comprobar como la ausencia temprana en el desarrollo femenino deja al descubierto que en niñas que sufrieron la separación de sus padres manifestaron trastornos como fobias, depresión, ansiedad en un 63% de los 150 casos estudiados en esta investigación se pudo comprobar la importancia del contacto parental entre el progenitor y su hija esto ayuda a la autoestima de la mujer.

Por su parte los padres amen a sus hijos sin importar el sexo de uno u otro requieren mantener contactos frecuentes con sus hijos. El tema de la no discriminación de géneros es constantemente alegado por los defensores de la custodia lo cierto es que la custodia siempre generalmente le es otorgada a la madre. Además se discrimina al padre, pese a que es criterio unánime de los especialistas considerar al padre plenamente calificado para desempeñar su función, aún tratándose de la custodia exclusiva de la madre. Es vital sobreponerse a estos prejuicios sociales, no es casualidad que las sociedades más flexibles en cuestiones de género sean quienes más rápidamente han acogido esta institución.

La custodia favorece la colaboración entre ambos padres y limita las posturas egoístas o discriminatorias de los padres.

### 3.6 Tiempo y convivencia

Existe el mito de que la custodia es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo como hemos venido diciendo es preciso de dejarse de interpretaciones simplistas. Si se tratara de un reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos.

Aunque existe la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo de trabajo que responde a las necesidades del niño pero esto nunca se ha de interpretar a muchos factores de ambos padres ya que si los padres siempre estuvieran dispuestos a acceder a tener una relación amable con el ex cónyuge los niños sufrirían menos, pero nosotros los padres muchas veces somos egoístas al no entendernos que el afectado de toda la relación siempre serán los hijos. Algunos defienden solamente el dilatar el régimen de

visitas, aunque se cree absurdo pretender que el derecho a visitas sean sinónimo de auténtica convivencia cuando el niño se ve afectado por la ruptura de los padres en donde el es el mas débil en ese conflicto, el número de no visitas por alguno de los padres contribuye a debilitar el vínculo entre padres e hijos la relación se deteriora con el padre que no vive a su lado.

Solo a través de la custodia que los dos padres comparten se podrá satisfacer la necesidad de convivencia con ambos padres que reclama todo hijo la cual juega un papel vital en la adaptación de los niños al divorcio y el logro de los resultados académicos en correspondencia con los anteriores. Por supuesto que esto se debe a la distancia y compromisos adquiridos por ambos padres, de existir un mayor aislamiento que se hacen más largos y menos frecuentes los períodos de alternancia y adaptación, escolar, y se corre el riesgo de heredar las mismas deficiencias, así de implacable es la física y sus reglas del espacio y el tiempo, la solución queda en manos de los padres.

Se ha dicho que para el padre que no esté ejerciendo la custodia, es una especie de registro donde se consignan las notas y de todos los actos escolares además se harán ficha informativa con ambas direcciones, procedimientos disciplinarios, orientación y derecho a participar junto con el niño en cuestiones escolares esto hace que la convivencia con el hijo sea grata.

Bajo ninguna circunstancia se debe dar prioridades acorde a las condiciones económicas, eso sería subestimar todo lo que entraña una idónea educación. El deber de los padres no se limita a la asistencia material, que no debe ser una coartada para desentenderse de lo esencial la educación y los vínculos afectivos que deben seguir estrechando entre ambos.

La tendencia judicial ha de ser valorar la casuística y regirse por el mejor efecto para el niño y no por un sentido de justicia o equidad hacia los padres, la fórmula

de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres.

### 3.7 Estabilidad del niño

La estabilidad es vista como un doble contenido con respecto a la estabilidad material, usualmente asociada a la estabilidad de domicilio u otros factores tangibles. Esta se ha convertido para los defensores de la custodia pues el hecho que el niño varíe de domicilio implica su adaptación a las características de distintos hogares, exigiría cierta cercanía entre las residencias de los ex cónyuges y cuando hablamos de elementos tangibles implicaría además más gastos una vez que se ha de proveer doblemente al menor. Sin embargo se trata de una posición sumamente controvertible, ya que por ejemplo el establecimiento de la custodia con su respaldo a un solo padre y el consiguiente enfrentamiento de esto a conllevado que muchos padres decidan unilateralmente cambiar de residencia a fin de alejarlo del otro y el niño ha terminado enfrentándose a una peor situación de inestabilidad de domicilio; esto se frena en los regímenes de custodia donde generalmente se exige el consentimiento del otro padre el juez para cualquier cambio de vivienda.

De cualquier modo creo que lo realmente importante es lo referente a la estabilidad emocional, la sensación de seguridad del menor referente al afecto de sus progenitores, y esto solo se logra preservando en lo posible la vida familiar del niño. La custodia solo se ocupa de pensiones y visitas con fechas, es el único modo que el niño perciba que puede contar con el padre. A su vez los padres pueden auxiliarse en sus funciones de garantes de la educación e integridad del niño, de modo que éste siempre sienta su presencia. También contribuye a reducir considerablemente otros factores influyentes en la estabilidad emocional, tales como el maltrato físico, la interferencia del nuevo cónyuge, la culpabilidad del

progenitor no custodio y los incumplimientos de los pagos con respecto a los convenios suscritos por el padre.

El proporcionar al niño un medio seguro, con continuo contacto físico y emocional, ha sido preocupación de casi todas las legislaciones reguladoras a la relación filiatoria y no lo es menos en las leyes que respaldan la custodia.

Este es un argumento que usualmente se arguye a favor de la custodia, la concesión automática de la custodia compartida no es realista ya que puede ser perjudicial para las mujeres y los niños inmersos en situaciones de violencia doméstica, ya que es un temor frecuente de ciertos padres el preocuparse por la posibilidad de que el niño sea dañado en su estancia con el otro padre; Pero lo que es cierto es que las leyes de custodia también deben tener mecanismos previsores de este asunto, en los cuales no se podría reconocer la custodia al padre que perjudica y por lo tanto no se podría instaurar la custodia compartida; aunque esto es la excepción y no la regla, siendo incluso la sola existencia de antecedentes de violencia doméstica una presunción que elimina toda posibilidad de constituir la custodia compartida con la misma exigencia se ha expresado sobre las falsas acusaciones de maltrato y abuso sexual las cuales además de ser sancionadas penalmente por perjurio, agravio u obstrucción de la justicia conlleva a que se valore como una falta grave a tener en cuenta en el fallo relativo a la custodia.

### 3.8 Mutuo acuerdo de los padres

Con respecto al mutuo acuerdo en dos momentos distinto del proceso desde el momento en que el juez otorga la custodia a la madre. Al optar por la custodia, se debe tener en cuenta y valorar la residencia alterna que no es hacer de ello una obligación ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad de la custodia. La posición de los legisladores es dotar a las familias alternativas en donde se obligue a ambos padres a respetarlas la custodia de sus hijos, no de imponer ningún modo en particular; así que siempre que haya por todo sobre una de las opciones legales se respetará la voluntad. El objetivo es simplemente la protección y el mutuo acuerdo de fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores.

Por otra parte todas las legislaciones consultadas dan preeminencia al plan de parentalidad presentado por los padres de mutuo acuerdo, siendo esta la situación ideal para establecer en donde se permite la posibilidad de presentar varios planes alternativos y someterlos a la determinación del juez para que precise el más apropiado. La ley sueca exige que el acuerdo sea consignado por escrito, firmado por ambos padres y avalado por el comité de bienestar social.

Para el resto de los casos el acuerdo se hace firme bajo sentencia y por supuesto también se somete a todos los efectos que la reconoce, En caso contrario, no seamos ingenuos, se abrirá la caja de pandora con todo su horrible contenido. Todos los golpes bajos estarán permitidos para demostrar que la resolución adoptada no es buena. En definitiva, ¿quién será la víctima? ¡El niño! En efecto, mientras que los padres tengan comportamientos poco admisibles, el niño sufrirá.

### 3.9 Mediación

Todo enfoque del divorcio que tenga como fin menguar la litigiosidad acarrea infaliblemente las fórmulas de conciliación extrajudicial previa, en las que el mediador desempeña una función medular, su actuar está destinado a precisar el *modus vivendi* del menor en el período posterior al divorcio. Por lo tanto en nuestro asunto es este un valioso escalón intermedio entre el acuerdo y la judicialidad, un punto neutral donde los padres reciben ayuda para lograr un arreglo que luego ha de ser ratificado por el juez, que facultado trae como ventajas el lograr que las sentencias sean satisfactorias para ambas partes, ya que emanan de su voluntad; acortar el proceso, lo cual es una mira de todo conflicto de derecho de familia; y de paso aligerar el trabajo de los tribunales, permitiéndole más detenimiento en los casos de mayor complejidad.

Por ello una buena parte de las legislaciones dedicadas al tema han previsto los intentos de mediación como un requisito de las posibilidades, sin el cual, por consiguiente, no se podrá acudir a la vía judicial y la facultad de asistir a la mediación por separado siempre que se presenten como mínimo una vez para llegar a un acuerdo en donde se establezcan las bases del régimen económico en donde se asegure el bienestar del niño.

### 3.10 Con respecto a la judicialidad

La intervención judicial puede ser tanto para ratificar o no el acuerdo de los padres como para solventar el asunto una vez agotada toda posibilidad de llegar a algún arreglo. Cuando se dictamina la custodia compartida por la vía litigiosa el juez se enfrenta a padres que no poseen una adecuada comunicación y conoce que su fallo estará en contra de la intención de uno de los progenitores, de modo que puede que en estos casos la custodia en beneficio del menor. Por lo tanto la vía más adecuada es lograr que emane del acuerdo de los padres, enfatizar en que múltiples estudios sociológicos han demostrado que sería lo más acertado

para la familia y en especial para el menor. Manteniendo a la vez la posibilidad de que el juez pueda dictaminar la custodia, pues de lo contrario, se puede ceder a arbitrariedades y confiando en que los jueces valoren todas las circunstancias específicas del caso para lograr un fallo justo.

En ambas situaciones tendrá como elemento común la exigencia de consulta a organismos rectores del bienestar social antes de dictaminar. También se prevé que se tome en cuenta el sentimiento expresado por el niño, siempre que se cumplan las exigencias legales al respecto; la situación disponibilidad de los padres; la interacción del niño con la familia extensa; la adaptación del mismo a ambos hogares, escuelas y comunidades; la presencia de actitudes violentas o cualquier otro antecedente al respecto; e incluso se prevé que se valoren los informes y contrainformes periciales si se han efectuado. Por lo general se prohíbe la posibilidad de custodia si ninguno de los dos padres lo desean. Las sentencias han de expresar claramente los argumentos que llevaron a conceder una u otra modalidad de custodia.

