

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



**PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 261  
DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106 GUATEMALTECO**

**SILVIA JANETH GÓMEZ AGUILÓN**

GUATEMALA, MAYO DE 2009

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

**PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO  
LEY 106 GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**SILVIA JANETH GÓMEZ AGUILÓN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, mayo de 2009.

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



**DECANO:** Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
**VOCAL I:** Lic. César Landelino Franco López  
**VOCAL II:** Lic. Gustavo Bonilla  
**VOCAL III:** Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
**VOCAL IV:** Br. Marco Vinicio Villatoro López  
**VOCAL V:** Br. Gabriela María Santizo Mazariegos  
**SECRETARIO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Luis Alfredo González Ramila  
Vocal: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla  
Secretario: Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Edwin Leonel Bautista Morales  
Vocal: Lic. Elder Ulises Gómez  
Secretaria: Lic. Rafael Morales Solares

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



Guatemala, 19 de agosto de 2008

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho.



De manera muy atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de asesor de tesis de la bachiller **SILVIA JANETH GÓMEZ AGUILÓN**. Con carné 200020446, intitulado "**PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106 GUATEMALTECO**". El cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades; y al respecto emito el siguiente dictamen.

- Considero que el tema investigado por la estudiante, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solamente reúne los requisitos exigidos por el Normativo respectivo, sino que además, es de suma importancia dentro de esta rama del derecho privado, específicamente en lo que respecta al tema de la patria potestad.
- La bibliografía utilizada, en el presente trabajo de tesis, es la adecuada y sus conclusiones resultan pertinentes con su contenido, la bachiller **Silvia Janeth Gómez Aguilón**, ha empleado la metodología correspondiente, en su exposición de investigación. Y la forma de redacción ha sido clara y práctica ya que en dicho análisis se proporciona un proyecto de ley como anexo.

En definitiva, el contenido de tesis, se ajusta a los requisitos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la reglamentación universitaria vigente, en especial con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que como asesor emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Licenciado Francisco Matías Tomás  
Asesor de Tesis  
Colegiado No. 4,275

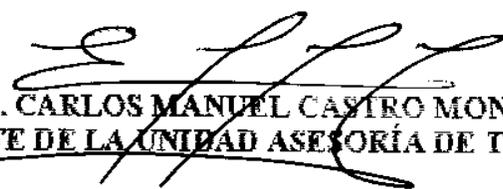
Lic. Francisco Matías Tomás  
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SILVIA JANETH GÓMEZ AGUILÓN, Intitulado: "PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTICULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106 GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

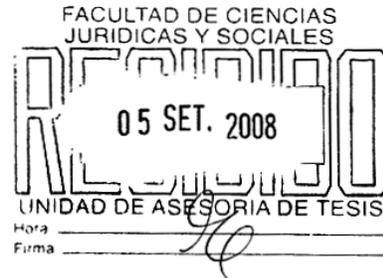


cc. Unidad de Tesis  
CMCM/ragm



Guatemala, 04 de septiembre de 2008

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho.



Licenciado Castro:

Tengo el honor de dirigirme a usted con el objeto de hacer de su conocimiento sobre la revisión de mérito realizada al trabajo de tesis de la bachiller: **Silvia Janeth Gómez Aguilón**; intitulado **“PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106 GUATEMALTECO”**.

En cuanto al tema investigado, leí detenidamente cada uno de los cinco capítulos, los cuales se interrelacionan entre sí, de dicha revisión se pudo apreciar que la bachiller aplicó los métodos correctamente, que las conclusiones y recomendaciones son congruentes; y que la bibliografía utilizada fue la adecuada.

Mi opinión respecto al contenido científico y técnico de la tesis, es que la misma puede ser motivo de amplia discusión para la sociedad guatemalteca y constituye un aporte muy significativo tanto para estudiantes como para profesionales en el campo del derecho civil.

En definitiva, el contenido de esta investigación, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación, la redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizadas son congruentes con los temas desarrollados dentro del trabajo, así mismo se anexa el proyecto de ley propuesto por la bachiller; es por ello 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 del Examen General Público, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado, para que continúe su trámite.

Licenciado Carlos Enrique Aguirre Ramos  
Revisor de Tesis  
Colegiado No. 3,426

Carlos Enrique Aguirre Ramos  
ABOGADO Y NOTARIO

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, dieciséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SILVIA JANETH GÓMEZ AGUILÓN, Titulado PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106 GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su misericordia, grande amor y ser fuente de sabiduría para alcanzar mis metas.
- A MIS PADRES:** Francisca Aguilón y Miguel Gómez por su dedicación y los esfuerzos económicos que realizaron para que alcanzase mi objetivo.
- A:** Universidad de San Carlos de Guatemala y muy especialmente a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A MIS HERMANOS:** Nelson, William, Nancy; por su apoyo incondicional y su ayuda económica, y en especial a Joshua que esto sea un ejemplo a seguir para él.
- A MIS TÍOS:** Con cariño y en especial a Teresa de Ruiz.
- A MIS SOBRINAS:** Deysi Suleyka, Kimberly y Alison, que mi triunfo sea un incentivo para ellas.
- A MIS ABUELITOS:** Por sus sabios consejos y por pedirle al creador por mi vida.
- A MIS PRIMOS:** Con afecto, especialmente a Ana María Ruiz y Karla Rodríguez.
- A MIS PADRINOS:** Licenciados Aura Martínez, Luis Barrientos, Rodolfo Barahona, Julio Fajardo, y William Maldonado.
- A:** Mi asesor Francisco Matías y revisor Carlos Aguirre; por ser un ejemplo a seguir.



**A MIS AMIGOS:**

Licenciadas Sandra, Auri, Lis y Damaris; gracias por apoyarme en el momento en que lo necesite; mi agradecimiento a Marielos, Gilda, Marly, Susy, Doris, Mario, Omar y Douglas.

**A:**

Usted que me acompaña.



## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

<b>1. La patria potestad.....</b>	<b>1</b>
1.1. Definición .....	6
1.2. Características .....	9
1.3. Derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad.....	9
1.4. En el caso de los padres.....	10
1.5. En el caso de los hijos.....	14
1.6. Situación de los hijos ante la patria potestad .....	16

### CAPÍTULO II

<b>2. Extinción, pérdida y circunstancias que modifican la patria potestad.....</b>	<b>19</b>
2.1. Inicio y extinción de la patria potestad.....	19
2.2. La patria potestad como institución de derecho civil .....	21
2.3. Separación de la patria potestad.....	22
2.4. Suspensión de la patria potestad .....	24
2.5. Pérdida de la patria potestad .....	25
2.6. Restablecimiento de la patria potestad .....	28
2.7. Comparación con el derecho argentino.....	30

### CAPÍTULO III

<b>3. Instituciones supletorias a la patria potestad.....</b>	<b>39</b>
3.1. La tutela .....	39
3.1.1. Disposiciones generales .....	42



3.1.2. Clasificación de la tutela.....	46
3.2. La protutela .....	51
3.3. Administración de los bienes del pupilo .....	53
3.4. Conclusión y rendición de cuentas de la tutela .....	60
3.5. La curatela .....	63
3.5. La guarda y custodia .....	65

#### CAPÍTULO IV

<b>4. Intervención del Estado como sustituto de los padres.....</b>	<b>67</b>
4.1. Antecedentes de la Procuraduría General de la Nación.....	67
4.2. Funciones.....	67
4.3. Visión y objetivos .....	68
4.4. Procurador General de la Nación.....	70
4.5. Procuraduría de la niñez y la adolescencia.....	70
4.6. Funciones.....	71
4.7. Procurador de la niñez y la adolescencia.....	72
4.8. Reseña histórica del Estado en políticas hacia los menores.....	73
4.9. Instituciones de tratamiento y orientación para menores .....	76
4.10. Las magistraturas de menores, juzgados de menores.....	78
4.11. Programa de hogares sustitutos .....	79

#### CAPÍTULO V

<b>4. Propuesta para reformar el Artículo 261 del Código Civil .....</b>	<b>81</b>
5.1. Análisis del Artículo 261 .....	82
5.2. Participación de un órgano jurisdiccional .....	88
5.3. Propuesta de reforma al Artículo 261 .....	89
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>93</b>



Pag.

<b>RECOMENDACIONES</b> .....	95
<b>ANEXO</b> .....	97
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	103



## INTRODUCCIÓN

El Estado de Guatemala tiene la obligación constitucional de garantizar el goce de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en todo su entorno social; empero, en la actualidad en el país prevalece la ineficacia en el cumplimiento de esa función, relativa a la problemática legal, social y cultural respecto al bienestar de los menores de edad.

Sin embargo, la figura jurídica de la patria potestad, preceptúa cómo deben quedar obligados, sujetos y comprometidos, los progenitores, con los hijos que han procreado, ya que es la razón de que se constituye como objeto fundamental de que exista legislación en torno a dicho término, el interés de realizar esta investigación, consiste en demostrar la igualdad de obligaciones entre los padres; de los derechos y deberes que surgen, siempre y cuando esto beneficie a los descendientes.

Por ello, se pretende democratizar esta institución, para que, en caso de controversia se debe procurar la participación de un órgano jurisdiccional de familia, para determinar los derechos y obligaciones para el beneficio del menor y su futuro. Y con esto fundamentar teóricamente a través de este estudio la necesidad de reformar el Artículo 261 del Código Civil guatemalteco. Es decir, otorgando las mismas condiciones entre ambos, y que se beneficie a los niños que es sobre todo el interés superior; pues dicho precepto supone: la igualdad tanto del hombre como la mujer para obtener las mismas obligaciones, derechos y deberes en este campo jurídico, pero sobre todo que los infantes reciban una educación adecuada.

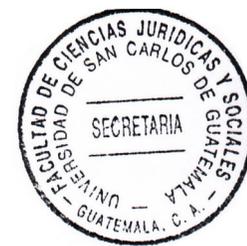
La teoría utilizada durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, es privada, debido a que dicha institución es de carácter eminentemente privado. Para ello se utilizó el método analítico, para comprender los elementos o componentes característicos de la misma, el sintético, para descubrir la esencia del tema; el



inductivo se aplicó a toda la tesis, haciendo una reseña histórica, significados de vocablos y comparación de bibliografías; y deductivo con el objeto de conocer las distintas doctrinas que sobre este fenómeno existen en el ámbito jurídico y social. Además se empleo la técnica bibliográfica como análisis de contenido.

En el presente trabajo realizado, se presenta un proyecto de ley para que en el futuro se tenga conocimiento del procedimiento a seguir, tomando en consideración aspectos doctrinarios y principalmente legislativos para solucionar la problemática, en lo que respecta a esta figura jurídica.

La tesis fue desarrollada en cinco capítulos, de la siguiente forma: en el primer capítulo se realiza un enfoque general de todo lo relacionado con la patria potestad, derechos y obligaciones que surgen de la misma; en el segundo capítulo se contempla el inicio, extinción, separación, suspensión, pérdida y restablecimiento; en el tercer capítulo se expone la tutela, curatela, y guarda y custodia; el cuarto capítulo se refiere a las instituciones de tratamiento y orientación para menores de edad, y el quinto capítulo aborda concretamente la propuesta para reformar el Artículo 261 del Código Civil Decreto ley 106 guatemalteco.



## CAPÍTULO I

### 1. La patria potestad

Siguiendo la revisión histórica a través de los siglos, de esta institución jurídica, logramos establecer que es uno de los conceptos más antiguos en el derecho de familia. Esta encierra todo un devenir histórico en las relaciones familiares, sobre todo de los padres e hijos, por el que han pasado de una visión de pertenencia, propiedad, autoridad y responsabilidad.

El origen de este término deviene de los vocablos latinos pater y potestas, que significa padre y poder o lo que sería igual al traducirlo como el poder del padre, absoluto e indefinido sobre los descendientes.

Para Guillermo Cabanellas refiriéndose a la patria potestad afirma que: “es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a sus hijos no emancipados”.<sup>1</sup>

La relación paterno filial, caracterizada por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad para los progenitores, el que legalmente es denominado patria potestad. Esta no deriva de la institución del matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmada por la ley; independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

---

<sup>1</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 297.



Toda vez que la unión y la procreación constituyen los hechos biológicos básicos que presuponen las relaciones jurídicas familiares. Ya que esta determina la filiación, y a su vez con ella se importa el establecimiento de un complejo de relaciones entre progenitores e hijos, que en el ámbito de derecho de familia, satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación de estos.

De modo entonces que a través de esta institución social se consolidan los imperativos fundamentales y cumple una función como centro de perpetuación de la especie, de naturaleza ética, que la ley no podría desconocer.

La historia de este término nos demuestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad como poder, es decir refiriéndose a un derecho, y el de un deber, o sea el poder exclusivo del padre o como autoridad conjunta del padre y de la madre.

Una clara síntesis de la evolución de esta figura jurídica, consiste en el conjunto de derechos y deberes que obligan a los progenitores en cuanto a las personas y bienes de los hijos menores de edad, cuya correcta, sana, justa y eficaz aplicación es, garantizada por el Estado de Guatemala a través de los tribunales de familia, los que por medio de sus sentencias están en la obligación de hacer que se cumpla con el objetivo.

Esta noción preliminar, refleja la situación actual de la institución, que dista del derecho romano, originalmente con el nombre de *manus*, de donde procede en espíritu y casi totalmente en la letra; al término referido. Sin embargo del concepto original se conserva únicamente el nombre, ya que esta se estableció a favor de quien la ejercía, y no del menor u otro pariente que pidiese estar sometida a la misma.



En este ordenamiento, la condición de padre de familia implicaba una auténtica facultad o autoridad, es decir un compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos la Propiedad absoluta del padre.