El juez se podrá pronunciar con respecto a la atención del menor con respecto a la educación, la atención médica y otros gastos ordinarios y extraordinarios y cualquier otro asunto que considere pertinente acreditados estudios que demuestran que las familias disfuncionales solo se muestran cooperantes, si la custodia es acordada judicialmente, ante las cuales se recomienda que el juez sea equitativo con ambas partes.

Como fórmula provisional de custodia ante el desacuerdo irreconciliable de los padres la alternancia semanal del niño en la convivencia con ambos; a la vez que permite la modificación total o parcial en todo momento de dicho dictamen, siempre que sea instado a ello por ambos padres, por uno de ellos, por un miembro de la familia. Es sugerencia que en casos de desacuerdo de los padres sobre el bienestar del niño se le preste prioridad a su estabilidad emocional en

donde la fórmula de la custodia alterna, que constituye en una aplicación práctica del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad.

Terminaremos concluyendo que la importancia que tienen los jueces al dictaminar al momento en que se le otorgue al padre la custodia. En cuanto a los asuntos de separación matrimonial y de divorcio, así como en la fijación de las medidas de subsistencia del niño, los que pueden resultar perjudicados en mayor medida son los menores, hijos del matrimonio que se encuentra separado o divorciado, por lo que se requiere de los tribunales los mayores cuidados, siempre teniendo como centro de las decisiones judiciales en favor del niño, pues el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto a los hijos, a los que se les debe un cuidado y una entrega como mínimo una adecuada valoración de los jueces.

## CAPÍTULO IV

4. La naturaleza jurídica respecto a la guarda y custodia con respecto a la patria potestad.

### 4.1 Definición de patria potestad.

Es el poder que la ley le faculta a los padres para el debido cuidado de los hijos y la debida administración de sus bienes y los deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que hayan alcanzado la mayoría de edad, que tiene por objeto fundamental el cuidado, el desarrollo integral de los niños, de esta manera es que se van a comprender la guarda y custodia, con respecto a la administración de sus bienes que se encuentra al cuidado de los padres. La cual constituye una relación paterno filial la cual consiste en el régimen de protección de los menores donde se recomienda la protección de los padres.

Todo ello se deriva del matrimonio si no del derecho fundado de la naturaleza y reafirmado por la ley, diremos entonces que la patria potestad es derivada del contrato matrimonial si no del hecho fundado de las relaciones del paterno filial las cuales nacen del matrimonio o fuera de este.

El Artículo tres de la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia establece el Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño y niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la presente ley y demás leyes internas, los convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en

materia de derechos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva.

Podríamos decir que los derechos respecto a la patria potestad, la ley le otorga a los padres y en donde el Estado deberá respetar esos derechos que le son facultados respecto al beneficio de los hijos.

La patria potestad es ejercida por el padre o la madre, en donde ambos tienen iguales derechos y obligaciones, es decir en donde ambos deben ejercerla solidariamente y de forma mancomunada por ambos padres respecto a los hijos de manera que si alguno de estos faltare que el otro facultado para ejercerla totalmente la patria.

Como ya hemos dicho que la patria potestad constituye una relación paterno filial, en donde constituye una relación única e importante en la vida del niño, entre otras relaciones paterno filial podemos mencionar.

- a) Nombre civil, que queda determinado en principio por sus padres al darle un nombre de pila, y los apellidos los cuales le son transmitidos al menor.
  
- b) Obligación alimentaria, la denominación respecto a los alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

Honra y respeto por parte de los hijos a sus padres

- c) Visitas de los padres tienen derecho de visitar a sus hijos, inclusive si no ejercen la patria potestad.

#### 4.2 Características de la patria potestad con respecto a los alimentos

A continuación enumeraremos las características con respecto a la patria potestad y los alimentos de la manera siguiente:

- a) Deberá ser proporcional
- b) Se fijará en dinero
- c) Puede ser modificable y complementaria
- d) Es irrenunciable
- e) Es intransmisible
- f) Es inembargable.

Cuando nos referimos que los alimentos han de ser proporcionados a las circunstancias personales y pecuniarias de quien los recibe, y serán fijados por el juez. Al obligado se le puede permitir que los alimentos los preste de otra manera cuando, a juicio del juez, medien razones que lo justifiquen.

Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista, y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Los alimentos sólo se deben en parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades.

No es renunciable ni transmisible a un tercero, ni embargable, el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista debe al que ha de prestarlos, podrán sin embargo compensarse embargarse, renunciarse y enajenarse las pensiones alimenticias atrasadas.

#### 4.3 Personas obligadas a prestar alimentos

Están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos. Cuando el padre, por sus circunstancias personales y pecuniarias, no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos y la madre tampoco pudiese hacerlo, tal obligación corresponde a los abuelos paternos de los alimentistas, por todo el tiempo que dure la imposibilidad del padre de éstos.

Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago, en cantidad proporcionada a su caudal respectivo; en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez podrá decretar que uno o varios de los obligados los preste provisionalmente, sin perjuicio de que pueda reclamar de los demás la parte que le corresponde.

Cuando dos o más alimentistas tuvieran derecho a ser alimentados por una misma persona, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, los prestará en el orden siguiente:

- a) A su cónyuge
- b) A los descendientes del grado más próximo
- c) A los ascendientes, también del grado más próximo
- d) A los hermanos

Si los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge, o varios hijos sujetos a la patria potestad, el juez atendiendo a las necesidades de uno y otro, determinará la preferencia o la distribución.

#### 4.4 Derechos para los alimentistas

De las deudas que la mujer se vea obligado a contraer para alimentos de ella y de los hijos, por no proporcionar el padre lo indispensable para cubrirlos, será este responsable de su pago en la cuantía necesaria para ese objeto. La obligación de dar alimentos será exigible, desde que los necesitare la persona que tenga derecho a percibirlos. El pago se hará por mensualidades anticipadas, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que hubiere recibido anticipadamente.

El que haya suministrado alimentos con protesta de cobrarlos, tiene derecho a ser indemnizado por la persona que esté obligado a satisfacerlos.

Cuando cesa la obligación de dar alimentos

- a) Por la muerte del alimentista
- b) Cuando aquel que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos, o cuando termina la necesidad el que los recibía
- c) En el caso de injuria, falta o daño grave inferidos por el alimentista, contra el que debe prestarlos

- d) Cuando la necesidad de los alimentistas dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas, y
- e) Si los hijos menores se casaren sin el consentimiento de los padres.

Los descendientes no pueden tampoco exigir alimentos

- a) Cuando han cumplido dieciocho años de edad, a no ser que se hallen habitualmente enfermos, impedidos o en estado de interdicción
- b) Cuando se les ha asegurado la subsistencia hasta la misma edad.

Estas disposiciones solo son aplicables en los casos en que por ley y por testamento o por contrato, se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado u ordenado por el testador o lo dispuesto por ley, o el caso especial en que se trate, se puede fijar también alimentos en el caso en que se trate por, el derecho de alimentos que provengan de contrato o disposición testamentaria, no perjudica, en ningún caso, la preferencia que la ley establece a favor de los parientes del obligado.

#### 4.5 Obligación de garantía de prestar alimentos

Con respecto a la garantía de la prestación de alimentos debería haber una ley en donde especificara la obligación de los padres a la hora de prestar alimentos para los hijos, en donde se obligara al padre a garantizar los alimentos al menor.

La persona obligada a dar alimentos contra la cual haya habido necesidad de promover juicio para obtenerlos, deberá garantizar suficientemente la cumplida prestación de ellos con hipoteca, si tuviere bienes hipotecables, o con fianza u otras que a juicio del juez sean garantía de prestar alimentos.

En este caso, el alimentista tendrá derecho a que sea anotados bienes suficientes del obligado a prestar alimentos, mientras no los haya garantizado.

#### 4.6 Titularidad de la patria potestad

Según lo dispone el Artículo 252 del Código Civil establece que en el matrimonio y fuera de el. La patria potestad se ejercerá sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

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

La representación del menor o incapacitado la patria potestad comprende del derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a la edad y condición.

Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o

la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado.

Pugna entre el padre y la madre siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que mas convenga al bienestar del hijo.

Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre.

La patria potestad sobre los hijos adoptivos la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado.

Los hijos que deben vivir con sus padres casados o unidos, los hijos menores de edad deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.

#### 4.7 Madres solteras o separadas

Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.

Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166. En todo caso, el que por vías de hecho

sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que la ejerza especialmente.

El interés del hijo es predominante lo preceptuado en los artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demuestre la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente mas próximo, o dar otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

Los hijos aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

En los casos de urgencia y necesidad con respecto a los menores de edad, los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino que causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención de la procuraduría general de la nación.

Tampoco podrán los padres celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona.

Siempre que el juez conceda licencia para enajenar o gravar bienes inmuebles, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta o el monto del crédito sea empleado con el objeto que motivó la autorización y que el saldo, si lo hubiere, se invierta debidamente, depositándose mientras tanto en un establecimiento bancario. Salvo el caso de sucesión intestada, el que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor. Los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de su heredero.

Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial.

Separación de la patria potestad a recargo sobre actos de la vida civil, si el que ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o de la procuraduría general de la nación.

Los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o 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 no lo hiciere el nombramiento lo hará el juez en persona de reconocida honorabilidad si no hubiere institución bancaria autorizada para hacer los trámites legales cuando sean declarados en quiebra.

La suspensión de hechos en que la voluntad no esta reconocida directamente contra el menor, la patria potestad se suspenderá en los casos siguientes:

- a) Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente
- b) Por interdicción declarada en la misma forma
- c) Por ebriedad consuetudinaria
- d) Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.

Pérdida de la patria potestad se pierde en los casos en que los padres atenten contra el menor o en los actos dirigidos directamente a la persona

Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares.

Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacia sus hijos, que se establecen en el presente capítulo.

Solo podrán promoverse acciones sobre la pérdida o suspensión de la patria potestad, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y la Procuraduría General de la Nación.

Los jueces en vista de las circunstancias de cada caso, puede a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

- a) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos
- b) Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado
- c) Por haber sido condenado dos o más veces por delito de orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

Se pierde también la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona, el que haya sido suspendido en caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3 del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido.

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

En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.

Con respecto a la titularidad fuera del matrimonio, establece la mencionada ley que en los casos de hijos comunes fuera del matrimonio, la patria potestad

corresponde conjuntamente al padre y a la madre cuando la filiación se establece simultáneamente respecto de ambos, porque si la filiación se establece de manera separada, el padre que reconozca a los hijos con posterioridad, compartirá el ejercicio de la patria potestad, si dicho reconocimiento se produce dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del respectivo hijo. Además, esta ley determina que en todos los demás casos, la titularidad de la patria potestad corresponde sólo a aquel padre respecto al cual se haya establecido primero la filiación, a pesar de que el juez competente puede conferir patria potestad al otro padre, si la filiación se establece con respecto a él mediante reconocimiento voluntario que dicho padre haga del hijo, y prueba que este último goza, en relación a él, de posesión de estado, oída la opinión del hijo y la del padre que tiene la patria potestad, y siempre que tal conferimiento resulte conveniente a los intereses del hijo, de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta que se levante al respecto.