El *pater familia* de Roma ejercía su poder no sólo sobre la mujer propia y los hijos, sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos, incluso podía disponer de la libertad y hasta de la vida del potestado. Es oportuno resaltar que durante aquella época, las facultades se concretaban más específicamente en la prole.

Aquí los parientes no era un grupo de personas sujetas al poder doméstico, sino que estaba fundamentada en la necesidad de orden y defensa, es decir, en fines ultradoméstico; más que una agrupación natural, era un organismo jurídico-político, porque aunque desapareciera la potestad del mismo, se daba lugar a otro miembro de la familia, que fuese varón.

Esta soberanía fue reconocida expresamente en las XII tablas con carácter absoluto sobre vida y muerte de los hijos y sujetos al *pater familia*, aunque para privarles de la vida o de la libertad se estima que el jefe de familia debía convocar al consejo de la misma, integrado por los miembros de la gens, especialmente los hermanos que a su vez fueran también padres de familia. Absoluta en su contenido, también lo era en el tiempo, ya que duraba mientras el papá viviera, aunque podía salirse de su dominio para entrar en la de otro ciudadano, ya fuese por matrimonio, adopción o arrogación.

Los hijos, aun ganándolos por si mismo, no eran dueños de bienes algunos, ni podían otorgar testamento mientras estuviera vivo su progenitor, tampoco realizar negocios de enajenación o gravamen, pero si tenían capacidad para realizar transacciones que sirvieran como un instrumento de adquisición para el *pater* y para obligarse como deudor.



Toda esa severidad primitiva, fue atenuándose en la evolución del derecho romano con la desaparición del *jus viateet necis*, con la creación de los peculios, con la emancipación, la manumisión y con otras instituciones liberadoras en mayor o menor grado de los sujetos a la patria potestad. Invirtiendo violentamente las ideas, algunos autores modernos llegan a la conclusión, sin duda exagerada, de que al referirnos a este tema no integra sino una serie de deberes para los padres.

Los pueblos antiguos tienen como denominador común, en cuanto a esta institución un fuerte poder del progenitor, que se manifiesta en una función de su papel cuasi divino. De allí surge la obediencia y la veneración que le son atribuidas.

También existe un fundamento religioso del mismo, ya que se describe el carácter sacerdotal, ya que el pontífice no era únicamente el hombre fuerte que protegía y que al mismo tiempo poseía la facultad de hacerse obedecer, sino que también era el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, la raíz de los descendientes, el depositario de los misteriosos ritos del culto y de la formula secreta de la plegaria.

En el lenguaje religioso, la palabra *pater* se aplicaba a todos los dioses, en lo jurídico, se designaba a todo hombre que no dependiera de otro y que tuviera autoridad. No cabe duda que de esta base religiosa de la figura antes mencionada, se deriva su extensión temporal de ejercicio y poder, toda vez que duraba tanto como la vida del padre o *pater familia*.

Es preciso y necesario, reconocer que la autoridad paterna no se ha ejercido siempre, en todos los pueblos antiguos con carácter despótico. Esto lo vemos en la religión monoteísta de los judíos, en donde cada hombre ama a sus hijos por encima de todo y reconocen en la paternidad un sagrado deposito de Dios, que implica la obligación de los mismos de proteger e incluso querer a los mismos por encima de todo.



Diego Espin Canovas abordando el tema establece que: “La única patria potestad que ha existido ha sido la reaman, agrega; aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas. En sustancia, esto que llamamos hoy patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad.”<sup>2</sup>

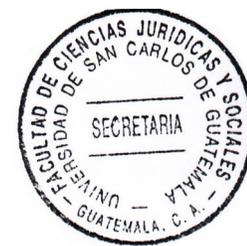
Con criterio más certero, la iglesia caracteriza a esta institución jurídica como autoridad y protección confiada a la ley, del padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda la familia. Fundada en la naturaleza que ha establecido el amor de los progenitores y el reconocimiento de los descendientes que en su base, recibe su forma del derecho civil. Este ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado los derechos y le ha prescrito obligaciones.

El poder anteriormente citado, es emanado de la naturaleza y confirmado por la ley, que otorga al padre y a la madre, por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas y la administración y goce de los bienes de sus hijos. En familia, el padre, como legislador, dicta reglas de conducta, como juez corrige y castiga con moderación a sus hijos, como tutor vela por el trabajo y conservación de sus bienes.

La patria potestad, entonces, ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes. Es más que todo, una función eminentemente tuitiva o tutelar, concedida por la ley a los padres para el debido cuidado y orientación de los menores y para la correcta administración de los bienes de éstos. Esta facultad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por si misma, específicamente los que se encuentran en estado de interdicción.

---

<sup>2</sup> Espin Canovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág. 120.



## 1.1. Definición

En lo que respecta al presente termino, en la legislación guatemalteca actual no esta considerado, lo que constituye una lamentable omisión, por lo menos desde el punto de vista doctrinario.

Esto no ocurre en otras figuras que estructura el derecho de familia y que se encuentra perfectamente conceptualizadas, como ejemplo de ello están: el matrimonio, adopción, alimentos. Sin embargo, ante la conveniencia legal y didáctica en este apartado se establecerá de alguna forma el concepto de esta figura.

Es necesario, con el objeto de fijarnos una mejor idea sobre esto y realizar una opinión definida y un mejor contexto, aclarar que en la práctica es tan común que se escuche el término guarda y custodia que el de patria potestad.

Con excepción de la Ley de Tribunales de Familia, y el Código Procesal Civil y Mercantil, la ley no establece que el cuidado de los hijos, la representación de los mismos, y la administración de sus bienes, como guarda y custodia, porque además este es un término que no esta regulado y podría decirse que es abstracto.

La definición que aporta Julio López del Carril es: “La patria potestad, data del derecho romano. Es tan antigua como aquel derecho. Y es este derecho en el que alcanzan su mayor desarrollo, Sin embargo, se imponían en ésta época las relaciones de propiedad de los padres sobre los hijos. Y la historia nos enseña como se ejercitaba esta calidad, con facultades que otorgaban derecho sobre la misma vida del hijo o de la hija (jus viate et necis: el derecho sobre la vida o la muerte).”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> López Del Carril, Julio J. **Patria potestad, tutela y curatela**. Pág. 1.



Al respecto Alfonso Brañas, expresa que: “sin embargo, es necesario definir las relaciones entre padre e hijos, si bien los teóricos no han sabido darles la naturaleza real, tal es el caso que se considera que la única patria potestad que existe es la del derecho romano, y que hoy tan solo conserva su nombre, mientras que el contenido no es más una sumisión del padre como servidor de los hijos.”<sup>4</sup>

Espin Canovas argumenta lo siguiente: “La patria potestad es una autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda su familia.”<sup>5</sup>

Castán Tobeñas, indica: “La historia de esa institución (la patria potestad) nos muestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad poder (derecho), a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusiva del padre.”<sup>6</sup>

Eduardo Georges Ripert y Marcel Planiol exponen: “La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones.”<sup>7</sup>

Federico Puig Peña expresa que: “Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción. Interdicción jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos.”<sup>8</sup>

Por su parte, la normativa en el país indica en el Artículo 252 del Código Civil: En el matrimonio y fuera él. “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores,

---

<sup>4</sup> Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 287.

<sup>5</sup> Espin Canovas, Diego. **Diccionario de derecho privado**. Pág. 354.

<sup>6</sup> Castán Tobeñas, José. **Derecho civil**. Pág. 198.

<sup>7</sup> Marcel, Planiol y Georges Ripert, Eduardo. **Derecho civil**. Pág. 255.

<sup>8</sup> Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**. Pág. 235.



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 este el hijo, en cualquier otro caso.”

José Castán Vázquez define a la Patria Potestad como: “Conjunto de Derechos y Deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de los hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.”<sup>9</sup>

El Artículo 253 del Código Civil establece las: obligaciones de ambos padre, “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.”

Para Jorge Angarita esta institución jurídica es: “El conjunto de derechos que la ley otorga a los padres de familia para representar al hijo no emancipado, administrar y usufructuar los bienes de este.”<sup>10</sup>

La definición que proporciona Edgard Baqueiro Rojas, con respecto a esta institución jurídica es: “Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en tal periodo.”<sup>11</sup>

El Artículo 254 del Código Civil establece sobre la: representación del menor o incapitación. “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al

---

<sup>9</sup> Castán Vázquez, José Maria. **La patria potestad**. Pág. 9.

<sup>10</sup> Angarita Gómez, Jorge. **Derecho civil**. Pág. 294.

<sup>11</sup> Baqueiro Rojas, Edgard. **Derecho civil**. Pág. 40.



menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.”

## **1.2. Características**

Podemos decir que, en la actualidad como está planteada a nivel legal la patria potestad, le son aplicables dos características concretas: la asistencia protectiva y la formativa.

- Asistencia protectiva o de protección: La que deben los padres, el padre y la madre en su caso, a los hijos menores, para el cuidado de sus intereses materiales constituidos estos últimos por todos los bienes materiales y patrimoniales que correspondan en propiedad o en sucesión a los menores, en vista de la necesidad de los mismos para su crecimiento y desarrollo.
- Asistencia formativa o de formación: En esta la salvaguarda se refiere a los aspectos espirituales de los descendientes. Entendiéndose que es necesaria una formación y educación de los mismos para el desarrollo integral de su personalidad y crecimiento psicológico.

## **1.3. Derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad**

Se podría decir que los derechos que de esta figura jurídica, se les otorga a los padres se constituyen propiamente en poderes sobre los hijos, porque las facultades que la ley les confiere a los progenitores no son en beneficio de éstos sino de los infantes.

Esta institución se ejerce por los padres, esto quiere decir que, ambos tienen iguales derechos para ese efecto; más esto no significa que siempre deban ejercerla solidaria



y mancomunadamente; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para cumplirla.

En relación a esta institución, los tratadistas emplean la palabra derechos e indistintamente, en otro ángulo, las palabras deberes y obligaciones en lo que a las relaciones entre padres e hijos concierne. El Código Civil utiliza dichas expresiones. En vista de la peculiar naturaleza de la institución, resulta difícil deslindar claramente, en ese ámbito de la conducta humana, íntimo de por sí; lo que es simple deber de lo que es obligación propiamente dicha y lo que es un derecho en el estricto sentido de la palabra.

El Código Civil guatemalteco no es sistemático al tratar y desarrollar esta materia, no precisa con exactitud, ni expone con orden, los derechos y las obligaciones resultantes de esta parte del derecho.

#### **1.4. En el caso de los padres**

Se entiende que para un adecuado crecimiento del menor de edad, los progenitores deben cumplir con ciertas conductas. Por lo que el Código Civil de manera no ordenada, ni organizada, establece una serie de obligaciones que los mismos tienen para con éstos en el ejercicio de la patria potestad.

El Código Civil en el Artículo 253 dispone: “Que 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.”



Esto quiere decir, que corresponden a ambos progenitores, las obligaciones, responsabilidades y deberes en cuanto a los hijos y solo a uno de ellos como lo establece el Artículo 261 del mismo cuerpo legal

El Artículo 254 del Código Civil establece: “Que, la patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condiciones.”

Con lo enunciado anteriormente, se considera que el menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio y es a través de esta figura jurídica que no queda desprotegido, toda vez que es un derecho subjetivo que se les atribuye a los progenitores, pero no tienen que abusar de los mismos.

Artículo 255 Código Civil preceptúa: “Que cuando la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre durante el matrimonio o la unión de hecho, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de los bienes la tendrán ambos padres o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en la separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado.”

Independientemente la ley establece en este artículo que ya sea que los padres estén juntos o separados, siempre tienen la facultad de actuar en beneficio del hijo, y no en su propio beneficio.

Por su parte el Código Civil en el Artículo 257 dispone que: “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.”



En cuanto a los descendientes que no tiene capacidad de ejercicio, velaran por sus intereses las personas que ejerzan sobre ellos esta figura jurídica, para poder realizar actos en donde ellos no puedan intervenir.

El Código Civil en su Artículo 258 indica: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado.”

Según lo referido por este artículo, en cuanto al parentesco civil, siempre existe una persona encargada de velar por el bienestar del prohijado. Por lo que debemos entender que también ejerce la administración de sus bienes y la representación legal del mismo, como resultado jurídicamente lógico.

El Artículo 264 del Código Civil dispone: “Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que exceden los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público.”

Aunque los titulares que ostentan este derecho tienen amplias facultades, más sin embargo no tienen que extralimitarse en perjuicio de los bienes del menor de edad, ya que de lo contrario se les podría iniciar juicio, por no seguir lo establecido en la ley.

Artículo 265 Código Civil infiere que: “Los padres no pueden 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”.



Es decir, que lo estipulado por este artículo existe una obligación de no hacer, y que toda actividad que realicen los ascendientes, el cual produzca un beneficio económico, deben de tener aprobación de autoridad competente, para no dañar el patrimonio del mismo, según lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil en lo referente a la disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes.

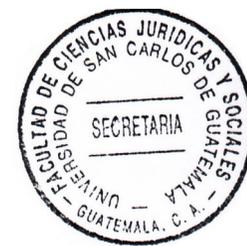
El Código Civil Artículo 267 regula: “Salvo el caso de sucesión intestada, el que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor. Los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos.”

Esta es una prohibición taxativa, especifica para los que administran bienes de menores, incapaces y ausentes y de hacerlo, no surte efectos, toda vez que los interesados pueden pedir el vicio del acto realizado, mas sin embargo los progenitores lo pueden hacer cuando no exista un testamento que establezca quienes son los herederos.