Siendo la regla general, que los padres ejerzan la patria potestad sobre los hijos, la excepción a esa regla, consiste en la pérdida de ese derecho, por parte de alguno de ellos, o de ambos, sólo puede tener lugar en los casos en que la ley determina expresamente. La ley es clara y determinante sobre este asunto.

En caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio, el juez competente debiera de aplicar una medida provisional en la cual se garantizará el bienestar económico de los niños mientras se resuelve, o los padres llegan a un acuerdo, porque mientras eso pasa en la realidad el padre se hace el desentendido de los hijos como si no tuviera una responsabilidad económica o moral con los hijos, pero no existe una ley donde se obligue al padre a garantizarles nada mientras no concluya el juicio referente a la patria potestad y a su contenido de visitas y de alimentos igualmente.

La iniciación de un juicio de separación de cuerpos o de divorcio, no afecta a la patria potestad, pero permite al juez decidir sobre la guarda de los hijos menores, y la separación de cuerpos por mutuo consentimiento tampoco afecta la patria potestad en su conjunto aunque sí afecte la guarda del menor.

Si bien es cierto que la patria potestad no es renunciable, al disolverse el matrimonio, bien pueden los divorciados establecer la forma en que respectivamente habrán de ejercitar los derechos de patria potestad, compaginando de algún modo las dificultades que forzosamente tiene que acarrear la separación, por lo que si establecen que los hijos quedaran confiados a la custodia de la madre.

#### 4.8 Modificaciones que pudieren surgir por la patria potestad

##### 4.8.1 Extinción de la patria potestad

Es cuando el menor de edad llega a su mayoría de edad, por su muerte, por que sea adoptado, por fallecimiento del que ejerce la patria potestad, la patria potestad se ejercerá sobre los hijos menores de edad y terminara una vez estos hayan cumplido la mayoría de edad por adquirir la capacidad de ejercicio esto sucede una vez haya cumplido los dieciocho años de edad, cuando esto sucede termina automáticamente la representación legal de los padres con respecto a los hijos.

##### 4.8.2 Pérdida de la patria potestad.

Ésta sucede cuando por causa grave impide la convivencia del menor con su padre al que se le ha otorgado la patria potestad.

#### 4.8.3 Privación de la patria potestad

Ésta procede en el caso en que exista maltrato, cuando haya abandono o los expongan a situaciones de peligro, cuando traten de corresponderlos contra la moral y las buenas costumbres de los hijos, o cuando sean condenados como autores o cómplices de un delito o falta cometida intencionalmente contra los hijos.

#### 4.8.4 Limitación de la patria potestad

El juez deberá de privar a los padres de la patria potestad, a limitar las visitas de las circunstancias que amerite o que considere que el padre custodio pone en riesgo la vida del hijo

#### 4.8.5 La suspensión de la patria potestad

Por incapacidad de uno de los padres por interdicción debe de probarse que los padres estén impedidos de hecho para ejercer la patria potestad.

Aun cuando la patria potestad concluye por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga aquella; deberá ejercerla el hijo que tenga la mayoría de edad, y que se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, no debe perderse de vista que en estos casos se habla de la falta de dicho ejercicio con respecto a la patria potestad. Es decir que la patria potestad es indelegable, además de los casos de muerte, interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos en que existe imposibilidad, como acontecería si el padre, en el momento preciso y urgente de representar en juicio a sus hijos menores, se encontrara privado, por causa de enfermedad de sus facultades mentales, que lo colocará en situación de no poder desempeñarse personalmente ni de poder otorgar mandato, como por ejemplo si el padre se encontrará prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera perdería a sus menores hijos.

Los efectos de la pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad afecta a los padres que tienen los padres sobre los hijos sin que se altere el vínculo filial que existe entre ellos.

La patria potestad es ejercida por los padres como un derecho fundamental en donde se le otorgue bajo ciertas condiciones. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos, como para el progenitor condenado por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas en donde se justifique con pruebas el porqué de la privación.

Los padres pueden ser privados de la patria potestad respecto con sus hijos en los casos siguientes según “el Artículo

- a) Por maltrato físico, mental o moral
- b) Cuando los menores sean expuesto a riesgos o amenazas a sus derechos fundamentales
- c) Cuando el padre incumpla con sus deberes inherentes que tenga con sus hijos
- d) Al ser abusado sexualmente, o cuando los padres los obliguen a la explotación sexual
- e) Si los padres son dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes, o sea dependiente de otros fármacos en los cual pudiera afectar su salud, y la integridad de sus hijos.
- f) El padre al ser condenado por hechos punibles contra sus propios hijos
- g) Al ser declarado interdictos
- h) Cuando el padre se negare rotundamente a prestar alimentos a sus hijos
- i) Incitar a los hijos a realizar actos en los que se atente contra su propia vida o integridad física”.

Aquí no estamos violando ninguna garantía contra el padre en cuanto a la patria potestad de sus hijos, si no fue condenado al divorcio, por injurias y abandono de hogar. Una reiteración por parte del padre, de las expresiones injuriosas en contra de la madre, que sean dictadas en presencia de sus hijos, sí es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad, exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad. En conclusión hay que tener en cuenta que estudio han demostrado que constituye una experiencia en la que resulta una obligación elemental en la que hace responsable a los padres que formen moralmente a sus hijos. Por otro lado la patria potestad deberá ejercerse en forma en que se prepare a los menores para cumplir la obligación y un mandamiento, de honrar y respetar a sus padres; en donde podrían cumplirse la obligación con relación a la madre, esta no deberá poner en contra de su padre y meterles ideas en contra de su progenitor desde sus primeros años ideas de menosprecio y deshonor tanto del padre como la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente, del padre si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, más no la reiteración necesaria para que constituya una conducta.

Casos de extinción de la titularidad de la patria potestad, en los casos siguientes se puede extinguir la patria potestad.

- a) Cuando el hijo sea mayor de edad
- b) Con la muerte del padre, de la madre o de ambos
- c) Cuando los padres consientan dar en adopción a su hijo a otra persona.

La titularidad puede extinguirse por causa del hijo a parte filial o por causa del padre o de la madre a parte patris.

Por causa filial del hijo a parte

- a) por muerte del hijo
- b) Cuando este cumpla la mayoría de edad.

Por causa del padre o de la madre a parte patris a parte matris

- a) Por muerte del padre o la madre
- b) Por que se extinga el parentesco entre el hijo esto en el caso de la adopción o por la impugnación de la paternidad entre otros.
- c) Por privación de la patria potestad, impuesta al padre o a la madre en sentencia firme.

Causas en que se puede excluir el ejercicio de la patria potestad.

- a) Cuando esta sea por ausencia
- b) La no presencia de uno de estos
- c) La sujeción del padre o madre a tutelar
- d) Imposición del ejercicio en las funciones con respecta a la patria potestad cuando haya sido declarada por el juez competente
- e) Con la falta de reconocimiento voluntario de los hijos naturales.

En ejercicio de la patria potestad del adoptante el Artículo 232 del Código Civil establece que “al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptante y éste tiene derecho a usar el apellido de aquel. Sin embargo en la doctrina comparada se encuentran la adopción plena o simple”.

El ejercicio de la patria potestad corresponde individualmente al adoptante en la adopción individual o a los adoptantes en la adopción conjunta. En caso de

separación de cuerpos, divorcio o nulidad del matrimonio de los adoptantes que ejercían la patria potestad.

En el caso de adopción individual plena, si el adoptante queda privado de la titularidad de la patria potestad o excluido en forma total, se abre la tutela, a no ser de que se trate de la adopción del hijo del otro cónyuge, por cuanto excepto en este caso, la adopción plena extingue el parentesco entre el hijo y sus padres de la sangre.

El tutor no puede adoptar al pupilo mientras no hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela y entregados los bienes al protutor.

En algunos países en los casos de adopción individual simple, si el adoptante es privado de la patria potestad o excluido en forma total de su ejercicio, la patria potestad será ejercida por los padres de sangre.

En el caso de la adopción conjunta si uno de los cónyuges queda privado de la patria potestad o excluido totalmente de su ejercicio, el otro cónyuge pasaría a ejercerla en forma individual, y en caso que ambos queden privados o excluidos totalmente de la patria potestad se abrirá la tutela en caso de adopción plena caso de Venezuela, y en los casos de adopción simple otras legislaciones se pasa el ejercicio de la patria potestad a los padres de sangre.

La adopción no termina con la mayoría de edad del adoptante, pero si pone fin a la patria potestad que sobre el ejerce el adoptante.

Cuando cesa la adopción, esta termina en los casos siguientes; según lo establece "el Artículo 246 del Código Civil.

- a) Por mutuo consentimiento de adoptante y adoptado, cuando éste haya cumplido la mayoría de edad
- b) Por revocación En el caso de revocación será declarada por el tribunal, a solicitud del adoptante con intervención de la Procuraduría General de la Nación y de las personas que prestaron su consentimiento para constituir la adopción”.

Las causas en que se puede revocar la adopción; según lo establece “el Artículo 247 del Código Civil.

- a) Por atentar el adoptado contra la vida y el honor del adoptante, su cónyuge, ascendiente o descendientes
- b) Por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de sus bienes
- c) Por acusar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge
- d) Por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia”.

#### 4.9 La guarda.

La guarda de los menores de edad la ejerce el padre y la madre que tienen legalmente la patria potestad y la cual será fijada de mutuo acuerdo entre ambos padres cuando se trate del lugar de su educación, residencia o habitación, el padre y la madre serán los únicos responsables legalmente en el cumplimiento adecuado de esta.

En cuando al poder de corrección dentro de la guarda, o en caso exista la custodia, vigilada y orientada hacia una educación adecuada en beneficio del menor, así como la facultad para imponerle correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y moral.

La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Para ello se requiere el contacto directo con los hijos y por lo tanto la facultad de decidir de los padres del lugar de residencia de los menores.

Estas correcciones de las cuales hacemos referencia tienen sus limitaciones en cuanto quedara prohibido que se castigue a los menores con castigos crueles a su integridad física; si en caso el juez llegue a probar que en el ejercicio de la patria potestad el que tiene a su cargo la patria potestad se ha excedido en los castigos con los menores o en su caso haya usado castigos crueles e innecesarios se tendrá que aplicar el castigo que proceda al padre agresor.