Con respecto al tema el Código Civil establece en el Artículo 272: “Los padres deben de entregar a los hijos, luego que éstos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración.”

Los ascendientes también tienen la obligación moral y jurídica de entregar los bienes de sus hijos, que administraron durante la minoría de edad, cuanto ellos tengan ya la capacidad de ejercicio y lo puedan administrar por su cuenta y riesgo.

De todo lo anteriormente expuesto se logra establecer que los papás tienen que observar esta serie de obligaciones y deberes para con los menores que han procreado y tienen la exigencia moral de respetar todos y cada uno de sus derechos que como seres humanos tienen.



### 1.5. En el caso de los hijos

También existen una serie de conductas que los menores de edad deben de tener con respecto a sus padres. El Código Civil, establece en sus Artículos 259, 260, y 263, las obligaciones y derechos.

El Código Civil dispone en el Artículo 260: “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 ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.”

Más sin embargo en una sociedad como es la guatemalteca, o incluso la latinoamericana, es muy común que los hijos o hijas, crezcan o vivan al amparo de la abuela o de otro familiar. Esta situación se da como consecuencia manifiesta y común de la irresponsabilidad de ambos padres.

Existiendo, la facultad que los mismos tienen de hacer volver bajo su poder a éstos, que sin su permiso, dejen la casa de sus progenitores o aquella en donde estos los han dejado.

Es de suma importancia mencionar que el Código Civil, no admite ninguna causa por la que un descendiente pudiese abandonar el hogar, y por el contrario, obliga al menor a regresar a la misma, sin que exista un informe social que demuestre lo infundado del abandono del hogar por parte del infante, o que no existe ninguna razón por la que no deba volver al hogar se sus ascendientes, en el momento en que así lo requiera la persona encarga de la protección del mismo.



Artículo 259 Código Civil preceptúa que: “Que los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudara a sus padres para su propio sostenimiento.”

Esta es una norma legal obsoleta, o en otras palabras diríamos que es un precepto legal vigente, pero no positivo del Código Civil y es verdaderamente un problema muy arraigado en la sociedad guatemalteca, ya que la situación socio-económica de la población en la actualidad es tan precaria que a duras penas les alcanza para sufragar lo necesario en un hogar y sobre todo para los niños.

De lo establecido, se puede observar que menores de edad, se emplean fuera de su hogar, y no precisamente a partir de los catorce años, como lo establece el ordenamiento jurídico vigente. Es muy común observar a pequeños de corta edad vendiendo dulces, limpiando vidrios, en los semáforos o cruces de calles de la ciudad, lustrando zapatos o empleados inclusive en talleres realizando diferentes oficios, que no van de acuerdo con su edad.

Esto es una mera facultad, porque en la realidad, si trabaja, en cualquiera de los años de su minoridad, es por la necesidad económica que existe en el hogar, toda vez que los padres al verse incapacitados de sostener completamente los gastos, obligando a sus menores hijos a vender su fuerza de trabajo.

En el Artículo 263 Código Civil establece: “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 presentarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.”

Más que una norma jurídica, lo que establece el Código Civil, es una norma moralista, ya que aquí podemos encasillarlo en lo que establece el Derecho Natural o Divino, en



cuanto al mandamiento de: honraras a tu padre y a tu madre, ya que los tienen que obedecer, pero ello debe equilibrarse con la consideración de estos para con aquellos.

Sin embargo todo lo anteriormente comentado en contra de algunos de los preceptos legales establecidos en el Código Civil; es necesario agregar que el legislador tenía clara la idea de que se trataba de una institución de tipo proteccionista y no autoritaria y de propiedad. Dándole así toda una visión de cuidado y guarda a la misma, y no como otrora se le consideraba.

### **1.6. Situación de los hijos ante la patria potestad**

Si bien es cierto que de las disposiciones del Código Civil se infiere que esta figura jurídica es, ante todo una institución que en esencia trata de la protección de la persona y de los bienes de los hijos, ajena casi a la antigua idea de poder y autoridad paternos absolutos, aquellos cualesquiera 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, según dispone el Artículo 263 del Código Civil.

Están los hijos, asimismo, obligados a vivir en la casa paterna o en la que los padres disponen, careciendo, por lo tanto y mientras están sujetos al dominio de los mismos, de la libertad de escoger determinado lugar para vivir.

Nótese que, aún la potestad de corrección de los hijos por los padres en el Artículo 263 del Código Civil está regulado por el código citado como una obligación de éstos, no un poder y que el mismo deber de habitación anteriormente referido, resulta nugatorio cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo, en virtud de que el juez está facultado, según lo que establece el Artículo 262 del Código Civil, para disponer que el hijo salga de la casa paterna y quede al cuidado de otra persona.

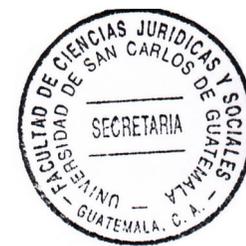


Reconoce la ley al respecto, la capacidad relativa a los descendientes mayores de catorce años, al disponer, que pueden contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la cual ayudarán a sus progenitores para su propio sostenimiento. Y si surgiere pugna de derechos e interés entre el padre y la madre en ejercicio de esta figura jurídica, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

Las disposiciones legales anteriormente relacionadas, ponen de manifiesto que el legislador, haciéndose eco de las modernas tendencias en materia de patria potestad, antepone la seguridad física, psicológica, el bienestar personal y los intereses del hijo a la autoridad de los padres quienes, en realidad, quedan en situación de buenos orientadores y buenos administradores del futuro y de los bienes de estos.

Se puede concluir en relación al tema abordado que la autoridad paterna queda tan diluida, que el bienestar de los menores ocupa totalmente su lugar, hasta donde, las disposiciones de la ley puedan penetrar en la intimidad de la vida familiar, pues no debe olvidarse que las disposiciones relativas al derecho familiar cumplen, como no podía ser de otra manera, una función eminentemente supletoria de la correcta conducta de los progenitores y en su caso de los hijos.





## CAPÍTULO II

### **2. Extinción, pérdida y circunstancias que modifican la patria potestad**

La reducción del derecho de los padres viene establecida por las legislaciones, puesto que esta función tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los órganos correspondientes, a través de procedimientos judiciales, la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la misma a los progenitores. Colocando en una difícil situación al menor, puesto que lo afecta de forma externa e interna.

Es indispensable, establecer porque el ejercicio de esta figura jurídica no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la ley lo permita. Esto es irrenunciable y afectan únicamente las facultades que tienen los padres sobre los menores, sin alterar el vínculo paterno filial que existe entre ellos.

Este término puede sufrir una serie de modificaciones, que el ordenamiento jurídico contempla, con el fin de proteger al niño física, moral e intelectualmente y velar por su correcta formación en un sentido amplio.

#### **2.1. Inicio y extinción de la patria potestad**

Esta institución jurídica, no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho reconocido y no creado por la ley; esto es, que se funda en las relaciones naturales



paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

El Código Civil, no establece textualmente la forma o tiempo en que da inicio la patria potestad, ni mucho menos cuando ha de terminarse o extinguirse la misma.

No obstante, de la lectura contextual de los preceptos que del Código Civil devienen con respecto a dicha institución, podemos determinar que la misma proviene de la existencia de un hijo, sea este de matrimonio o no. Y la extinción de esta figura jurídica, es *ipso iure*, pero no a título de sanción, sino por desaparecer los presupuestos que confirieran su titularidad a los mismos, que son cuando el descendiente alcanza la mayoría de edad, que en el país se adquiere cuando se cumplen los dieciocho años. También podría terminarse por la muerte, al ser adoptado o por fallecimiento del que la ejerce.

El Artículo 252 del Código Civil establece: “En el matrimonio y fuera él. La Patria Potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre, en cuyo poder este 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.”

En otras legislaciones, si se establece el inicio y fin de dicha figura de derecho civil, como por ejemplo podemos mencionar el Artículo 264 del Código Civil de Argentina, donde se establece que: desde la concepción de estos, y mientras sean menores de edad.



Con esto se logra establecer que la patria potestad, dura hasta que el hijo o hija cumpla los dieciocho años de edad, momento en el cual los padres deben entregar a los mismos, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración.

Es necesario agregar a lo ya comentado, que si bien es cierto que el Código Civil no determina expresamente el momento que debe entenderse como inicio de esta, si le reconoce el derecho al que esta por nacer.

Para Julio López Del Carril refiriéndose a esta figura determina que: “La patria potestad comienza con la concepción del hijo en el seno materno, y de allí los elementos de cuidado, asistencia y protección.”<sup>12</sup>

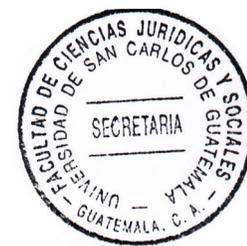
## **2.2. La patria potestad como institución de derecho civil**

Dicha figura jurídica, como gran parte de las instituciones del derecho civil, debe ser modificada en su ejercicio. De tal manera que, de conformidad con estas conductas de quien o quienes la ejercen dicha potestad puede ser separada, suspendida, pérdida y también puede ser reestablecida por quien la ostentaba.

En el Código Civil pueden determinarse expresamente tres aspectos que modifican dicha institución las cuales son: separación, suspensión y pérdida de la misma. Aunque como veremos a continuación, algunas normas en relación a este término, no son muy claras.

---

<sup>12</sup> Del Carril López, Julio J. **Patria potestad, tutela y curatela**. Pág. 11.



### **2.3. Separación de la patria potestad**

La separación de la Patria Potestad, es una de las figuras tendientes a confundir, toda vez que su redacción no es del todo explícita a continuación veremos los casos en que se da.

Analizando por ejemplo el Artículo 269 del Código Civil guatemalteco, el que preceptúa: “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 del Ministerio Público.”

En referencia a lo que el artículo establece, será separado de ella. La lectura del mismo en la que de cumplirse su supuesto la consecuencia jurídica será la separación de la administración de los bienes del menor, sin que por ello se interrumpa o sin incluir en esta separación la patria potestad. Es decir, que si un padre no es buen administrador de los bienes de su menor hijo, se le separara de la administración de los mismos, pero sigue ejerciendo la figura ya mencionada.

Cabe la interrogante sobre la posibilidad o la viabilidad de que un padre sea sólo representante de la persona de su hijo, excepto de los bienes del mismo.

Toda vez que el Artículo 254 del Código Civil establece que la patria potestad comprende la representación del menor en todos los actos de la vida civil; así como, la administración de sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.



Es importante señalar que en lo sucesivo el Código Civil guatemalteco no establece salvo en el caso de los bienes que el menor recibe por donación, que la función y facultades que le otorga el ejercicio de esta institución sea dual, y que se pueda separar una de la otra. Además, aunque el progenitor sea un mal administrador, eso no es prueba suficiente para demostrar que es un mal papá.

Uno de los criterios, que sostiene la autora del presente trabajo es en torno a las consecuencias morales de la declaración que contiene dicha norma. Que un ascendiente siendo mal administrador, sea separado del ejercicio de la misma. Ya que las dos causales que establece el Código Civil en su Artículo 269, para que se otorgue la separación de aquella a criterio de la sustentante inducen a confusión. Toda vez que en el citado artículo, existen dos causales claramente separadas por una “o”, es decir existe una letra que entendemos como disyuntiva y no como conjuntiva, las que determinan dicha separación.

Por lo tanto, decir que el que ejerce esta figura jurídica disipa los bienes de los hijos menores o por su mala administración, se disminuyen o deprecian será separado de ella, lo cual crea confusión en cierto grado. Sin embargo, simplemente lo exponemos sin llegar a mayores propuestas ni profundidades, toda vez que el Artículo 269 tan solamente constituye una parte del articulado que regula la patria potestad, y dicha parte no es objeto de la investigación.

El Artículo 270 del cuerpo normativo citado establece: “Los padres están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra.”

El Artículo 271 del Código Civil establece que: “Si al que se halla bajo la patria potestad se le hiciere alguna donación, o se 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 solvencia y honorabilidad, si no hubiere institución bancaria autorizada para tales encargos.”

La figura que la normativa legal vigente establece como la separación de la misma, dicha institución fue desconocida en el Código Civil de 1877 y en el de 1933. Este disponía solamente en el Artículo 196, que si quien ejercía la patria potestad disipaba los bienes de los hijos o era responsable civil y criminalmente por actos delictuosos contra la propiedad perdía la administración de los bienes de aquellos.

Perder la administración de bienes que llegan a incidir en el ejercicio total de esta figura, olvidando el legislador que una persona puede ser buen padre de familia, pero mal administrador de bienes por carecer de los conocimientos o de la competencia necesaria en ese sentido posiblemente era más acertada la solución.

#### **2.4. Suspensión de la patria potestad**

Esta situación jurídica no implica necesariamente, que dicha institución deje de ejercitarse, sino que es una medida preventiva la que únicamente afecta a uno de los padres, pero el otro puede ejercerla. La no aplicación de esta figura es una privación temporal del ejercicio al titular del derecho ya sea por incurrir en cualquiera de las causales que indica el Artículo 273 del Código Civil.

Conforme a lo dispuesto en ese artículo, se puede indicar que el mismo preceptúa: “la patria potestad se suspende:

1º. Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;



- 2°. Por interdicción, declarada en la misma forma;
- 3°. Por ebriedad consuetudinaria; y
- 4°. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes.”

Según lo que establecido por el mismo, podríamos decir que algunas de estas disposiciones son forzosas toda vez que son impuestas legalmente; ya sea por la imposibilidad del que la ejerce o por su ausencia o interdicción y otras son discrecionales, pues pueden acordarse judicialmente por la inefectividad moral en el ejercicio de la misma, como en el caso de la ebriedad consuetudinaria, hábito de juego y el uso constante e indebido de drogas estupefacientes.