El ejercicio de la guarda forma parte del ejercicio de la patria potestad, por lo tanto tiene los caracteres de ésta relacionados al carácter obligatorio, personal, intransferible, indisponible, gratuito y familiar. En cuanto a la privación de la guarda no presupone falta del padre o de la madre, de forma que la privación de la guarda no tiene un carácter deshonoroso como la privación de la patria potestad.

Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal es un medio insustituible para protegerlos, y guiarlos hacia un camino correcto para que puedan desenvolverse en la vida llenos de satisfacciones y de logros a ello los padres estamos obligados hacerlo juntos, en equipo.

Cuando en un juicio se hace declaración sobre la custodia de los hijos menores, como consecuencia de la separación o de un divorcio y la declaratoria que concede la custodia en favor de alguno de los padres, no implica para quien no la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues ésta tiene que probarse en sentencia definitiva a favor de uno de los padres.

La guarda en el ámbito doctrinal suele ser dividida en guarda material y guarda jurídica. La guarda material constituye el conjunto de poderes y deberes sobre la persona física del hijo, mientras que la guarda jurídica constituye el conjunto de poderes y deberes paternos sobre la persona moral o intelectual del hijo. Es importante destacar que la legislación Venezolana no especifica normas determinadas para estos tipos de guarda, sino que trata a la guarda en su sentido general abarcando a ambas indistintamente.

#### 4.10 Las facultades que se comprenden en cuando a la guarda del menor

En cuanto a la guarda de los menores mencionaremos algunas a continuación:

- a) Se determinará el lugar de en donde el niño será educado, el lugar de su residencia.
- b) Tomar la desiciones en cuanto a la alimentación, la salud física y psíquica, vestuarios y hábitos de vida en general del menor.
- c) Medidas necesarias para asegurar la vigilancia de los hijos, incluyendo la vigilancia relativa a las amistades de estos.
- d) Como padre tenemos la obligación a darles a nuestros hijos una educación, que comprenda la determinación de género en cuanto a los educadores y los planteles de los colegios o escuelas para nuestros hijos.

La educación y vigilancia del menor por parte de los padres hacia los hijos tiene la finalidad de evitar daños a terceros, es decir que es una obligación como padres frente a los terceros. Por esta razón se hace responsable a los padres de los daños que sus hijos menores causen a terceros.

Con respecto a las correcciones, éstas debieran estar legalmente establecidas legalmente condicionado a que éstas sean adecuadas a la edad y desarrollo físico y mental del menor.

Estas facultades tienen la finalidad de la protección del hijo cuando estas facultades se extralimitan, cuando se violan estas finalidades y son contrarias a derecho, van en contra del beneficio de los hijos, y por lo tanto en contra de la protección constitucional que se les brinda a éstos.

Es importante destacar que debe considerarse ajena a la guarda la facultad de celebrar actos jurídicos válidos en nombre del hijo, aunque tengan por objeto la protección del mismo, porque están facultados los padres a formar parte del poder de representación de los hijos.

#### 4.11 El ejercicio de la guarda

Como hemos hecho ya referencia en capítulos anteriores, el padre y la madre son los únicos que pueden ejercer la patria potestad con respecto a los hijos y son los responsables civilmente de éstos.

Cuando exista desacuerdo acerca de la decisión que corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda, cualquiera de los padres puede acudir ante juez competente quien previo intento de conciliación, después de oír a ambas partes y al hijo, decidirá el punto controvertido en la oportunidad que fijará con

antelación, sin perjuicio de que la parte no satisfecha pueda intentar el juicio de guarda.

#### 4.12 Medidas sobre guarda en caso de divorcio o separación

En los casos de demanda divorcio, separación del matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos la cual debiera ser hasta que este tenga por lo menos siete años de edad. Los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de él. Además agrega que de no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la guarda de los hijos, el juez competente determinará a cuál de ellos corresponde. En el caso de los hijos de siete años o menos cuya la guarda no pueda ser ejercida por la madre conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o a solicitud expresa de la misma, el juez debe decidir si la guarda debe ser ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar.

No es aceptable que un juez prive del derecho que tiene el padre de ejercer la patria potestad de un hijo que aun es menor de edad, por qué hay que tener en cuenta que la corta edad del niño lo limita a decidir con quién de los dos padres debiera estar, esto sucede en el caso del divorcio, cuando entre los padres no existe un acuerdo mutuo, por la forma con quien se quedarán los hijos, siempre los hijos quedarán al cuidado de la madre cuando estos sean menores de siete años, por lo que ya sea que se trata de divorcio o de conflictos de cualquier naturaleza, existe la circunstancia de que los hijos pequeños necesitan del cuidado y atención de la madre, y en tal virtud, deben estar en poder de la misma.

De manera que los hijos menores de siete años deben siempre permanecer bajo el cuidado de la madre, que, dada su condición física y natural, es quien puede proporcionar los mayores cuidados de atención, amor dedicación y esmero para un mejor desarrollo integral del niño para su normal, y sólo en los casos excepcionales determinados en la ley pueden contrariar este principio de privársele a la madre de la custodia; por lo tanto la circunstancia de que el progenitor del menor, goce de una situación económica más holgada en relación con la madre de éste, cuya custodia se controvierte, es insuficiente para separar a dicho menor de su citada progenitora.

Es necesario destacar que el juez podría tomar medidas provisionales con respecto a la guarda en los casos de demanda de divorcio o de separación de cuerpos, de manera que el juez puede confiar la guarda de los hijos menores a uno sólo de los cónyuges y si lo creyere conveniente, poner los menores en poder de terceras personas.

Cuando se introduzca la demanda de nulidad de matrimonio el juez también puede tomar las medidas provisionales respecto a la guarda de los hijos menores.

En los casos en que el divorcio o separación de cuerpos sea decretado por alguna de las causales que establece el Código Civil que en ellas quedará privado de la patria potestad, y como consecuencia quedará también privado de la guarda y de todas las facultades inherentes a la patria potestad.

#### 4.13 Revisión y modificación de la guarda

El juez puede revisar y modificar las decisiones en materia de guarda, a solicitud de quien esté sometido a la misma, del padre o de la madre o la Procuraduría General de la Nación. Toda variación de una decisión anterior en

materia de guarda, debe estar fundamentada en el interés del hijo, quien debe ser oído si la solicitud no ha sido presentada por él.

Al padre o a la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado injustificadamente a cumplirla, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, a no ser que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido voluntariamente con la obligación de dar su pensión alimenticia.

#### 4.14 Competencia jurisdiccional respecto a la guarda

Todo lo relativo a la atribución y modificación de la guarda deben ser ejercida por los jueces de familia.

Es importante destacar en este punto que según lo dispone en caso de divorcio o nulidad de matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes, o cuando haya niños o adolescentes, el juicio de divorcio o de nulidad.

#### 4.15 Representación y administración con relación a los bienes

Con respecto a la representación y administración de los bienes del hijo, el Código Civil establece que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente y la intervención de la Procuraduría General de la Nación.

Tampoco podrán los padres celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona.

Siempre que el juez conceda licencia para enajenar o gravar bienes inmuebles, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta o el monto del crédito sea empleado con el objeto que motivó la autorización y que el solo, si lo hubiere, se invierta debidamente, depositándose mientras tanto en un establecimiento bancario. Salvo el caso de sucesión intestada, el que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor.

Los acatos realizados contra esta prohibición pueden ser enumerados a solicitud del hijo o de sus herederos.

#### 4.16 Quienes pueden ejercer la representación y administración

El padre y la madre que ejercen la patria potestad son quienes los representan en los actos civiles a sus hijos menores e incapaces y tienen además el poder de administración de los bienes de estos menores de manera que se otorga a los padres dos tipos de poderes, uno que se refiere al de representación y otro al de administración de los bienes.

Representación consiste en la facultad de celebrar actos jurídicos en nombre de otra persona, para que los efectos activos y pasivos de dichos actos recaigan en el menor de edad. En este sistema de representación, el representante sustituye al menor de edad para la realización de ciertos actos.

Con respecto a la administración consiste en la facultad de dirigir, conducir, gestionar, negocios o en su caso asuntos de otra persona de quien se ejerce la patria potestad, no puede enajenarse ni gravarse los bienes que correspondan a los hijos, si no por una necesidad que sea en beneficio del menor de edad y con previa autorización de juez competente.

Aquí siempre se pretende proteger a los menores de edad en cuanto a los bienes que sus padres les otorgue a su favor y que quien ejerza la patria potestad no pueda disponer a su sabor y antojo de dichos bienes que son para el bienestar del menor y lo que se pretende es que él pueda disponer en un futuro de dichos bienes.

La falta de capacidad debe ser substituida en donde debe intervenir una persona capaz en lugar de la persona incapaz para que pueda surgir una representación, en donde una persona está sujeta a la realización de actos que implican el ejercicio de un derecho que le corresponde a la persona quien ejercerá la titularidad correspondiente.

El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente del menor de edad cuando este poder falte, quien obra como tal representante sin poderes, o excediendo los límites de estos, no obliga al tercero interesado y es responsable hacia la otra parte del daño que esta sufre.

El poder de representación deriva de la ley o de la voluntad de la representada representación voluntaria y supone siempre la previa legitimación de este, aunque no siempre su capacidad. El mandato es una forma de representación voluntaria en donde se supone la legitimación y la capacidad del representado que respecta

a la patria potestad o en su caso la tutela que son las formas de representación legal en donde se supone la capacidad del representado

La representación de los incapaces tiene su fundamento en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas. En donde el tutor o el guardador, deberá solicitar del juez de primera instancia el discernimiento del cargo; y el juez, antes de confirmarlo o discernirlo, podrá seguir, de oficio, información respecto a la moralidad y aptitudes del nombrado. Con el resultado de la información, el juez confirmará o no el nombramiento y discernimiento del cargo, procediendo al inventario y avalúo de los bienes, así como el otorgamiento de las garantías correspondientes.

Las excusas o impedimentos para ejercer los cargos de tutor o guardador, deben presentarse dentro de quince días, contado desde la fecha de la notificación del nombramiento. Sin embargo, serán admisibles en cualquier tiempo los que sobrevinieren durante el ejercicio de dichos cargos. Mientras no esté aceptada la excusa y discernido el cargo a otra persona, no podrá separarse del ejercicio del mismo el que haya propuesto la excusa o impedimento.

La remoción del tutor, protutor o guardador será tramitada en forma de incidente, con intervención de la Procuraduría General de la Nación.

Para enajenar o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, el que los tenga bajo su administración deberá obtener licencia judicial, probando plenamente que hay necesidad urgente o que resulta manifiesta utilidad del acto que se pretende verificar, a favor de su representado.

Hay utilidades y necesidad en los contratos de bienes de menores, incapaces o ausentes.

- a) Cuando los productos de los bienes inmuebles no alcancen para satisfacer crédito legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentación del menor o incapaz.
- b) Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos.
- c) Cuando se proporciona la redacción de un gravamen mayor por otro menor

El representante de esta legitimación que corresponde al ejercicio de los derechos y facultades del incapaz, en nombre y en beneficio del menor que dentro de los límites que señala la ley y en donde se deriva el poder correspondiente.

Atendiendo a esta necesidad, la ley designa a las personas capaces que son llamadas en lugar de los incapaces, para que en los términos generales, pueda decidirse que la representación de los menores no corresponde a la persona que se ejercerá la patria potestad de los menores e incapaces.

Cuando los intereses del representante son puestos a los del representado, el representante legal debe ser sustituido, en cada caso, por la otra persona quien ejercita en nombre del incapaz los derechos y las facultades del titular.

Porque cuando los intereses de las personas que ejercen la patria potestad y la tutela, respectivamente, sean opuestos a los de sus respectivos representados, el juez nombrará a estos un tutor especial que defienda sus intereses, en cada etapa directamente.

#### 4.17 Extensión del poder de representación

El poder de representación como se ha explicado con anterioridad constituye un régimen de incapacidad, a través del cual se subsana la incapacidad de ejercicio o goce del menor de edad, que constituye una incapacidad general o plena.

La representación legal por parte de los padres, en principio, se extiende a toda clase de negocios jurídicos.

En ciertos casos el poder de representación legal no se extiende.

A los actos que la ley no permite realizar por medio de representante, como es el caso del matrimonio y capitulaciones matrimoniales. La razón es que estos actos son de carácter íntimo y personal.

Aquellos actos en los cuales el hijo tenga capacidad o esta limitada, de manera que lo que se requerirá es la asistencia o autorización y no la representación.

Para la realización de estos actos, el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad deben estar expresamente autorizados por juez competente, de lo contrario dichos actos estarán viciados de nulidad.

Al igual que el poder de representación, el poder de administración del patrimonio del menor que está sometido a la patria potestad corresponde a los padres quienes ejercen exclusivamente la patria potestad y quienes representan los actos civiles a los hijos menores. Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos, deberán obtener la autorización judicial del juez, igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores o desistir del procedimiento de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

Tampoco podrán reconocer obligaciones ni celebrar transacciones, cuando resulten afectados los intereses del menor sin la autorización judicial solo será en

caso de los menores sin la autorización judicial. Solo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor.

El juez podrá, asimismo, acordar la administración de todos o parte de los bienes y la representación de todos o parte de los intereses de los hijos a uno solo de los padres, a solicitud de este, oída la opinión del otro progenitor y siempre que así convenga a los intereses del menor.

Cuando el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, no puedan o no quieran aceptar una herencia, legado o donación para el hijo, deberán manifestarlo ante juez competente.

Cuando se compruebe plenamente mala administración de los bienes de los hijos por parte del padre o de la madre quien ejerza la patria potestad, o cualquiera de ellos el juez a solicitud de cualquiera de los antes mencionados o de los ascendientes o parientes colaterales de los hijos dentro del cuarto grado de consanguinidad se le podrá de oficio conferir la administración exclusiva al otro progenitor o cuya intervención no podrán los progenitores ejecutar ningún acto de si las circunstancias lo exigieren, a criterio del juez, éste podrá autorizar para ejercer la administración activa en la extensión que estime necesaria, pero sin exceder las facultades que la ley le confiere a los padres.

El juez tiene facultad para solicitar las informaciones y datos adicionales que estime conducentes para el mejor esclarecimiento de los hechos, así como para ordenar la ampliación de las pruebas y de los recaudos producidos, si los considera insuficientes.

El progenitor privado de la administración de los bienes del hijo podrá oponerse, no obstante, a cualquier acto que estime contrario a los intereses de este último.

El juez adoptará su decisión con conocimiento de causa y después de haber oído al otro progenitor tenga la administración de los bienes.

Los bienes que el hijo adquiera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él.

Los bienes que el hijo adquiera con el aporte patrimonial del padre o de la madre mientras, esté bajo su patria potestad, pertenecen en propiedad a dichos progenitores, pero éstos deben reconocer al hijo una justa participación en las utilidades o ganancias como remuneración de su trabajo y sin imputación alguna.

No están sometidos a la administración de los padres.

- a) Los bienes que adquiera el hijo por herencia, legado o donación, con la condición de que los padres no los administren; pero esa condición no podrá imponerse a los bienes que vengan al hijo.
- b) Los bienes que el hijo adquiera por donación, herencia o legado, aceptados en su interés contra la voluntad del padre y la madre que ejerzan la patria potestad; si hubo desacuerdo entre éstos, la administración de tales bienes corresponderá al que hubiese querido aceptarlos.

El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar

donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos o arrendamiento.

Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

Tampoco podrán reconocer obligaciones ni celebrar transacciones, desistimientos en juicio en que aquellas se cobren, cuando resulten afectados Intereses de menores, sin la autorización judicial.

La autorización judicial sólo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor.

El juez podrá, asimismo, acordar la administración de todos o parte de los bienes y la representación de todos o parte de los intereses de los hijos a uno solo de los padres, a solicitud de este, oída la opinión del otro progenitor y siempre que así convenga a los intereses del menor.

## CAPÍTULO V

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

En este capítulo desarrollaremos a la familia la cual constituye la base fundamental de la sociedad y como lo encontramos regulada en nuestra legislación.

#### 5.1 La familia

La palabra familia proviene de la voz famuli, que se deriva de famulus, que a su vez procede oscofamel, que significa siervo, o sea la gente que vive bajo de la autoridad del señor de ella, y el conjunto de ascendientes y colaterales de un linaje.

La familia se constituye en el sistema jurídico, recoge que éste presente en determinados tipos de sociedades y en una determinada época. Muchos juristas regulan al derecho de familia en el derecho familiar que constituye todos los tipos de familia. La familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre si, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonios, de parentesco o de afinidad el cual se constituye en un todo unitario y podemos agregar que en sentido amplio se incluye el término familia a las personas difuntas a las que están por nacer, familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien a las personas que contraen entre si un vínculo legal que emita al parentesco de sangre.

El concepto de familia históricamente es relativo y excluye a cualquier pretensión de absolutividad. Por lo que los juristas tienen una gran relevancia, el concepto en el que se determina el sistema positivo y a lo que debe de considerarse. En donde el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar siempre en interés de la familia,

La familia ésta fundada sobre el matrimonio la cual constituye comunidad de vida y de amor, es el elemento indispensable que surge de ambos lo que culmina con el matrimonio y lo que constituye un intercambio de consentimientos.

La familia aparece a través de la historia y aun en la actualidad como una comunidad que es creada en principio por el matrimonio y compuesto por progenitores y procreados y también la constituyen familias compuestas por un solo progenitor y sus hijos y por parejas no casadas. En el código civil encontramos definida a la familia en un concepto general de donde se constituye el por qué de un grupo familiar en el encontramos diversos aspectos que son la herencia intestada, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad en la que se toma en cuenta al cónyuge, a los ascendientes y descendientes, y se prolonga hasta el tema de seguridad social en donde abarca a los hermanos en materia de alimentos. Y en donde la familia se constituye como una unidad total de vida entre los padres y los hijos en un ámbito vital creado por un estado y una sociedad.

El consentimiento consiste en el recibimiento mutuo que se hacen ambos, en el que se dan y se reciben mutuamente. Es otorgarse recíprocamente por medio de la palabra como solemne promesa, que va acompañada por gestos que subrayan esa voluntad de mutua entrega. El don que se ofrece, la misma persona, asume la categoría cuando es recibo por los dos, yo te recibo como esposo, este consentimiento que une a los esposos entre si, encuentra su plenitud en el hecho a que los dos forman una futura familia.

El consentimiento, como expresión de este don, que hace el matrimonio, la alianza matrimonial y constituye un consorcio de toda la vida. Es un don cuando los esposos se otorgan el uno al otro es decir, la mujer al hombre. Estos quienes se unen en matrimonio, la que se basa en esa comunidad estructurada con leyes, propias que constituyen un contrato que se relaciona con la fidelidad recíproca

entre una mujer y un hombre esta es una de las características primordiales dentro del matrimonio por qué y es lo que constituye una relación sólida al matrimonio.

## 5.2 Sexualidad humana

Verdad y significado, esta perspectiva es también reconocida fundamentalmente por las conquistas de la razón, por los logros de una ciencia que se acerca de verdad al ser del hombre. Una proyección que supera el egoísmo y tiende al otro, es altruista, no es extraño, que hoy se puede hacer la denuncia de una tal banalidad del sexo que se detiene en estadios y etapas previas, en donde el egoísmo encierra y aísla, con la modalidad de una inmadurez que destruye el lenguaje del amor.

Muchas veces acceden al matrimonio con una personalidad severamente lesionada por una cultura falseada, que es como una bomba de tiempo para el mismo matrimonio. El hecho de que el lenguaje sexual, como comportamiento armónico y articulado, que está al inicio de la verdad, no debe reducirse a lo meramente biológico, es a veces traducido por escritores de la calidad de Marguerite Yourcenar en sus memorias de Adriano. Permitiendo recoger algunas de sus expresiones que, me parece ilustrarían la verdad que el magisterio quiere transmitir. El lenguaje de los gestos, de los contactos pasa de la periferia de nuestro universo a su centro y se vuelve más indispensable que nosotros mismos, y tiene lugar el prodigio admirable, en el que veo más una asunción de la carne por el espíritu que un simple juego de la carne, en una especie de misterio de la dignidad del otro que consiste en ofrecerme ese punto de apoyo de otro.

Hay entonces como una intuición, no exclusiva del universo, que restituye al sexo su grandeza y lo rescata del vaciamiento y de un uso instrumental que en la cultura del consumismo se parece mucho a lo desechable se usa y se bota. Es la

globalidad de la persona la que está en juego y sus actos no le son exteriores, como si pudieran ser atribuibles a otro, en una forma de irresponsabilidad básica e infantil. El hombre que se siente incapaz o inseguro de responder por sus actos, que asumen el tono de juegos provocados por un ser somnoliento.

En algunos casos las acciones no se les parecen. Deben parecerse, porque las acciones son la sola medida y el único medio de diseño en la memoria de los hombres o en la mía propia. No hay entre yo y los actos de los que soy hecho, indefinible, y la prueba, es lo que yo pruebo sin cesar en la necesidad de pesarlos, de explicarlos, de dar cuenta de ellos a mi mismo.