Al darse la suspensión, podemos ver que esto es reversible, toda vez haya transcurrido cierto tiempo o sea resuelta la causal que la originó. Al aplicarse la reversibilidad, el Estado lo que pretende es evitar que se interrumpa la relación paterno-filial que existe entre ellos.

## **2.5. Pérdida de la patria potestad**

Para que esta situación tan grave se aplique a los padres, es necesario que se dé cualesquiera de las causales que específicamente tipifica el Código Civil en el Artículo 274, al darse esta figura los daños al núcleo familiar son incalculables.

Para comprender mejor lo establecido en el artículo precitado, comentaremos brevemente cada uno de los incisos de la manera siguiente:



“La patria potestad se pierde:

1º. Por las costumbre depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares.

Por el termino “depravado” se entiende que es una persona que corrompe, daña con sus malos ejemplos a sus hijos, y esto es fácil de establecerlo por diversos medios y específicamente por los legales. Y el término “escandaloso” es una persona ruidosa, como por ejemplo en un hogar los padres de familia al hablar lo hacen de una manera muy alta; y no por ello sean malos padres, ya que muchas personas tienen el timbre de voz aguda.

Las costumbres depravadas o escandalosas de los progenitores pueden afectar la recta formación de los hijos, así también la dureza en el trato para con ellos. El abandono de los deberes familiares significa prácticamente una dejación de la autoridad paterna en indudable perjuicio de los niños. Necesariamente esos aspectos contemplados por la ley quedan a la apreciación del juzgador, según las circunstancias de cada caso. Aunque la ley utiliza la expresión genérica de padre, uno solo de ellos puede quedar comprendido en cualquiera de los casos comentados y respecto a él sería aplicable la pérdida de esta figura jurídica.

También la legislación contempla las siguientes causales respecto de la pérdida:

2º. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles ordenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;

Este precepto tiene por objeto, preservar la recta formación moral de los menores. La dedicación a la mendicidad y los ejemplos corruptores, pueden probarse con relativa facilidad. No ocurre lo mismo con las órdenes, consejos o insinuaciones corruptoras.



Como en el inciso anterior, esos hechos quedan librados al buen criterio del juzgador dadas las pruebas y las circunstancias.

3°. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de algunos de sus hijos.

El padre que comete delito, cualquiera que sea la forma del mismo, será quien sufra la pérdida de la patria potestad. Necesariamente, debe haberse dictado sentencia condenatoria, sin perjuicio de las medidas cautelares que en su debido tiempo pueden pedirse y dictarse a favor del niño o de quien haya sufrido la agresión.

4°. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren se sus hijos, para el que haya expuesto o abandonado.

Por la primera debe entenderse la acción u omisión que coloque al hijo en situación de riesgo para su persona y por abandono, el incumplimiento de los deberes que el padre o la madre tienen, conforme a la ley, respectos a los hijos.

5°. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

En este caso, la ley sustrae a los hijos de la autoridad de quien no tiene las calidades morales, éticas o materiales necesarias para ejercer debidamente la misma. Sin embargo, la referencia al término de la pena no puede considerarse apropiada, como si lo sería la naturaleza y las circunstancias de los delitos, puesto que estos están regulados claramente.



Por ultimo dicho artículo agrega un párrafo mas, el cual debería ser una causal para que se diese la perdida de esta institución jurídica, aunque hay veces que dicha circunstancia no sea atribuible a los padres, como por ejemplo que se diese por robo del menor

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.”

Este precepto, está en consonancia con lo que establece el Artículo 232 del Código Civil guatemalteco, que al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado. Es una norma jurídica que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; salvo la contenida en la resolución sobre la adopción.

La pérdida de la patria potestad no implica que desaparezca la misma, sino que lo que sucede es que ocurre un cambio en quien la ostenta, toda vez que puede ejercerla el cónyuge que no tiene ningún impedimento legal.

## **2.6. Restablecimiento de la patria potestad**

Conforme a lo que establece el Artículo 277 del Código Civil: “El juez 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:

- 1º. Cuando la causa o causas de la suspensión i perdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra la persona o los bienes de los hijos;
- 2º. Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º. del artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; y

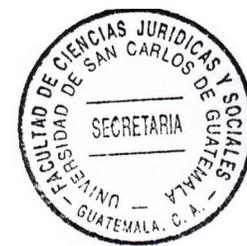


3°. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1°. De este artículo.

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

Nótese que, el Código Civil no hace distinción entre la procedencia del restablecimiento de la patria potestad en razón de haberse suspendido o perdido, lo cual deriva a crear que en realidad y con excepción de lo dispuesto en la última parte del inciso 1°. y en el inciso 2°. Del Artículo 277 del mismo cuerpo legal, en todo lo demás se trata de suspensión del término anteriormente relacionado. En efecto y rigurosamente hablando, si la esta se pierde se trataría de una situación irreversible, que no admitiría restablecimiento, máxime que el Código Civil distingue claramente las causales de suspensión y de pérdida de esta figura jurídica, en forma expresa.

Finalmente, debemos señalar que, estos casos están claramente establecidos tanto para la separación como para la pérdida de la patria potestad, no así para la suspensión, toda vez que el cuerpo normativo citado, no hace distinción alguna, para estos casos. Y no se puede hablar de una rehabilitación específica para cada caso, salvo los procedimientos que resulten comunes ya sea por la costumbre o aplicados por criterios de los legisladores en materia de familia.



## 2.7. Comparación con el derecho argentino

Con respecto a la patria potestad y las modificaciones que sufre la misma. La ley contempla con relación al cambio de esta institución jurídica lo siguiente:

- **Extinción:** cuando el menor de edad llega a su mayoría de edad o por emanciparse; por su muerte, por ser adoptado o también por fallecimiento del que ejerce. Dicha figura se ejerce sobre los menores no emancipados, termina una vez que éstos cumplen la mayoría de edad por adquirir la capacidad de ejercicio, esto es, a los dieciocho años cumplidos. Es a partir de tal acontecimiento en que cesa automáticamente la representación de los padres sobre los hijos.
- **Pérdida y privación:** la primera se da por causa grave que impida la convivencia del menor bajo el amparo de su padre. Y la segunda procede cuando hay maltrato habitual a los hijos; cuando los hayan abandonado o los expongan a situaciones de peligro; cuando traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución; cuando los padres tengan malas costumbres, ebriedad habitual u otros vicios, cuando pudiesen comprometer la salud, seguridad o moralidad de los hijos; cuando sean condenados como autores o cómplices de un delito o falta cometidos intencionalmente contra el niño.
- **Limitación:** en estos casos el juez sin privar a los progenitores en el ejercicio de esta, la limita en vista de las circunstancias para el bien de los descendientes.
- **Suspensión:** esta se da por incapacidad o ausencia de los padres, por interdicción civil, si se prueba que los ellos están impedidos de hecho para ejercer la esta institución de derecho civil.



Aun cuando la patria potestad concluye por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga aquella; por la mayor edad del hijo y por la emancipación de este, y que se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, y por sentencia condenatoria que imponga como pena tal suspensión, no debe perderse de vista que en estos casos se habla de la falta de dicho ejercicio personalmente.

Es innegable que esta puede ocurrir, además de los casos de muerte, interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos en que existe imposibilidad material y notaria para ejercerla, 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 del uso expedito de sus facultades mentales, que lo colocara en situación de no poder desempeñar esa prerrogativa personalmente ni otorgar el mandato correspondiente.

Pero cuando esta incapacidad es por un motivo ilícito, como el hecho de que él se encuentre prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera incluye su abstención para representar a sus menores, ya que tal privación obedece a una causa que no esta legal y moralmente permitida por la sociedad y la ley.

- **Efectos de la pérdida, privación, limitación y suspensión:** afectan los poderes que tienen los padres sobre los menores, sin alterar el vínculo filial que existe entre ellos.

La privación puede derivar por:

- sentencia dictada en juicio principal de privación de la patria potestad.
- Sentencia firme de divorcio o separación de cuerpos de los padres, el cual se encuentra regulado en Artículo 278 Código Civil argentino, en este último caso



cuando el juez determine que alguno de los cónyuges se encuentra entre alguna causal regulada en los numerales cuatro, cinco o seis del Artículo 185 del mismo cuerpo legal.

- Sentencia penal, cuando se condena al padre o madre por la comisión de ciertos delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias o cuando se condena al padre o a la madre por el delito de abuso en la corrección o disciplina o de sevicia en las familias cometidos contra el hijo, siempre y cuando constituyan hechos habituales.

La patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los menores, como para el progenitor condenado por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Según lo dispone el Artículo 352 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente argentino, el cual concuerda con el Artículo 278 del mismo precepto legal: “el padre o la madre o ambos pueden ser privados de la patria potestad respecto de sus hijos cuando:

- Los maltraten, mental o moralmente.
- Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo.
- Incumplan los deberes inherentes a la patria potestad.
- Traten de corromperlos a prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
- Abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual.



- Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco-dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor.
- Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo.
- Sean declarados entredichos.
- Se nieguen a prestarle alimentos.
- Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.”

No se viola garantía alguna del marido, por el hecho de declarar que pierde la patria potestad de los hijos, si 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 se dicen proferidas en presencia de sus menores, sí es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad, exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, la conclusión es esta que teniendo en cuenta los estudios de psicología muy abundantemente divulgados constituye una máxima de experiencia que resulta por ende, contraria a la obligación elemental que incumbe a los padres de formar moralmente a sus hijos.

Por otra parte, la patria potestad debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la Ley Civil de honrar y respetar a sus padres; mal podrían cumplir tal obligación en relación con su progenitora si el padre les imbuje desde sus primeros años ideas que redunden en el mayor menosprecio y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente tal 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.



## Quiénes pueden interponer una demanda de privación de la patria potestad

Según lo dispone el artículo 278 del Código Civil argentino, en concordancia con el artículo 353 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

- El Ministerio Público, cuyo representante debe intentar la demanda cuando tenga denuncia fundada de la existencia de las causales previstas para la privación de la patria potestad.
- Los organismos públicos encargados de la protección del menor.
- El otro progenitor, que denuncie algunas de las causales previstas en la privación de la patria potestad.
- Los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del 4o. grado, en cualquier línea.

En el juicio principal de privación de esta figura jurídica se sigue el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales establecido en los Artículos 450 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente Argentina. El Artículo 743 del Código de Procedimiento Civil argentino establece la posibilidad de que el juez pueda decretar las medidas que considere necesarias para garantizar la protección del menor, mientras dure el juicio y se presentare en éste un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por el demandante.

Esta puede ser readquirida a parte *patris* o a parte del *matris*, si el padre o madre una vez privados de ésta son restituidos, para lo cual el juez requerirá pruebas de la corrección y regeneración del uno de ellos, o ambos en su caso, después de dos años



de la sentencia firme que decretó la privación. La solicitud debe ser notificada al Ministerio Público y, de ser el caso, a la persona que interpuso la acción de privación o al Consejo de Protección, según lo regulado en el Artículo 355 Código Civil de esa nación.

### **Competencia Jurisdiccional en materia de patria potestad**

La privación, extinción y restitución de la misma deben ser decididas por el juez de la sala de juicio del tribunal de protección del niño y del adolescente de la residencia de estos, siguiéndose, para ello, el procedimiento previsto en los Artículos 177, 357 y 453 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Argentina y 14 y 524 del Código Civil. Excepto en los juicios de divorcio o de nulidad de matrimonio, en los cuales el juez competente será el del domicilio conyugal.

### **Extinción de la titularidad de la patria potestad**

El Artículo 356 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente determina:

"La patria potestad se extingue en los siguientes casos:

- a. mayoría del hijo;
- b. emancipación del hijo;
- c. muerte del padre, de la madre, o de ambos;
- d. reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la patria potestad, prevista en el artículo 352 de esta ley;
- e. consentimiento legal para la adopción del hijo, excepto cuando se trate de la adopción del hijo por el otro cónyuge.



En los casos previstos en las literales c, d y e, la patria potestad puede extinguirse respecto a uno sólo de los padres".

La titularidad puede extinguirse por causa del hijo, padre o de la madre, según sea el caso.

#### **Por causa del hijo a parte *fili***

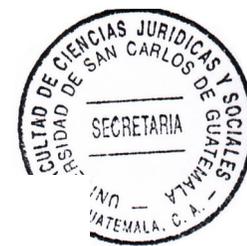
- Muerte.
- Mayoridad.
- Emancipación del hijo.

#### **Por causa del padre o madre a parte *patris*, a parte del *matris***

- Por muerte del padre o madre.
- Por extinción del parentesco entre padre e hijo (caso de adopciones, impugnación de paternidad, entre otros).
- Por privación de la patria potestad, impuesta al padre o madre por sentencia.

#### **Causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad**

- La ausencia Artículo 420 Código Civil.
- La no presencia Artículo 262 Código Civil.
- La sujeción del padre o madre a tutela de entredichos Artículo 262 Código Civil.
- Imposibilidad de ejercer las funciones inherentes a la patria potestad Artículo 262 Código Civil, declarada por el juez competente.
- La falta de reconocimiento voluntario del hijo natural.



## **Ejercicio de la patria potestad sobre hijos adoptivos**

El Artículo 407 de la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente establece que la adopción en Venezuela sólo puede ser plena. Sin embargo, en la doctrina comparada se encuentran la adopción plena o simple.

El ejercicio de se esta institución jurídica 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 misma, se deben aplicar las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, referentes a lo ya comentado en este tema.

En el caso de adopción individual plena, si el adoptante queda privado de la titularidad para ejercerla o excluido en forma total, se estatuye la tutela, a no ser de que se trate de la adopción del hijo del otro cónyuge, por cuanto excepto en este caso, la misma al ser plena, se extinguiría el parentesco entre los descendientes y sus padres de sangre, según lo regulado en el Artículo 59 del Código Civil, en este caso la patria potestad sería ejercida en forma individual por el otro cónyuge.

En otros países, en los casos de adopción individual simple, si el adoptante es privado o excluido en forma total de su ejercicio, dicha institución jurídica será ejercida por los padres de sangre.

En el caso de la prohijación conjunta si uno de los cónyuges queda privado o excluido totalmente de su ejercicio, el otro pasaría a ejercerla en forma individual, y en caso que ambos se encuentren bajo algunas de estas circunstancias que no les permita ejercitar su derecho se abrirá la tutela en caso de adopción plena este se da en Venezuela, y al



darse la adopción simple, otras legislaciones trasladan el ejercicio de la patria potestad a los progenitores de sangre.

Como podemos darnos cuenta en lo relacionado con estos temas, Guatemala tiene mucha similitud con lo que establece Argentina, pero en ese país esta mejor regulado y debidamente individualizado cada uno de los mismos.



## CAPÍTULO III

### 3. Instituciones supletorias a la patria potestad

Estas son órganos destinados a complementar la capacidad de obrar de ciertas personas, en este casos son los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, y de los mayores incapacitados, las cuales tienen como elemento especial velar por la correcta administración de sus bienes y su representación en los negocios jurídicos y actuaciones judiciales en que deban de intervenir, o puede también darse el caso de que solamente se proteja en sus bienes porque existe un conflicto de intereses. Quienes deben ostentar esta función, son nombradas por la autoridad competente, las cuales están obligas a cumplir dichos cargos en beneficio de estos, la cual puede recaer en personas individuales o jurídicas.

Las restricciones a la capacidad de obrar, deben ir acompañadas de un tipo de protección, que sustituya y los asista en el ejercicio de sus derechos. Estas cumplen con el cometido de atender a la protección, que en mayor o menor medida, tienen limitada.

#### 3.1. La tutela

El origen de la institución tutelar, es anterior al derecho romano, que la definió como: un poder otorgado por el derecho civil a una persona *sui iuris* para defender al que por razones de su edad no podía hacerlo por si mismo y también a las mujeres púberes ya que a ellas también se les atribuía ese estado. Tomando en consideración que la familia se organizaba en esa época de forma patriarcal.



En Roma se conocieron dos instituciones en referencia a este tema que fue la tutela y curatela, ambas se referían a la asistencia y protección, la única diferencia que existía es que la primera implicaba el cuidado de la persona y la segunda cuidaba de los bienes, de ello se puede establecer que los elementos de la misma son: poder, autoridad, protección y defensa.

Los pueblos primitivos sometidos a la organización patriarcal no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como: una cosa del padre y del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius domínale*. Y claro esta que no teniendo derechos propios, ni existiendo el sujeto jurídico no era concebible la tutela, y que después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes que continuaban ejercitando sobre el mismo, dicho poder.

En la civilización griega, ya se destacó la personalidad del hijo diferente a la del padre y de los parientes y apareció la institución de la tutela; pero primitivamente ésta era establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos.

Esta institución jurídica era, pues, legítima y familiar. Más tarde, desenvolviéndose la intervención del padre, se estableció la testamentaria, y la de autoridad pública, tutela dativa, pierde su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en un medio de protección pupilar. Y en este momento, es cuando dicha figura adopta el carácter con que modernamente la concebimos.

Así, resulta consecuente la etimología de la palabra tutela que se deriva del verbo latino *tuteor*, defender, cuidar o proteger, ya con base conceptual surgida en el derecho romano, superada la etapa estrictamente formalista de ese derecho, que inicialmente hizo también imposible su concepción como ahora se desarrolla.



La tutela es fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse.

Modernamente, es definida como: poder otorgado por la ley a las personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados, es decir que dichos individuos no pueden valerse por si mismos, y por ello otro debe ejercer dicha facultad la cual tiene un interés público, ya que se ejerce bajo la salvaguarda de los tribunales de justicia. Poder tuitivo, diferente al poder absoluto que antiguamente ejercitaba el padre.

Por razón de la voluntad instituyente que ejercía el padre. Y por la facultad establecida, dicha definición resulta incompleta en cuanto puede originarse por decisión de los padres o determinación del juez, no solo por disposición de la ley.

Sin embargo, resulta propia si se juzga en relación a las facultades del tutor, independientemente de la voluntad constitutiva de la misma y más aún se considera que de la ley proviene la facultad de instituir una u otra clase. Debe entenderse que en esta figura jurídica, el nombramiento de la persona encargada de velar por el bienestar del pupilo, la hace un juez competente y él es quien decide si la designada es lo suficientemente capaz para desempeñarla.

Guardan gran similitud los términos de patria potestad y tutelar. A la primera se le considera como: poder omnímodo, supremo, enmarcada su función en un conjunto de derechos y obligaciones, que son determinantes, para diferenciar una y otra institución, las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado, y las circunstancias de que este termino carece sobre la intimidad, plena confianza y totalidad que la ley otorga a la misma, caracterizándose la segunda, en términos generales por la finalidad, formalidad y rigidez de su ejercicio, así como por la fiscalización de que es objeto.



Es conveniente señalar que, la legislación civil de Guatemala aceptó inicialmente la institución de la tutela siguiendo los principios del Código Civil Francés, según consta en la exposición de motivos del Código Civil de 1877.

### **3.1.1 Disposiciones generales**

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

Se infiere, al tenor de lo dispuesto en el artículo precitado, que al tutor corresponde directamente el cuidado de la persona y de los bienes de quien se ejerce la misma, por ser el representante legal de este.

Establece el Artículo 294 del mismo cuerpo legal citado, indica: “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.”

Con esto se determina que dichos cargos deben de cumplirlos en forma personal y directamente, aunque el mismo precepto, da la pauta a que se realicen actos por otras personas que no sean éstas.

El Artículo 304 del mismo cuerpo legal establece: “El protutor esta llamado a intervenir en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio. La designación debe hacerse en la misma forma que la del tutor.”



Es decir que es la persona encargada de fiscalizar e intervenir en las actuaciones del tutor, las que deben ser acorde a lo establecido por la ley, y con ello asegurar el futuro del pupilo.

En relación a las obligaciones específicas del protutor, las encontramos en el Artículo 305 del Código precitado, el cual establece que: “El protutor esta obligado:

- 1º. A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor;
- 2º. A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;
- 3º. A promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviera ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;
- 4º. A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y
- 5º. A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley.”

La tutela y la protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles, según lo estipulado en el Artículo 295 del Código Civil. Se trata en realidad de puestos de naturaleza especialísima, ajena al concepto el tutor y el protutor, pues no tienen, en el desempeño del mismo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades estatales. Puede decirse que es otorgada por la ley a esos cargos las categorías de públicos, en razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos.

Conviene señalar que el Código Civil de 1877 no admitió la antigua distinción entre la tutela primordialmente para la persona y la curatela, comprensiva del cuidado de la persona y de los bienes del pupilo, para el resguardo del incapaz y la administración de



sus bienes. Por primera vez, el Código Civil de 1933 reguló la tutela y la protutela, en términos similares a los contenidos en las disposiciones del Código Civil guatemalteco vigente.

De las disposiciones referidas, se infieren las siguientes características de la figura tutelar:

- Es una institución jurídica, ya que esta ligado a un poder jurídico, y contempla un conjunto de normas y preceptos legales debidamente establecidos.
- También es obligatoria, ya que es designado por la ley o autoridad judicial y no puede rechazarse el cargo, únicamente si tiene algún impedimento o excusa señalada por la ley.
- Personal, es decir que la ejercer, quién fue nombrada para el efecto.
- Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad, menor, o por determinadas circunstancias físicas o mentales, incapaces, no puede valerse por si misma y no esta bajo la patria potestad.
- El cargo de tutor es un cargo público, de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva.
- La tutela es sustitutiva de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses del tutelado.

A propósito de los grandes sistemas legislativos consagrados para normar este término jurídico, con intervención de un consejo de familia a cuyo cargo queda la suprema



orientación de esta y de la tutela de autoridad en que cumple misión importante, la judicial o administrativa, según cada legislación, en el sistema jurídico de Guatemala se ha inclinado por esta última solución, quizás tomando en cuenta que posibles conflictos de intereses familiares pueden interferir en el buen propósito de la institución si se adoptara la primera figura, sin olvidar la lentitud de acción que caracteriza la forma en que necesariamente en este sistema precisa, además de un órgano ejecutor y de la insoslayable intervención de la autoridad judicial o administrativa, según el criterio que se adoptara.

Por tutela Julio López Del Carril señala: “Es el derecho que la ley confiere para gobernar a la persona y bienes de un menor de edad que no este sujeto a la patria potestad, y también para representarlo en todos los casos de la vida civil.”<sup>13</sup>

Edgard Baqueiro Rojas determina que es: “Institución parafamiliar que tiene por objeto el cuidado de la persona de los menores de edad no sujetos a patria potestad y de los mayores incapacitados, la administración de sus bienes y su representación en sus negocios jurídicos.”<sup>14</sup>

Es decir que como institución jurídica se le puede confiar tanto a una persona individual como jurídica, para que preste protección y cuidado del patrimonio de los que por su incapacidad legal no lo pueden hacer por si mismos.

Esta es una figura que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y bienes, o solamente de los bienes, tanto de los menores no sujetos a la patria potestad, como de los mayores que se encontraren temporal o definitivamente incapacitados para regir por sí mismos su persona y bienes.

---

<sup>13</sup> López Del Carril, Julio J. **Ob. Cit.** Pág. 168.

<sup>14</sup> Baqueiro Rojas, Edgard. **Ob. Cit.** Pág. 109.



Además, de considerársele como el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.

La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentran en pleno goce de sus derechos civiles. Toda vez que el cargo que sustentan es de naturaleza muy especial, ajena al concepto de que en derecho administrativo se da lo del cargo público, toda vez que el tutor y el protutor no tienen, en el desempeño de su cargo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades que se realizan en el Estado, sino que únicamente la realizan por designación de la ley, en razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos.

Según el mismo autor esta también es: “La misión conferida por la Ley a una persona capaz, para los efectos de cuidar de un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles.”<sup>15</sup>

Indica Federico Puig Peña que: “La tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a si mismos”.<sup>16</sup>

### 3.1.2. Clasificación de la tutela

El Código Civil vigente, establece tres clases de tutela, testamentaria, legítima y judicial, esto es al tenor del Artículo 296. También admite la específica, lo que esta tipificado en el Artículo 306, el cual establece que: “Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores

<sup>15</sup> Del Carril López, **Ob.Cit.** Pág. 165.

<sup>16</sup> Puig Peña, **Ob. Cit.** Pág. 518.



específicos” y admite; además, en el Artículo 308 del Código Civil, la que podría denominar como: tutela legal cuando dispone que: “Los directores o superiores de los establecimientos de asistencial social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.”

Debe entenderse que las dos últimas clases de tutela referidas, son, en verdad, de naturaleza excepcional y el legislador hizo énfasis en las categorías consagradas históricamente, al clasificarlas en el Artículo 296 del Código Civil.

De la clasificación anterior debe aclararse que aunque específicamente en el Artículo 296, acepta tres, también el mismo cuerpo legal en los Artículos 306 y 307 se pueden dar estas otras dos cuando los menores de edad, tengan conflictos entre los mismos, o cuando ellos fuesen abandonados por las personas responsables de la patria potestad.

#### **a) Tutela testamentaria**

El Código Civil en el Artículo 297 establece que en esta institución se instituya por medio de testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad, por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.

Y el Artículo 298 del mismo cuerpo legal dispone que: “Los padres y los abuelos, en su caso, puedan nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden también nombrar los tutores y protutores que sean



necesarios para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.”

El Código Civil de 1877 y de 1933 en los Artículos 317 y 229 respectivamente, únicamente reconoció a los padres la facultad de nombrar tutores para sus hijos, en forma individual o general. La normativa actual confiere esa facultad además a los abuelos y al adoptante, en los términos expresados.

En esta figura jurídica es determinante la voluntad de la persona instituyente, o sea la del padre o de la madre sobreviviente, lo cual quiere decir que mientras vivan los dos padres no pueden, ni aislada, ni conjuntamente, designar tutor, pues se supone que si uno falleciere, la patria potestad continua ejerciéndola el padre sobreviviente, aunque cabe notar que el legislador no previó la posibilidad de que ambos padres puedan fallecer al mismo tiempo, como puede ocurrir en un accidente o catástrofe y la voluntad en su caso del abuelo, abuela, del testador o del adoptante.

#### **b) Tutela legítima**

Esta clase de tutela tiene lugar cuando no existe tutela testamentaria y son llamadas a ejercerlas las personas que establece el Artículo 299 del Código Civil, que: “La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1°. Al abuelo paterno.

2°. Al abuelo materno.

3°. A la abuela paterna.

4°. A la Abuela materna.

5°. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad.”



A criterio del juez indudablemente, la línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio por razones, sin duda, que generalmente es la madre quien más tiene lazos afectivos y, por consiguiente, su familia en especial la abuela de sus hijos, sin perjuicio de que, por motivos justificados puede variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, por su solvencia económica, idoneidad y preparación, que constituyen una garantía para el desempeño satisfactorio del cargo.