### 5.3 En el lenguaje sexual

El hombre se expresa, de alguna manera se diseña y se modela, y configura su destino. El don la verdad del mismo y su sentido adquieren una estatura y proporción dignas del hombre. Por eso la familiaris consortio subraya este valor sin el cual el sexo se vacía, pierde su verdad, hasta volverse caricatura y mueca que lacera y desfigura lo que debe brillar en el misterio de una carne el amor conyugal comporta una totalidad donde entran todos los elementos de la persona reclamo del cuerpo y del instinto, fuerza del sentimiento y de la afectividad, aspiración del espíritu y de la voluntad; mira a una unidad profundamente personal que, más allá de la unión en una sola carne, conduce a no hacer más que un solo corazón y una sola alma.

El consentimiento recíproco recordábamos antes es personal e irrevocable; la donación es definitiva y total. Su lugar noble propio único es el matrimonio.

Podríamos decir que lo definitivo es una calidad de la totalidad de la donación. Es la superación de una entrega parcial a pedazos por cómodas cuotas que son homenajes al egoísmo, al amor un amor así a trozos, espontaneidad y poesía.

Entre los novios es otra la tonalidad. El amor que se promete o tiene ansias de duración, de eternidad o en el fondo no existe.

La entrega es por toda la vida y sobre todas las circunstancias. Asegura contra lo provisorio, contra el desgaste, contra la mentira. Qué, decir de quienes, como un nuevo paso de pluralismo y de actitud complaciente en el campo jurídico, se proponen ensayar legislaciones de matrimonios ad tempus, de comuniones temporales. Afirmar que el amor es elemento constitutivo del matrimonio es sostener que de no haber existido aquella mutua entrega irrevocable, no existiría entre los esposos el foedus coniugale, de leyes, por tanto de unidad e indisolubilidad no son exigencias extrínsecas al matrimonio, sino que nacen de su mismo ser. Y así el amor constituyente ha de ser amor conyugal, exclusivo e indisoluble.

#### 5.4 El matrimonio

Es la unión estable entre el hombre y una mujer, que convienen de mutuo acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento que regula el interés de la sociedad.

Son caracteres del matrimonio según la concepción corriente en los países civilizados:

- a) constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos si los hubiere, y
- b) Y de un acto jurídico bilateral de voluntades celebrado en un acto ceremonial a lo que comúnmente se le conoce como la boda. Este acto se halla regulado, con carácter solemne, por la ley como

En alguna de las disciplinas con respecto al matrimonio nos encontramos con una cultura jurídica, un doble aspecto de la celebración como acto intercambio de consentimientos en forma legal por causa del cual nace el estado de cónyuge; y el del estado civil creado, situación de duración indefinida producida por la manifestación de tal voluntad.

El modelo actual de matrimonio, en el cual el vínculo procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial.

El matrimonio requiere aptitud nupcial absoluta y relativa, cada contrayente debe ser apto para casarse y debe poder casarse con la otra parte. En el primer aspecto exige ser mayor de edad y tener libertad para casarse. La exigencia de edad puede ser dispensarse a quienes tengan edad, que se suele establecer a los catorce años de edad 14 años. En el segundo aspecto es impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como la existencia de un próximo parentesco entre los contrayentes. Estos impedimentos son coincidentes en la práctica en todos los sistemas matrimoniales, si bien en cada uno de éstos podemos encontrar impedimentos especiales que responden a los fines de la sociedad civil.

A fin de acreditar que reúnen las condiciones para el matrimonio los contrayentes deben instar ante el juzgado u autoridad eclesiástica reconocida, en los sistemas en que se aceptan varias formas de celebración con eficacia civil, y jurisdicción a este efecto.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes.

### 5.5 Efectos personales del matrimonio

Los efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy

los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta el hogar que formaron; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre ellos se de una especialización de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el hombre trabajen fuera del hogar, ambos o uno solo de ellos, los cónyuges deben prestar todo lo necesario destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial que rijan entre ellos.

A ambos compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapaces y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés del hijo.

Siendo esta la patria potestad a la cual se le llama así a la relación paternofamiliar que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos. Hoy, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos.

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que viviendo juntos las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá a uno solo la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se hallan separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro y la cual será fijada por juez.

La patria potestad la reciben los padres al momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen.

Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue cuando el hijo alcanza la mayoría de edad

## 5.6 Anulación del matrimonio

El matrimonio como lo establece el Artículo 88 del código civil es nulo cuando le faltan insubsistencias al matrimonio, bien el consentimiento o cuando hay vicio en éste, afecte a la forma o a los presupuestos esenciales para su validez. El régimen de nulidad, ante la vigencia del matrimonio, es de muy escasa aplicación pues la declaración de inexistencia del matrimonio, que por lo general se reclama con el fin de celebrar otro, puede resultar en el aspecto más engorroso.

La nulidad del matrimonio consiste en que reúne características que al igual que los demás negocios jurídicos el cual consiste en la comprobación de que el acto concluido reúne todos los requisitos que la ley establece o como bien lo preceptúa en los Artículos 88,89,144,145 del código civil. Tiene que ser declarada por el juez y por ello en los sistemas en que se admiten diversas formas de celebración del

matrimonio civil el pronunciamiento suele reservarse a la forma de celebración. La nulidad civil se puede pedir por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, en los supuestos de falta esencial de forma o presencia de impedimentos, es decir, en aquellos casos en los que el defecto aparece de modo objetivo y desvinculado de la voluntad de los contrayentes; así también cuando la voluntad falta de modo absoluto, como en el caso de la simulación. Se restringe la legitimación para pedir la nulidad en los supuestos de falta de edad sólo corresponde a los propios contrayentes o los padres, tutores o guardadores y en aquellos donde se aprecian vicios de consentimiento. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. Los primeros se tendrán, en todo caso y a todos los efectos, como hijos matrimoniales. La declaración de nulidad del matrimonio extingue el régimen económico matrimonial. Al contrayente de buena fe la ley suele concederle una posición preferente.

Derecho matrimonial, aspecto del derecho civil y, muy en concreto, del derecho de familia, integrado por el conjunto de normas que se ocupa del matrimonio como fenómeno jurídico e institución en todas sus vertientes. Los principales asuntos sobre la forma de celebración, clases derechos y deberes de los cónyuges respeto ayuda mutua, fidelidad, convivencia, nulidad, separación y disolución del matrimonio; régimen económico conyugal normas generales, clases de regímenes matrimoniales, gestión y administración de los mismos, bienes que los integran, cargas y obligaciones y disolución.

Los esponsales son la promesa formal que hacen los contrayentes para un futuro matrimonio; los esponsales se enmarcan dentro de un acuerdo jurídico más amplio, que comúnmente se le conoce como capitulaciones matrimoniales donde se contempla, el régimen económico que regirá el futuro matrimonio y las aportaciones patrimoniales que efectuarán a la futura economía familiar los parientes de uno y otro esposo. Los esponsales tuvieron una gran importancia en la edad media por intervenir en la política matrimonial de las casas reales en

europas, y desde la edad media en donde nace el procedimiento fundamental para la alta burguesía, así como para las relaciones de una clase con la otra de las contempladas en este sistema. La celebración de los esponsales salvo en el derecho canónico medieval se presenta con la obligación de quienes los contraen a casarse entre sí, ni generan ningún vínculo que de lugar a impedimento matrimonial; tan sólo obligan a resarcir al incumplidor, en todo caso de los gastos efectuados con ocasión del matrimonio proyectado y a indemnizar cuando proceda, por las obligaciones contraídas con el otro. La acción que surge de la negativa a contraer matrimonio caducaba al año de la manifestación de la misma.

El matrimonio lleva la garantía de la estabilidad de lo permanente de la perpetuidad.

Podríamos decir que el don recíproco que liga más fuerte y profundamente que todo lo que puede ser adquirido al precio que sea, se expresa en una palabra de compromiso uno no se da verdaderamente sino cuando primero y en verdad da su palabra. El don del cuerpo no es verdaderamente humano sino en la medida en que cada uno da su acuerdo, en la medida en que cada uno ha permitido ir más allá en el diálogo, hasta la última intimidad.

Es una palabra expresiva, que permanece y que compromete profundamente a los esposos, de tal manera que una donación limitada voluntariamente en el tiempo desdibuja la misma calidad de un don total. La palabra expresa un sí profundo que surge de la raíz de un amor que quiere ser fiel a lo largo del tiempo. Así caracteriza el cese si el hombre, en su totalidad, incluye la dimensión temporal. Además, el sí de un ser humano supera a la vez este tiempo. En su integridad, el sí significa siempre. El constituye el espacio de la fidelidad la libertad del sí se hace sentir como una libertad delante de lo definitivo.

El amor no está necesariamente sometido a la degradación del tiempo como en las cosas que se desgastan y pierden paulatinamente su energía. No cae en la

órbita de la ley. El tiempo puede ayudar al crecimiento, a hacer del amor un compromiso más serio y profundo, una hermosa promesa y expresión de unos esposos avanzados en años te amo más que ayer, pero menos que mañana. La alegría de la serenidad, de un testimonio que recibe el espesor de los años, se descubre en tantos matrimonios de personas ancianas en las cuales se conservan la frescura y la ternura afianzadas en el tiempo.

En virtud de la donación total se comprende mejor la exigencia de la indisolubilidad que libera y protege el amor y que no es su prisión o empobrecimiento. Es falso aquello de que el matrimonio es la tumba del amor y que lo definitivo, su indisolubilidad, roba al amor su espontaneidad y su dinámica a ello lleva, sin duda, una cultura de lo perecedero, en la cual la palabra se vacía y es por tanto liviana hasta la irresponsabilidad. No lleva el peso de la verdad que no es caprichosa y cambiante como lo hace un falso amor, que engaña. La posible ausencia o debilitamiento de hecho en las manifestaciones del amor conyugal no destruyen las propiedades y la tendencia natural si bien las pueden obstaculizar, pues unas y otras reclamarán siempre ser vivificadas por el amor conyugal.

La donación total conduce a la exigencia de la fidelidad. Es una forma concreta de don, que empeña y libera. Un amor fiel es también y radicalmente indisoluble. Libera del temor de traicionar y ser traicionado y suministra a la fuente de la vida, la garantía y la transparencia a la que tienen derecho los hijos.

Antonio Miralles escribe también la mutua donación personal de los cónyuges exige la indisolubilidad del recíproco vínculo que ellos han establecido con tal donación. Ella es total y por tanto excluye toda provisoriedad, toda donación temporal. El vínculo conyugal presenta un carácter definitivo, en cuanto surge de una donación integral que comprende también la temporalidad de la persona. El darse con la reserva de poder desvincular en el futuro, significaría que la donación no es total, al contrario de aquella que hace nacer un verdadero matrimonio.