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

Si bien dicha institución, por proceder de la voluntad de quien ejerce la patria potestad, precede en orden de prioridad de la tutela legítima, es a esta la que se le pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado. En la testamentaria queda el instituyente en libertad de nombrar a persona ajena a la familia del menor, quizás por haberse considerado que el padre, la madre, los abuelos o el adoptante, están en la mejor condición para determinar lo más conveniente a los intereses del pupilo.

### **c) Tutela judicial**

El Artículo 300 del Código Civil, dispone que esta clase de tutela procede hacerla un juez competente, cuando no exista tutor testamentario, ni legítimo. Esta figura jurídica es entonces, eminentemente supletoria radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción, que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la situación tutelar.



La tutela judicial tiene características especiales como lo son:

- El tutor judicial es nombrado por autoridad judicial competente;
- Es subsidiaria de la testamentaria y legítima, y
- Puede ejercerla la persona, que tenga capacidad económica, educación y un alto grado de cultura para el correcto desempeño de dicho cargo.

Según estipula la legislación guatemalteca, esta clase de tutela es considerada como un recurso final, cuando los ascendientes no nombren tutor o protutor de sus hijos, o cuando los menores no tienen parientes cercanos, que estén facultados para ejercerla.

El Artículo 301 del Código Civil establece expresamente: “La tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción, disponiendo que corresponde:

- 1º. El cónyuge;
- 2º. Al padre y a la madre;
- 3º. A los hijos mayores de edad; y
- 4º. A los abuelos en el orden anteriormente establecido.”

Conviene analizar ese precepto a la luz del contenido en el Artículo 254 el cual dispone que: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor de edad o incapacitado en todos los actos de la vida civil.” Debe entenderse en consecuencia, que el incapacitado continúa bajo la patria potestad mientras que sus padres o uno de ellos viva.

Fue poco acertado por parte del legislador al incluir la referida disposición establecida en el Artículo 301 del mismo cuerpo legal, toda vez que incurrió en la misma contradicción del Código Civil de 1933, que disponía, también en el Artículo 190, que los hijos declarados en estado de interdicción permanecía bajo la patria potestad



aunque hubiesen cumplido la mayoría de edad y en el Artículo 239 establecía en igual forma que el Código Civil vigente a quienes correspondía la tutela de aquellos.

### **3.2. La protutela**

El cargo de protutor esta íntimamente unido al de tutor. La ley fiscaliza con aquella el recto ejercicio de la tutela. Son obligaciones del protutor, intervenir en el inventario y avalúo de los bienes, en el otorgamiento de la garantía que debe presentar el tutor; además de defender los derechos del menor en juicio o fuera de él, siempre que esté en contraposición con el tutor; debe promover el nombramiento del mismo, cuando proceda o quede vacante; tiene la facultad de intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y por supuesto ejercer las demás atribuciones que la ley le señale, según lo establecido en el Artículo 304 del Código Civil.

El protutor tiene la obligación de vigilar los actos del tutor, cuando este puesto quede vacante, y es él el que viene a ejercer todas las funciones de aquél, cuando este no lo pueda hacer; y este no está obligado a presentar inventario sino solamente a exigir que se haga e intervenir en mismo, además tiene responsabilidad solidaria con el tutor. En si el trabajo del protutor es asegurarse del correcto ejercicio de la labor de quien ejerce la tutela.

#### **a) Causas de remoción de tutores y protutores**

Los tutores y protutores pueden ser removidos de sus cargos cuando concurren algunas de las causales tipificadas, en la normativa civil y el trámite es a través de la vía incidental, en el cual también debe intervenir la Procuraduría General de la Nación; y se llevara el proceso en un juzgado de familia según lo establecido la Ley de



Tribunales de Familia en el Artículo dos.

En el Artículo 316 del Código Civil, dispone: “Serán también removidos de la tutela y protutela:

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

Dichas circunstancias se dan cuando los encargados de velar por el bienestar del tutelado, no administran bien o no están capacitados para desempeñar el cargo, para el que fueron designados por autoridad judicial competente.

#### **b) Excusas para ejercer la tutela y protutela**

El Artículo 317 Código Civil establece: “pueden excusarse de la tutela y protutela:

- 1º. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- 2º. Los mayores de sesenta años;
- 3º. Los que tengan bajo su patria potestad tres o mas hijos;
- 4º. Las mujeres;
- 5º. Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;



6°. Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y

7°. Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.”

De conformidad con dicho artículo, a quien se le designe la tutela, la ley lo faculta para rechazarla si se encontrase dentro de las circunstancias que establece el mismo, pero si no tiene ningún impedimento la tiene que ejercitar.

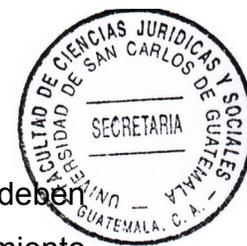
### **3.3. Administración de los bienes del pupilo**

Consiste en la facultad de dirigir, conducir o gestionar los negocios o asuntos económicos del menor de edad. Pero quienes ejercen la tutela no pueden enajenar ni gravar los bienes que correspondan al tutelado, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización de juez competente. Porque lo que se intenta es protegerlos en cuanto a lo que tengan en propiedad, para que no dispongan a su antojo de los mismos.

El Artículo 319 del Código Civil establece: “El tutor y el protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez.

Ninguna tutela puede ser discernida sin estar llenados todos los requisitos que para su ejercicio exige la ley.”

En cuanto a esto los facultados para ejercerla tienen el mandato legal de discernir sus cargos, y ello se hace a través de acta levantada ante autoridad competente, en la cual deben de comparecer, quienes llevaran a cabo dicha función, y en ella se deben de establecer de una vez las obligaciones que del mismo se derivan.



Es decir, para que el tutor y el protutor puedan entrar al ejercicio de sus cargos, deben cumplir con una serie de requisitos, los cuales están regulados en el ordenamiento jurídico vigente.

El Artículo 320 del Código Civil establece: “El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez, según las circunstancias.

En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedara el tutor eximido de esta obligación.”

De esto se puede inferir que antes de tomar posesión, se tiene la obligación de determinar cuanto es el haber del pupilo, todo ello debe hacerse dentro del tiempo regulado por la ley, sin distinción alguna.

El Artículo 321 del mismo cuerpo normativo estipula: “Practicado el inventario el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.”

Dicha garantía tiene que ser acorde o suficiente con respecto a los bienes del menor, y debe ser calificada por juez competente para establecer si puede responder correctamente de la misma, en caso que se de un mal manejo de los mismos.

Artículo 322 del Código Civil preceptúa que: “Cuando con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que haga obligatoria la



caución lo harán saber al juez, el propio tutor o el protutor, o el Ministerio Público, para el efecto de la constitución de la garantía.”

Que cuando se haya asignado la tutela, tiene que haber una forma de responder por los bienes del niño, cuando esta no se hubiere hecho en el momento oportuno, ya sea por no haber bienes, o porque fue relevado de realizarlo, cuando se es tutor testamentario.

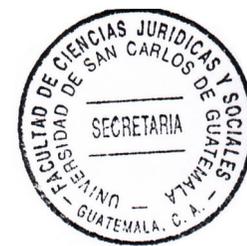
El Artículo 323 del Código Civil establece: “la garantía deberá asegurar:

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

Artículo 324 del Código Civil dispone: “La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según aumento o disminuya el valor de los bienes expresados y el de las cosa en que aquella este constituida.”

Según estos artículos la persona encargada de administrar los bienes del menor, tiene que dar mayor seguridad, a ello, determinando específicamente cual es el activo que recibe, y dependiendo de ellos puede disminuirse o aumentarse, de acuerdo a las necesidades del tutelado.

Dicha garantía deberá consistir en hipoteca prenda o finaza otorgada por alguna institución bancaria que este legalmente autorizada para el efecto. La obligación personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vayan a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste, según lo estatuye el Artículo 325 del



Código Civil.

Artículo 326 del Código Civil tipifica que: “La garantía prendaría que preste el tutor, se constituirá depositado para los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y a falta de ellas, en una persona de notorio arraigo.”

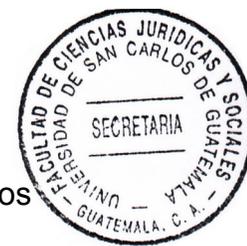
Esta deberá depositarse en un banco del sistema que este autorizado para dicho propósito, y si no existiese, se designara a una persona que reúna los requisitos exigidos por el órgano jurisdiccional competente.

Artículo 327 del Código Civil establece: “El juez fijará, a solicitud y propuesta del tutor, la pensión alimenticia, de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciará el tribunal.”

Con esto debe entenderse que es el encargado, quien debe determinar cuanto gastara en la educación, alimentación y vestuario del pupilo, siempre y cuando, exista lo suficiente, para cubrir cada una de las necesidades del mismo.

Al tenor de lo estipulado en el Artículo 328 del Código Civil se puede indicar que: “El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de la administración para el año.

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



Esto debe hacerlo, todos los años, y es el juez quien determina la aprobación de los mismos, sin menoscabar la integridad del menor.

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

Si la autoridad competente determina que esto no debe de estar en manos del tutor, es porque son cosas de mucho valor, y no tiene la solvencia o capacidad necesaria para custodiarlas.

Artículo 330 del Código Civil indica que: “El tutor destinará al menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias. Si ya había iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor.”

De acuerdo o lo previsto por este artículo, es el pupilo quien debe de escoger que es lo que más le gusta hacer, y no tienen porque limitar su capacidad de decisión, siempre y cuando sea para su beneficio.

Artículo 331 del Código Civil: “El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece.”



El menor debe acatar lo que le mande el responsable de velar por su bienestar, pero no tiene derecho de corrección ni autoridad sobre la persona física del pupilo; y es aquí donde radica la diferencia principal con la patria potestad.

El Artículo 332 del Código Civil establece: “El tutor necesita autorización judicial:

- 1º. Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor incapacitado; para dar los primeros en arrendamiento por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año; para celebrar otra clase de contratos que afectan el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales. Los contratos a que se refiere este inciso, no pueden ser prorrogados.
- 2º. Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
- 3º. Para repudiar herencias, legados y donaciones;
- 4º. Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
- 5º. Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y
- 6º. Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo.”

Para poder disponer de los bienes del menor o incapacitado, el tutor tiene que obtener autorización judicial, ya que como se estableció anteriormente que estas personas no tienen capacidad de ejercitar sus derechos directamente, lo tiene que hacer el encargado, y es él el que debe establecer la evidente necesidad, o utilidad manifiesta, todo ello lo determina el juez recabando prueba para el efecto, pero también debe intervenir la Procuraduría General de la Nación. dicho trámite se puede realizar, notarial o judicialmente, a través del proceso de jurisdicción voluntaria; de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, el que está contemplado en la



Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y en el Código Procesal Civil y Mercantil, respectivamente.

Cuando se realicen ventas de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse de forma extrajudicialmente, sin embargo no podrá hacer por un valor menor del que se determina, en el comercio el día de la venta, lo que debe de comprobar el responsable, cuando rinda cuentas de su administración, todo ello según lo establecido en el Artículo 333 del Código Civil.

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

Con ellos la persona encargada de velar por los bienes del tutelado, tiene que administrar correctamente las utilidades que obtengan del mismo, porque de lo contrario tendrá que responder por los daños ocasionados. Dicho interés debe hacerse por medio de las tasas activas publicadas por los bancos del sistema un día anterior a la fecha de la presentación del mismo.

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

En este caso el responsable de ello tiene obligatoriamente que obtener la autorización, al igual que en el artículo anteriormente citado, toda vez que no se puede hacer ninguna transacción sin que sea debidamente autorizada.



El Artículo 336 del Código Civil establece: “Queda prohibido al tutor los actos siguientes:

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

En caso de que el protector, lleve a cabo uno de estos impedimentos, todo lo actuado por él, es nulo según lo determina la ley.

### **3.4. Conclusión y rendición de cuentas de la tutela**

Al concluir el cargo de tutor y protutor, están obligados a rendir cuentas de la administración de los bienes del pupilo, dicha rendición de cuentas la tienen que hacer por lo menos una vez al año o inmediatamente que finalice el cargo, esta deberá hacerse ante juez competente y también debe intervenir la Procuraduría General de la Nación, la que deberá velar porque los intereses del menor no se vean menoscabados.

Según Cabanellas de Torres rendición de cuentas es la: “Presentación, al conocimiento de quien corresponda, para su examen y verificación, de la relación minuciosa y justificada de los gastos e ingresos de una administración o gestión.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 347.



Al presentarla, se controla la actividad administrativa de los bienes del pupilo y en ella se establece si el tutor se conduce correctamente o no en el ejercicio de la figura de la tutela.

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

Esta es una obligación que la ley establece a la persona que tiene bajo su cuidado otros bienes que no sean del que esta dirigiendo, y es una autoridad competente la que tiene que aprobar dichos libros en donde se tienen que llevar todos los datos que de la misma resultaren, y aunque se le haya relevado de ello, al final tiene que entregar debidamente ordenado todas sus actuaciones.

Artículo 344 del Código Civil regula lo siguiente sobre: “La rendición anual de cuentas se hará ante el juez con intervención del protutor y del Ministerio Público.”

Y son ellos los que determinan si esta acorde a lo que esta registrado en los libros que para el efecto lleva el tutor.

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



Lo que establece el mencionado artículo, es que el responsable de la administración de los bienes del menor, tiene la obligación de hacer del conocimiento de extutelado todo lo relacionado con el ejercicio de su cargo durante el tiempo que lo sustento.

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

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

Artículo 348 del mismo cuerpo legal regula: “Los gastos de rendición de cuentas serán a cargo del menor o incapacitado”.

Al tenor del Artículo 349 del Código Civil preceptúa: “El tutor, concluida la tutela, esta obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan.