## 5.7 El hijo el don por excelencia

Cabe pues decir que la fidelidad, la indisolubilidad, el carácter definitivo, son esenciales en la calidad del don, aquí radica el compromiso. San Agustín enseñaba que entre los bienes del matrimonio ocupa el primer puesto la prole.

Es verdaderamente el mismo género humano quien en su bondad quiso servirse de los hombres como ministros para la propagación de la vida, señala la misión fundamental de la familia es realizar a lo largo de la historia la versión original transmitiendo a las generaciones.

Son dos expresiones que es preciso subrayar los padres son ministros y servidores de la vida.

La vida debe surgir en el matrimonio, como el lugar adecuado, el más excelente, en donde la vida es deseada, amada, acogida y en donde se realiza todo un proceso de formación integral.

Por su naturaleza la institución misma del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y a la educación de los hijos y con ellas son coronados como su culminación. En la forma más expresiva indica que los hijos son, ciertamente, el don más excelente del matrimonio y contribuyen mucho al bien de los mismos padres. El hijo es un don que surge del don mismo recíproco de los esposos, como expresión y plenitud de su mutua entrega. Es una maravillosa concatenación de dones que hermosamente se hace resaltar. La fecundidad es un don un fin del matrimonio, pues el amor conyugal tiende naturalmente a ser fecundo.

El niño no viene de fuera a añadirse al amor mutuo de los esposos, brota del corazón mismo de ese amor recíproco, del que es fruto y cumplimiento. Por eso todo el acto matrimonial debe quedar abierto a la transmisión de la vida el hombre

no puede romper por iniciativa propia, entre los dos significados del amor conyugal el significado unitivo y el significado procreador.

Los hijos son un don por excelencia de la futura familia. Las palabras del consentimiento lo expresan para mostrarlo con evidencia, si están dispuestos a criarlos y educar a los hijos que quiera darles cuando los esposos transmiten la vida a su hijo, un nuevo ser humano se inscribe en la órbita, una persona que llamaron con un nombre nuevo.

La existencia del hijo es un don, es el proceso de la concepción y del desarrollo en el seno materno desde el nacimiento como el espacio apropiado para que la nueva criatura pueda manifestarse como un don. Don para los padres y para la sociedad y para los miembros de la familia. El niño se hace don de sí mismo a sus hermanos y a sus padres y a toda la familia. Su vida se vuelve un don para los mismos autores de la vida.

Es preciso respetar cuanto entraña el sentido del amor mutuo y verdadero, el significado de la recíproca donación abierta a la vida. El lenguaje contradictorio al lenguaje que expresa una donación recíproca y total. El lenguaje se torna inexpresivo y, por tanto, mentiroso. Un lenguaje que no es vehículo de la verdad, sino de la mentira, en el desorden objetivo que la anticoncepción entraña se pone en sentido contrario al amor en cierta forma no logra siquiera tutelar el significado unitivo en plenitud. Sólo el amor mutuo y verdadero que expresa sin recortes la donación total, tiene la fuerza propia del amor conyugal. Cuando la pareja libre y conscientemente se deja llevar por otra lógica, y toma la vía sistemática de la contracepción, no pone una especie de bomba de tiempo a su propia unión conyugal.

Con particular fuerza y claridad esta verdad es expresada en la familiaris consortio. El lenguaje natural que expresa la recíproca donación total de los esposos, un lenguaje al no darse al otro totalmente se produce no sólo el rechazo

de la apertura a la vida, sino también una falsificación de la verdad interior del amor conyugal llamado a entregarse en la plenitud personal.

Un análisis penetrante entre la unión de los esposos y la procreación de los hijos viene desarrollada en el matrimonio y la vida conyugal. Dice así Los significados esenciales del acto conyugal que son el unitivo y el pro creativo expresan respectivamente la esencia y el fin del matrimonio. El amor que lleva a los esposos a la entrega formando una sola carne cuando se realiza.

La vida conyugal comporta una lógica de entrega sincera al esposo, esposa y a los hijos. La lógica de entrega total del uno al otro implica la potencial apertura a la procreación. La capacidad de esta entrega, crece y madura con el ejercicio propio de toda la vida conyugal, o queda inhibida por el egoísmo, cuyas insidias tratan de amordazar el dinamismo de la verdad inscrita en la propia entrega. Una de las principales expresiones de este egoísmo es el nivel individual, sino también de pareja, es el que ve la procreación no como exigencia de la verdad del amor conyugal, sino como fruto gratificante y elección voluntarista añadida al amor. En el concepto de entrega no está inscrita solamente la libre iniciativa del sujeto sino también la dimensión del deber.

Un amor conyugal que no abraza la dimensión parental propia de su verdad íntima acaba asemejándose al llamado amor libre, tanto más peligroso porque es presentado frecuentemente como fruto del sentimiento verdadero, mientras de hecho destruye el amor. Por esto, el rechazo a la apertura a los hijos contribuye hoy poderosamente a minar y destruir la entrega conyugal. No se trata como siempre ha sucedido por la flaqueza humana de actos o de períodos en los cuales los cónyuges han sido débiles para vivir con coherencia las exigencias de su paternidad o maternidad en circunstancias difíciles.

Hoy día muchas uniones conyugales labran su propia destrucción falseando las coordenadas de su entrega. En el momento del acto conyugal, el hombre y la

mujer están llamados a ratificar de manera responsable la recíproca entrega que han hecho de sí mismos con la alianza matrimonial. Ahora bien la lógica de la entrega total del uno al otro implica la potencial apertura a la procreación. Cuando se rechaza la capacidad del esposo o de la esposa a ser padre o madre, aquella entrega no respeta las exigencias del amor conyugal. Es por qué es esencial a una verdadera civilización del amor, que el hombre sienta la maternidad de la mujer, su esposa, como entrega.

Escribe Carlo Rocchetta según el amor agapé, la suprema plenitud del amor que dona y acoge; no un yo solo encerrado en sí mismo sino un yo que vive en sí mismo una existencia de amor interpersonal una eterna generación que surge del amor y concluye en el amor donde el intercambio de don entre las dos primeras personas alcanza su plenitud en el encuentro con la tercera. El vínculo sobrenatural entre los esposos contiene este valor.

El sentido del matrimonio y el amor de dos que encuentran su más profunda expresión, sería la más íntima y preciosa realización en el acto conyugal, en sí mismo. La realización de la unidad conyugal justificaría el instituto matrimonial.

El concilio arroja una amplia luz para mostrar el sentido pleno del matrimonio y contrarrestar estas u otras posiciones similares el matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de los hijos. Desde luego, los hijos son don excelentísimo y contribuyen grandemente al amor de los padres por tanto el auténtico amor conyugal y toda la estructura de la vida familiar que nace de aquél, sin dejar de lado los demás fines del matrimonio, tienden a capacitar a los esposos para cooperar valerosamente con el amor.

En la familia dentro del pueblo de la vida y para la vida, es decisiva la responsabilidad de la familia, es una responsabilidad que brota de su propia naturaleza, por eso el papel de la familia en la edificación de la cultura de la vida es determinante e insustituible.

## 5.8 La familia y la sociedad

Familia es la célula original de la vida social, es la sociedad natural en que el hombre y la mujer son llamados al don de sí mismos en el amor la vida familiar es fundamento de la sociedad e iniciación en la misma.

En esta necesaria dimensión no debo extenderme, ya que ha sido tratado en otros momentos y reflexiones. Me limitaré tan sólo a algunas consideraciones de carácter general.

Ya el concilio subrayaba al comienzo mismo del capítulo dignidad del matrimonio y la familia el bienestar de la persona y de la sociedad humana y cristiana está estrechamente ligado a una favorable situación de la comunidad conyugal y familiar y más adelante, con términos no menos expresivos declara pues es el mismo Dios el autor del matrimonio, al cual ha dotado con bienes y fines varios todo lo cual es de suma importancia para la continuación del género humano para el provecho personal de cada miembro de la familia y su suerte eterna, para la dignidad, estabilidad, paz y prosperidad de la misma familia y de toda la sociedad humana.

La familia es un don para la sociedad y exige de ésta un adecuado reconocimiento y apoyo, lo mismo que para los hogares asumir su misión política, la exhortación familiar que es la célula primaria y vital de la sociedad, que posee vínculos vitales, porque constituye su fundamento continuo mediante su función al servicio de la vida y su función importante dentro de la sociedad.

No son fáciles y transparentes las relaciones entre la familia y la sociedad, en la mediación del estado. Y esto por varios aspectos. El estado invade campos que antes estaban reservados a la familia. Y mientras la democracia despliega la bandera del respeto y de la participación, la familia se ve cada vez más confinada a un espacio reducido, en donde difícilmente respira y se siente acosada y hostigada. El poder del Estado se vuelve omnipotente. De alguna manera el

movimiento de privatización, en el reducto de la intimidad, que bien puede representar una forma de huida, y de refugio, respecto de los compromisos que la familia tiene con la sociedad. Pierpaolo Donati indica la familia se vuelve, en un punto de vista psicológico, una forma de particular convivencia, de comunicación privatizada y subjetivizada, de pura manifestación de intimidad y afecto, que es lo significativo, si no por otras razones de retraso social y cultural.

Es este un fenómeno complejo que aborda en una de sus dimensiones Paul Moreau, siguiendo de cerca en el mundo de afuera hay que producir y luchar para vivir. Es el mundo de la competencia económica y de los conflictos políticos. En cambio es la puntualización de Chirpaz, el mundo familiar puede aparecer, por contrapartida, y en oposición al mundo público, el lugar de lo privado, el de la relación humana verdadera. La intimidad como refugio ante la sociedad amenazante, o ante el mismo estado hostil, ante un mundo público que genera pena, sería el lugar de la autenticidad de la verdad y de la paz

Curiosamente la ciudad atrae, pero a la vez produce desafección, molestias y alimenta y nutre el sueño virgiliano del campo frente a la ciudad insoportable, agresiva y desorganizada. Esa concepción de la privatización que sustrae a la familia de su función de cara a la sociedad, puede enmascararse con toda clase de razones y comportar actitudes individualistas, egoístas de despreocupación. Es la oportuna denuncia de Moreau Huyendo de este mundo, en la deserción de las gentes honestas como yo, el abandono de gentes sin fe ni ley. Es objetivamente un acto de irresponsabilidad en donde se deserta el peligro no es afrontarlo y quien se contenta con huir del mundo público, es renuncia intolerable llega a ser objetivamente cómplice de la degradación que afecta al mundo público.