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

Lo que designa el Artículo 350 del Código Civil es que: “El saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal.

En el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; el segundo desde la rendición de cuentas, si hubieren sido rendidas dentro del término legal, y en caso contrario, desde que éste expire”.



Conforme lo señalan los artículos anteriores, la persona que se encuentra encargada de la administración de bienes de menores, tiene la obligación de rendir cuentas de la misma al terminar el cargo para el que fue designado, para que sea examinado, verificado y justificados minuciosamente los gastos e ingresos de tal gestión.

De no hacerlo, el tutelado tiene la facultad de exigirselo, a través de autoridad competente para el efecto el cual debe hacerse a través de un juicio oral de rendición de cuentas de la tutela, este es un proceso de conocimiento en el que se pretende crear un derecho no existente, o sea que a pesar de encontrarse regulado en la norma sustantiva, hay que darle vida a esa norma, porque ya existe litis o rebeldía por parte de la persona que tiene que entregarla.

Para realizar tal reclamación él afectado debe hacerlo a través del mencionado juicio, el que se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, y tiene que llenar todos los requisitos solicitados para el mismo.

### **3.5. La curatela**

Proviene del latín curador, término derivado del curare: cuidador, esta es una institución, la cual se ejerce de forma personal, en razón de su propia naturaleza y de la confianza que su designación supone, no puede ser delegado su ejercicio, a excepción de que deba de valerse de un tercero, por causa del lugar donde deba cumplirse, por requerirse conocimientos técnicos especiales, o que por otras causas análogas sea indispensable.



El Diccionario jurídico Espasa lo define como: “Es una institución cuasi familiar de guarda y protección de menores e incapacitados genuinamente romana, que se reglamento con toda suerte de detalles en el derecho del pueblo, ley que hoy solamente ofrece un carácter puramente histórico dentro de la legislación española. Su objeto de igual modo que el de la tutela, es suplir la falta de capacidad de determinadas personas, y procurar la guarda de aquellas que, por razón de incapacidad física y moral, no pueden o no deben obrar personalmente”<sup>18</sup>

Esta es una institución que no esta contemplada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que no pertenece a un sistema dual, que separe la tutela de la cùratela. En el país nombramos a la administración, con todos sus elementos que la misma conlleva, de los bienes de un menor o incapaz, así como su guarda y custodia simplemente tutela.

En legislaciones en donde el sistema es dual, dicha figura jurídica es el término con el cual se nombra a la acción tuitiva que el Estado les concede a los incapaces mayores de edad. Aunque existen legislaciones en las que la tutela es la institución del cuidado de los menores o incapaces, y la cùratela es la guarda y custodia de sus bienes; es decir, con ella se administran los bienes del menor o incapacitado.

En el Artículo 301 del Código Civil se establece la tutela de las personas declaradas en estado de interdicción.

La cùratela es la medida tuitiva que la ley impone a los incapaces mayores de edad. Cuando, ellos no tienen la plena capacidad para ejercer sus derechos y obligaciones, y es la ley la que debe de protegerlos o en su caso el Estado.

---

<sup>18</sup> Diccionario jurídico espasa. Pág. 272.



Según Cabanellas: “Es una institución que como la tutela, tiene por objeto suplir la capacidad de obrar de las personas.”<sup>19</sup>

La clasificación que hace la legislación argentina es: Curatela Dativa, especial, en las Sucesiones Vacantes y del Penado, en Guatemala simplemente se nombra a un administrador; según lo establece el Artículo 503 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

Es importante comentar al respecto que terminológicamente la curatela también es tomada como sinónimo de guarda y custodia, aunque realmente no se manifiesta ésta.

### **3.6. La guardia y custodia**

Esta figura no tiene categoría de institución jurídica de derecho civil. No obstante, comúnmente se utiliza en la terminología sobre todo en lo referente a materia de derecho de familia, en los procesos en donde existe pugna por la obtención de la patria potestad entre los padres, o en los procesos de divorcio en donde se está dirimiendo a quien le quedan confiados los hijos menores de edad procreados durante el matrimonio; en todo caso, la guarda y custodia obedece a una situación un tanto más temporal.

No se puede decir que existe una definición de esta figura, ya que como quedó expresado anteriormente, que este término no tiene categoría de institución de derecho civil en el país. Sin embargo, y supletoriamente para entenderla mejor, el tratadista

---

<sup>19</sup> Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 104.



Manuel Osorio determina que: la guarda es: “Defensa, conservación, cuidado y custodia. Y más adelante señala que es la curatela o curadería.”<sup>20</sup>

El tratadista Julio López del Carril, utiliza dicho término en varias ocasiones en el desarrollo de la exposición de su tema “la curatela, sin que esto constituya la idea de que la curatela es sinónimo de guarda y custodia.”<sup>21</sup>

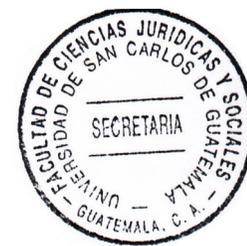
De todo lo expuesto anteriormente, podemos inferir que la persona que se encarga de un menor de edad o un incapaz, y de administrar sus bienes, así como de su cuidado, en un plazo determinado; será la que ejercite todas y cada una de las facultades que de esta se derivan.

Cabe resaltar que las personas que tienen a su cargo estas atribuciones deberán de velar por el bienestar del menor o incapacitado en su caso, dichas actividades deben de realizarlas observando las limitantes que la ley les impone, y con ello cumplir con el mandato jurídico impuesto.

---

<sup>20</sup> Osorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 120

<sup>21</sup> Del Carril López. **Ob. Cit.** Pág. 186.



## CAPÍTULO IV

### **4. Intervención del Estado como sustituto de los padres**

El Estado tiene la obligación de intervenir, en el cuidado de los menores de edad cuando los progenitores, no les brindan la protección y el cuidado necesario, y esto debe realizarlo a través de los órganos creados para el efecto.

Se hace necesaria la intervención de una persona, distinta a la de los padres naturales, en la crianza y cuidado de los hijos menores de edad, en los siguientes casos: a) Por ausencia o muerte de ambos padres; b) Por suspensión o pérdida de la patria potestad, solicitada por los familiares, establecidos por la ley o por la Procuraduría General de la Nación en su caso.

#### **4.1. Antecedentes de la Procuraduría General de la Nación**

A raíz de las reformas Constitucionales de 1993 nace a la vida jurídica e institucional, ya separada del Ministerio Público, y como entidad independiente, conforme lo establece el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, con las funciones específicas de asesoría y consultoría de los organismos del Estado, ejerciendo la representación del mismo en el ámbito legal que le atañe.

#### **4.2. Funciones**

Son las de asesorar a los órganos y entidades del Estado en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se solicite su opinión. Esto se da a través de



dictámenes que contienen la opinión de los profesionales, quienes conocen casos específicos en las distintas materias jurídicas.

Ejercer la representación del Estado de Guatemala dentro y fuera del territorio nacional sosteniendo los derechos de la nación en todos los juicios en que fuese parte, promoviendo la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten a su favor. Así como intervenir en trámites administrativos y negocios en que estuviere interesado el estado, formalizando los actos y suscribiendo los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de tal fin.

En la actualidad cuenta con un equipo de profesionales multidisciplinarios que lo hacen ser el bufete más grande del país, además de ser el de mayor alcance ya que cuenta con 16 sedes departamentales, esto con el fin de servir de una manera eficiente y transparente al Estado de Guatemala.

Esta es una institución pública de carácter técnico jurídico, creada por mandato constitucional, a quien se encomienda la personería jurídica del Estado de Guatemala, de la niñez y de la juventud, así como las funciones de asesoría y consultoría jurídica de la administración pública, y otras específicas que las leyes establecen, todas las cuales son cumplidas con estricto apego a la ley y en atención al principio de primacía constitucional.

#### **4.3. Visión y objetivos**

Es la de ser una institución moderna y fortalecida que preste sus servicios con efectividad y eficiencia, comprometida con el ordenamiento jurídico y la realidad social, y protagonista de la modernización y la transparencia del Estado.



Incidir en el correcto desempeño de sus funciones, a través de una adecuada y pronta asesoría técnico-jurídico. Infundir los principios y valores del Estado de Derecho en los actores relacionados con el trabajo de la misma. Y lograr que se reconozca la transparencia en el cumplimiento de las funciones, optimizando los resultados del trabajo cotidiano.

Ser el eficiente representante de menores, ancianos y discapacitados en estado de abandono y el promotor de acciones judiciales y extrajudiciales para proteger a la familia, haciendo énfasis en la mujer.

El Marco Legal de la Procuraduría General de la Nación lo encontramos regulado en el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala la cual establece: “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida. Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El Procurador General de la nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.”



#### **4.4. Procurador General de la Nación**

El Procurador General de la Nación por mandato constitucional es el abogado y representante legal del Estado de Guatemala en aquellos asuntos de interés para el país tanto dentro como fuera del territorio nacional, además es el asesor y consultor de los organismos del mismo. Tiene como funciones específicas el representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces mientras estos carezcan de un personero legítimo, padre o tutor.

También interviene ante los tribunales de justicia en aquellos asuntos que la ley le llame a participar, al mismo tiempo promueve las gestiones necesarias para obtener la recta y pronta administración de justicia en favor de los intereses del Estado, y es el único que puede decidir la delegación parcial y sus condiciones de sus responsabilidades.

#### **4.5. Procuraduría de la niñez y la adolescencia**

Es la encargada de presentar denuncias al Ministerio Público, participar activamente en los procesos penales y emitir opinión jurídica en los procesos judiciales, administrativos, notariales o de cualquier índole en los que existan intereses de menores de edad.

Dentro de sus atribuciones encontramos que tiene la potestad de representar legalmente a niños, niñas y adolescentes que carecen de ella; la investigación dentro de los procesos de protección para establecer recurso familiar ó formas concretas de



restituir un derecho violado a ellos.

Es la responsable de proteger y vigilar el estricto cumplimiento de los derechos humanos de los niños, dentro de cualquier proceso judicial o administrativo en el que se vean afectados sus intereses.

#### **4.6. Funciones**

De conformidad con los artículos 4, 5, 6, 8, 76 y 108, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, decreto No. 27-2003 del Congreso de la República, es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como hacer del conocimiento de los padres y tutores sobre el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación, convivencia familiar y comunitaria de todos los niños y adolescentes.

Asimismo, el país debe garantizar que la aplicación de la ley en mención esté a cargo de órganos especializados, cuyo personal tenga la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia. El interés superior del menor es el que constituye el fin axiológico que debe aplicarse en toda decisión que se adopte con relación a los mismos, para asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos respetando los vínculos familiares, por lo que deberá entenderse como interés de la familia, todas aquellas acciones que favorezcan la unidad e integridad de ella.

También debe velarse porque las instituciones públicas y privadas que atiendan a los



de menor edad, respeten sus derechos, en especial el derecho a la vida, seguridad e identidad cultural; entiéndase, costumbres y tradiciones, a efecto de brindarles un trato integral y digno. Por otro lado debe de coordinar acciones con dichas instituciones, así como con organismos internacionales, para impulsar programas que fomenten la unidad y estabilidad de la familia, que es la base de la sociedad, civismo, identidad nacional, valores morales, respeto a los derechos humanos y liderazgo para el desarrollo de la comunidad. Asimismo, debe diseñar políticas y ejecutar programas de salud integral con la participación de instituciones dedicadas a esta actividad, brindando los insumos necesarios para el logro de este cometido; además, promover otros aspectos de orden social, laboral, deportivo y de educación integral, que vayan orientados, siempre, en beneficio de los niños y adolescentes.

Debe hacer su mayor esfuerzo para representarlos legalmente ya que ellos se encuentran en estado de indefensión y en mayor riesgo de vulnerabilidad, y para ello tiene que realizar la investigación y diligenciamiento de medios de prueba necesarios para la restitución de sus derechos que están siendo amenazados o violados, en los procesos de familia, penal, civil y laboral.

#### **4.7. Procurador de la niñez y la adolescencia**

El funcionario que tenga el cargo de Procurador de la Niñez y Adolescencia, actúa por delegación conferida por el Procurador General de la nación, debiendo tener las calidades de abogado y notario. El funcionario tiene a su cargo la jefatura de las distintas unidades de la niñez, por lo que debe ser especializado en la materia; es quien coordina, delega y ejecuta todas las acciones pertinentes para el cumplimiento de lo preceptuado por la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes de protección de la niñez y la adolescencia, así como todos aquellos convenios



internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

#### 4.8. Reseña histórica del Estado en políticas hacia los menores

En 1824; “Cuando se crea un Centro de corrección, para menores de edad, la llamada Casa de corrección de Menores. Dicho centro tenía una asignación de 500 pesos mensuales. Mucho más de lo que relativamente tienen actualmente algunos centros de detención para menores. No se tienen estudios de los resultados obtenidos por esta casa.”<sup>22</sup>

En 1834, se crea la Escuela de Reforma. En dicha escuela se recluían, indistintamente, a menores acusados de delincuencia común, así como a aquellos menores acusados de vagancia y ociosidad, estos últimos únicamente entre las edades de 16 a 18 años, toda vez que existía ya un Decreto Ley que exceptuaba a todo menor de 16 años de la calidad de vago u ocioso. En 1854 se creó la casa de Huérfanos y Niños Desamparados. Sin embargo, aquí se recluían a niños desamparados, como a niños transgresores de la ley.

Para 1887 se creó la Casa de Corrección: “Donde se recluían o trataban indistintamente a niños transgresores, como a vagabundos, como también había mayores de 18 años, y adultos sentenciados a determinadas penas de carácter correccional. Una política típica del gobierno liberal de esa época.”<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Paz y Paz, Claudia y Ramírez Luis. **Niñas, niños y adolescentes privados de libertad**. Pág. 17 y 18.