El refugio de lo privado y no oponerse, es una tentación que facilita la ambición del nuevo dominio, que termina no sólo por no reconocer la soberanía, anterior del mismo Estado sino por confinarla a la impotencia de un reducto sin fuerza. Es la legítima preocupación de Campanini la moral familiar no tiene como exclusivo

ámbito de ejercicio las paredes domésticas existe, de parte de la familia, el preciso deber de concurrir a la humanización de la humanidad y a la promoción del hombre.

Precisamente porque es, en cuanto estructura, punto de encuentro entre lo público y lo privado, la familia no puede aislarse en su propia intimidad que, entendida como privatización, sería falseada y deformada, sino que está llamada a hacerse cargo de los problemas de la sociedad que la circundan

Sobre todo, la instauración de esta relación aparece en las sociedades industriales avanzadas caracterizadas por una fuerte incidencia de la esfera pública en la vida familiar condición casi que necesaria para el mismo correcto cumplimiento de la misión educativa.

La familia es una sociedad soberana, reconocida en su identidad de sujeto social. Es una soberanía específica, como realidad sólidamente arraigada, aunque sea condicionada por diversos puntos de vista. Los derechos de la familia, estrechamente ligados a los derechos del hombre, han de ser reconocidos, en su calidad de sujeto, que realiza el diseño de Dios, y exige derechos particulares y específicos, consignados en la carta de los derechos de la familia.

La familia es un bien necesario para la sociedad, cuando no es respetada, ayudada, sino obstaculizada, deja un vacío inmenso, desastroso para los pueblos. El divorcio, la nivelación del matrimonio, la mera unión que puede ser confirmada como matrimonio en la sociedad, la permisividad. La familia se sitúa en el centro de todos los problemas y de todas las tareas relegarla un papel subalterno y secundario significa causar un gran daño al crecimiento auténtico del cuerpo social.

Como aplicación del principio de subsidiaridad en el campo educativo, hay que acordar que no puede delegar del todo esta misión a un solo padre. Debe

contentarme aquí con la simple enunciación del problema de las mediaciones sociales.

Pierpaolo Donati reflexiona sobre las nuevas mediaciones familiares, tras proponer esta pregunta. La familia no media más en lo social. En algunos campos la familia es tratada como un llamado en causa sólo en casos problemáticos. Se difunde la sensación de que la familia desaparezca de la escena social por causa de la cantidad desmesurada de divorcios que se plantean a diario, y en donde no se valoriza la estabilidad emocional de la familia en si mucho menos a los hijos.

Sin embargo, Pierpaolo Donati advierte con razón del hecho, ninguna investigación en el campo confirma la irrelevancia de la familia. Si por algunos aspectos disminuye la importancia de la familia hoy en día.

Hoy se entiende que el hijo no es un átomo aislado, o una mónada en el esquema familiar si no una molécula que fluctúa en el vacío. Resurge la preocupación por los derechos de los niños. Se busca el derecho a la identidad biológica del hijo, como también las raíces culturales, étnicas e históricas. En el pasado era la sociedad la que imponía a la familia las mediaciones que ésta debía ejercitar; hoy es el individuo el que goza del derecho de valerse de las mediaciones, de hacerlas emerger y de valorizarlas. Observa además. Las más diversas investigaciones ponen en evidencia que la familia media, en modo diverso del pasado, una cantidad de relaciones y de posiciones sociales, que lejos de ser menos importantes de un tiempo, son incluso más decisivas para el destino social y la calidad de vida.

Se reconoce que en donde el desconocimiento se extiende en forma alarmante, especialmente en el campo político, que debiera tener el mayor interés, a no ser en circunstancias en que no pueden ocultarse efectos y reacciones negativas. Es acentuada la separación en el campo educativo.

Hay nuevas formas de mediación que proceden de un descubrimiento más hondo de la familia, como sujeto y esto particularmente en el campo de una visión humanizadora, personalizadora, por ejemplo en todo lo que la familia representa necesariamente para el crecimiento armónico del hijo, la mediación del amor en el hogar, o el calor humano en el acompañamiento del anciano y su rico aporte de experiencia en la familia concebida en forma más amplia, en cuanto a la solidaridad entre las generaciones<sup>5</sup>. La subjetividad de la familia cuenta en gran medida para la formación de la identidad personal del niño, el cual necesita de un ambiente de familia, como un derecho fundamental.

Así las cosas, cabe decir que si se olvida, por algunos aspectos la familia como bien social, surge el valor de la familia, por otros, como un nuevo bien. Todo esto que viene a subrayar aspectos medulares de la mediación de la familia, quizás puede liberar a la institución familiar de otras mediaciones accidentales que el tiempo revela como prescindibles, sin que se afecte ni el núcleo familiar, ni el tejido social. Puede ser la familia transmisora de unos valores, o centro de mediación que resulten más decisivos para la calidad de la vida social y para la ética pública. Coincide esta perspectiva con lo que señala la carta de los derechos de la familia. La familia constituye, más que una unidad jurídica, y económica, una comunidad de amor y solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desenvolvimiento y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad.

Se configura en las nuevas mediaciones una nueva ciudadanía de la familia. En tal sentido la incorporación en la sociedad no se haría desde la familia a la que se pertenece, como en el pasado, como una especie de pasaporte o carta de crédito, a partir de los apellidos. Esta etapa, en principio parece superada y si fuera así, sería algo positivo. En cambio, la incorporación se haría desde la identidad, la armonía del desarrollo de la personalidad adquirida, sobre todo en la familia. No se daría aquello de que hay quienes descansan mientras sus apellidos trabajan, sino por la calidad adquirida y lograda de la calidad personal, de su capacidad, de

su integridad. Es a esto a lo que apunta que la familia es la primera escuela de virtudes. En una nueva ciudadanía ocupa lugar destacado el conjunto de nuevas relaciones en que la mujer sea ampliamente valorizada con sus derechos y deberes y no a una dependencia masculina.

Es este un sector en el cual se expresa algo más amplio, como es el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, que en referencia con la familia no se limita al reconocimiento de menos derechos individuales.

Como persona y de la misma sociedad. De no alterar a fondo tal rumbo, cómo evitar un colapso universal. Este peligro en un nivel universal o en una nación ha de fortalecer la reacción saludable y la función política y social de la familia. Exige también que sea reconocido el derecho de la familia de poder contar con una adecuada política familiar por parte de las autoridades.

En este capítulo abordaremos los temas con relación a las consecuencias que tiene en nuestro país hacia como también a las legislaciones comparadas con respecto a guarda y custodia de los menores.



## CONCLUSIONES

- 1) La guarda y custodia es la protección que los padres deben dar a los hijos menores de edad y a los incapacitados. Y que corresponde a los padres del menor e incapacitados puesto que no se pueden valer por sí mismos.
- 2) Cuando la madre es soltera o de padres separados o divorciados, la guarda y custodia corresponde como regla general a la madre y excepcionalmente al padre en caso que esta no existiere, pero por lo general en estos casos queda el ejercicio de la patria potestad a la madre de los menores.
- 3) Cuando se le otorga la patria potestad a la madre queda obligado el padre a pasar mensualmente una pensión alimenticia a los hijos hasta que estos alcancen la mayoría de edad, y que en la actualidad no se cumple en la mayoría de los casos como lo podemos ver en los juzgados de familia en donde a diario se entablan demandas con respecto al incumplimiento de parte del padre no custodio con respecto a las pensiones alimenticias de los hijos.
- 4) Con respecto a los convenios celebrados en los tribunales ya sea por pensiones alimenticias o bien sea por el derecho a visitas del otro padre esto en la realidad no se cumple, por disputas continuas con el padre no custodio o por falta de las pensiones alimenticias a las cuales los hijos tienen derecho.

- 5) En la legislación guatemalteca existe la responsabilidad compartida de ambos padres en donde los dos por igual tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones para con los hijos.

## RECOMENDACIONES

- 1) Los padres están obligados a proteger económica y moralmente a sus hijos y a proporcionarles todo lo necesario siempre y cuando estos sean menores de edad, a los incapacitados por toda la vida por que ellos no se pueden valer por si solo.
- 2) Aunque la custodia le quede a la madre el padre también tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones para con los hijos.
- 3) Esta pensión económica que el padre le da a sus hijos se utilizará para su alimentación, educación, vestuario salud y todo aquello que la madre considere que su hijo necesita.
- 4) Los convenios celebrados ante el juez de familia y los padres al momento de que el padre custodio no cumpla con lo establecido, se le puede obligar a que cumpla con lo celebrado por ambos quienes tienen los mismos derechos con los hijos.
- 5) Que esta responsabilidad deberá ser compartida por ambos padres que tienen las mismas obligaciones para con los hijos, por que los hijos necesitan de igual forma el amor, apoyo, comprensión, tanto de la mamá como también de papá.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman, **Derecho de Familia**, Editorial Serviprensa S.A. 2005.

ARECHE DERRA, **La simulación en el Derecho Civil**, Editorial Barcellos. 1995

BRAÑAS ALFONSO, **Manual de Derecho Civil**, Editorial Estudiantil Fenix, Guatemala. 1998.

ESPIN CANOVAS GUILLERMO, **Volumen I parte general quinta edición**, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid España 1975.

GARCIA DORAL, **Pactos en materia de Alimentos**, Editorial Heliasta Madrid España. 1975.

HERNANDO CALLAZOS, **Causas de Divorcio**, Derecho Español Francés Comparado, Bilbao, 2000.

LACRUZ BERMEJO, **Derecho de Familia**, Barcelona, Editorial Alías, 1996.

LACRUZ, **Separación Consensual**, Acuerdo para Divorciarse y Convenio Regulador en el Derecho Matrimonial Español, Madrid, 1980.

LOPEZ Y LOPEZ MANUEL, **La Crisis Matrimonial**, Separación y Divorcio, Sevilla, Llerena 1993.

MALDONADO GUILLERMO, **La Familia Feliz**, Estados Unidos de Norte América, Editorial ERJ Publicaciones, Quinta edición, 2005.

NAVARRETE Y DENTICI VELASCO, **El Divorcio Causas y Procedimiento**, San

Sebastán, 1990.

PUIG PEÑA, **Compendio de Derecho Civil Español**, Tomo I Editorial Artes graficas Grefol, Madrid España, 1980.

RUGGIERRO, **El Derecho de Familia de Cicu**, Editorial Traducción Española Buenos Aires. 1970.

ZANNONI EDUARDO, **Derecho de Familia**, Editorial Estrella, Buenos Aires 1981.

### **Legislación:**

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

**Código Civil**, Congreso de la República, Decreto número 106 de 1973.

**Ley de Dignificación y promoción Integral de la Mujer.** Congreso de la República, Decreto Número 7-1999.

**Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia Intrafamiliar.** Congreso de la República, Decreto Número 97-2006.

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