<sup>23</sup> **Ibíd.**



En 1913; “Se aprueba el reglamento de funcionamiento interno de la casa de corrección. En donde se estableció que la edad de los transgresores se prolongara a los 18 años.”<sup>24</sup>

En 1925, “Se acordó que la sección de menores lo tuviese a su cargo la Policía Nacional, y se determinó en ese mismo año, la necesidad de crear una sección para niñas infractoras, porque no existía un centro para ellas.”<sup>25</sup>

Para 1927, “Se crea la cárcel de mujeres, en ese entonces se le llamo Escuela de corrección de Menores.”<sup>26</sup>

Posteriormente, en la dictadura del general Jorge Ubico, en 1934, “Se promulga la Ley de Protección a los Menores, por medio de la cual se creaba un consejo consultivo, conformado por un médico, un abogado y un pedagogo.”<sup>27</sup>

Las funciones del consejo consultivo referido, serían la de analizar los casos de los menores transgresores, con la finalidad de que los menores sufrieran lo menos posible la reclusión por lo que se les dejaba en la mayoría de los casos bajo libertad vigilada. Y únicamente se internaba al menor en la escuela correccional cuando se fracasaba con dichas medidas. Algunas autoridades, consideran que esta acción implementada por la dictadura ubiquista es el precedente inmediato para la magistratura de menores, como lo estableceremos posteriormente.

---

<sup>24</sup> **Ibíd.** Pág. 17 y 18.

<sup>25</sup> **Ibíd.**

<sup>26</sup> **Ibíd.**

<sup>27</sup> **Ibíd.**



En el año de 1951, “Con una visión más innovadora hasta entonces, la Escuela de Prevención Juvenil, pasa a ser parte del Ministerio de Educación. Y en 1952, se crea la Ciudad del Niño. La cual funciona con un consejo integrado por: un director general, un subdirector general, un médico, un trabajador social, un psiquiatra, y varios maestros de grupo y el presidente del tribunal de menores.”<sup>28</sup>

En 1954, la sección de reeducación de menores, se trasladó a la ciudad de los niños, en el municipio de San José Pinula. Esta institución fue creada para estudiar, reeducar, orientar, y reformar integralmente la personalidad de los menores de edad transgresores. Así mismo se crearon dos centros de educación especial que son:

- Centro de observación: este centro se encontraba ubicado en el Barrio San Pedrito de la zona 5, de la ciudad capital.
- Centro de Reeducación de niñas: dicho centro se encontraba ubicado en el Municipio de San José Pinula.

Para 1965 ya se contaba con el Código Civil, que a la fecha es el que está vigente, el cual regula lo referente en materia de patria potestad. No obstante, en 1966 el Organismo Legislativo amplía el Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala vigente en esa época, la cual permitía la reclusión de los menores de 18 y 15 con los adultos. Dicha reforma, determina la edad mínima de 18 años para este tipo de reclusión.

En el año de 1969 se promulga un Código de menores. Y en 1979 se decreta el segundo Código de menores, vigente hasta 1996.

---

<sup>28</sup> **Ibíd.** Pág. 17 y 18.



Guatemala en 1990, es el sexto país a nivel mundial en ratificar la Convención sobre Derechos del Niño, mediante Decreto Legislativo 12-90, para que en 1996 se promulgue el Código de la Niñez y la Juventud. Dicho Código, fue un proyecto de ley elaborado por entidades privadas de derechos de la niñez. El mencionado Código recoge las ideas legislativas en materia de menores, así como las de la Convención sobre derechos del niño.

En el año 2003, se crea la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, toda vez que el Decreto 78-79 del Congreso de la República, y que el Código de Menores ya no respondía a las necesidades de la niñez y de la adolescencia.

#### **4.9. Instituciones de tratamiento y orientación para menores**

Dentro de las acciones actuales del Estado de Guatemala, en materia de protección de la niñez, y que serían los únicos lugares estatales a los que podría recurrir un juez para destinar a los menores, son los centros de tratamiento, que dependen de la Dirección de Tratamiento y Orientación para Menores, que es a su vez una dependencia de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.

Dicha Dirección fue creada en 1971, no obstante, existe todavía, cuyo fin es el de atender los casos de aquellos menores transgresores de la ley. Y en la práctica, el menor que ingresa no es únicamente transgresor, sino también vive y habita en la calle, ya que por cualquier motivo ingresa a estos centros, con el objetivo de ser tratado, de su conducta irregular e ilícita.



De esta dirección, se desprenden cinco centros los cuales tenían a su cargo el cuidado y la protección de los menores transgresores de la ley, que son los siguientes.

#### **a) En el caso de los varones**

En el caso de los varones, tenemos:

- Centro de Ubicación y Diagnóstico;
- Reeducativo de Varones;
- Centro de observación de varones.

Y en el gobierno del licenciado Ramiro De León Carpio, se hablaba de crear un cuarto centro, llamado de primera fase, para que después de ingresar a este último los niños pasaran a este y no de una vez al reeducativo. Pero hasta la fecha no se ha constituido dicho establecimiento.

#### **b) En el caso de las niñas**

Para las niñas transgresoras existen los siguientes centros:

Centro de Observación de Niñas; b) Centro de Reeducción de Niñas y c) Centro de Diagnóstico y Ubicación.

- Centros de Observación de Niñas: Son aquellos centros cuya función es observar, evaluar, diagnosticar y pronosticar, acerca del comportamiento de las menores de edad, que son remitidas por los tribunales de menores, para luego enviarlas, si se considera necesario a los Centros de Reeducción.
- Centros de Reeducción de Niñas: Su función es reeducar a las menores de edad en: higiene, salud, ocupación laboral y escolar de las mismas.



- Centro de Diagnóstico y Ubicación: Estos tienen como finalidad realizar un preestudio de la menor, con el objeto de ubicarlas en la fase del programa que le corresponde, ya sea en internamiento o con un familiar.

#### **4.10. Las magistraturas de menores, juzgados de menores**

Existen autoridades jurisdiccionales que ven, en las acciones tomadas por el gobierno del general Jorge Ubico, como la creación de un Consejo Consultivo, la fundación del Orfanato Alida España, el llamado Hospicio, y otra serie de eventos suscitados en dicha época, fue el precedente que origino la filosofía estatal que más tarde culminó con la creación de la misma.

Dicha institución se encarga a través de los cinco Juzgados de menores en el municipio de Guatemala, y en los Departamentos los podemos localizar en: Peten, Cobán, Zacapa, Jutiapa, Chimaltenango, Escuintla, Coatepéque, Quetzaltenango y Malacatán en San Marcos, de ventilar todo proceso de menores, y de imponer las sanciones en contra de los transgresores, de la ley penal.

En lo que cabe, la magistratura referida mantiene una cierta administración en estos asuntos, toda vez que se encarga de otorgar cartas de buena conducta a los mismos, ya que según la legislación guatemalteca tienen la edad necesaria para poder desempeñar un oficio, y es por medio de este simple trámite, que se lleva un control de la edad de quienes desean vender su fuerza de trabajo.

Por otro lado, también se ha creado en el Ministerio de Trabajo, la unidad denominada: Oficina del Menor Trabajador. Es ahora que se empieza a verificar aunque sea en



forma mínima, las condiciones de trabajo en las que se encuentran los niños y niñas que prestan sus servicios.

#### **4.11. Programa de hogares sustitutos**

Este programa, fue creado por la señora Magda Bianchi de Serrano, esposa del Expresidente de la República Jorge Serrano Elías.

El mencionado proyecto, tiene como objetivo brindar una especie de cuidado-guardería de los niños o niñas, hijos o hijas de aquellas personas que se emplean todo el tiempo fuera de su hogar. Y que no pueden atender a sus hijos menores, y no tienen el dinero suficiente para pagar una niñera o guardería.

El Programa de Hogares Sustitutos consiste en que, una persona a cambio de un pago, se encarga del cuidado de seis a diez niños o niñas menores de diez años, que necesitan ser atendidos en horas hábiles, por las razones ya expuestas anteriormente.

Es a través de la Procuraduría General de la Nación, que de conformidad con la Carta Magna de la República de Guatemala, es la institución que debe su intervención respecto a sus dictámenes, y determinante independiente de los asuntos que trate, pero siempre velando en cuanto a la seguridad de la niñez guatemalteca.

No obstante, este programa tan sólo es una solución alternativa al cuidado que sus padres no pueden brindarles a sus hijos en un tiempo determinado del día; es una solución que tiene carácter temporal. Por supuesto no es lo que se pretende con este programa.



En todo caso, en situaciones en las que no existe necesidad de que intervenga un tercero para garantizar que el menor de edad esta gozando de sus garantías jurídicamente establecidas, puesto que existe el padre quien, tiene en primer lugar la obligación, además del derecho de intervenir en el desarrollo del hijo, sin embargo, se da la existencia de un vacío legal respecto a esta necesidad.



## CAPÍTULO V

### 5. Propuesta para reformar el Artículo 261 del Código Civil

Este capítulo constituye el corolario de la presente investigación, por lo que en el mismo se reúnen los criterios por medio de los cuales se sustenta la conclusión y propuesta de dicho trabajo, a efecto de fundamentar teóricamente la necesidad de reformar el Artículo 261 del Código Civil, Decreto Ley 106 guatemalteco.

Dicha hipótesis parte, sobre todo, de la premisa de que: siendo la patria potestad una institución surgida a partir de dos personas, y por consiguiente es el mismo número de personas las que deben quedar obligadas, sujetas y comprometidas con el hijo o la hija menor de edad; que es quien constituye el objeto principal o fundamental de que exista legislación en torno a dicha institución jurídica.

Por lo que, independientemente de que la pareja que procrea a un hijo, sean unidos legalmente en matrimonio, en unión de hecho, estén separados o no vivan juntos en ningún momento. Dicho en otras palabras, siendo dos personas las causantes de la existencia de un nuevo ser, por lo menos durante su menor edad, deben responder de la misma forma en la manutención del menor. Cualquier disposición fuera de ello, constituye privilegiar a una de ellas por encima de la otra. O bien, cargar de responsabilidad a una de las partes involucradas, disminuyendo la responsabilidad de la otra.

El interés en realizar la misma, consiste en adquirir la igualdad de derechos y deberes en esta figura jurídica, siempre y cuando esto beneficie sobre todo a los descendientes.



Lo que se pretende hacer con esto es democratizar esta figura, comprometiéndose a ambos padres para que cualquier decisión que se tome, beneficie siempre al infante.

Además, se debe procurar la participación de todos los elementos de un órgano jurisdiccional de familia, de los cuales se disponga, para establecer el beneficio a favor del menor de edad y su futuro.

### **5.1. Análisis del Artículo 261**

El Artículo 261 del Código Civil regula: “Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que esta convenga en que pasen a poder del padre, o 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”.

Como quedó establecido en el artículo descrito anteriormente, existe un privilegio ilimitado para con la madre, quien por esta norma queda facultada para decidir que los hijos quedaran en poder o no del padre o sea internados en un establecimiento educativo.

El Artículo 261 del Código Civil, regula la situación de una madre que no es casada ni unida de hecho legalmente, o sea cuando es madre soltera. En primer lugar, analizaremos si este Artículo ofrece soluciones o si por el contrario se mantiene en la línea de la problemática de esta institución del derecho civil.



Lo segundo, que haremos son, las implementaciones de facultar a la madre, para que decida en manos de quien deben de quedar el o los hijos menores, sin importar la presencia del padre, o la responsabilidad que para el efecto tiene el Estado, dentro de esta misma situación, y que se representa en la persona del Juez de Familia.

Además, un análisis del papel que juegan los órganos jurisdiccionales con respecto a estos trámites, y su pertinencia.

El presente artículo, contiene tres párrafos los cuales es preciso analizarlos en forma individual.

### **Primer párrafo del Artículo 261 del Código Civil**

El Código Civil guatemalteco prevé esta situación, la pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre en ejercicio de la patria potestad, y señala que siempre que se produzca, la autoridad judicial debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo menor. Sin embargo, retoma de manera indirecta esta discusión, en el Artículo 261, cuando plantea el caso de que los padres no estén casados ni unidos de hecho. Si bien se entiende claramente que en este caso no existe contienda entre los progenitores, no establece la solución cuando ellos sólo convivieron en forma separada y existe pugna entre los mismos sobre el ejercicio de esta figura jurídica en cuanto a los hijos que procrearon.

No obstante, se le otorga la facultad a la mamá, como la única persona que tiene el derecho exclusivo sobre la persona del menor, de decidir sobre su futuro, cuando permite que sea ella quien decida, si el menor debe quedarse con el padre o en un establecimiento educativo.



Empero, decimos que se retoma la discusión de la pugna, en forma tácita, puesto que se establece la figura de la separación y el divorcio y remite en el segundo de los párrafos del Artículo 261 del Código Civil, al 166 del mismo precepto legal.

La Convención sobre Derechos del Niño, establece que las autoridades deben velar porque el niño se desarrolle en un ambiente propicio para su crecimiento. Y considera que en cualquier controversia se debe resolver a favor del llamado interés superior del infante. Y aunque no lo define exactamente, desarrolla en su contenido, dicho acuerdo, una serie de condiciones y mandatos que de cumplirse, aseguran el respeto a los menores en su condición de tales. Lo que definitivamente debe ser tomado en cuenta en la solución de cualquier controversia en materia de patria potestad, figura tan afín con los derechos de la niñez.

Por otro lado, debe hacerse notar que la visión que trajo la Convención sobre los Derechos del Niño, la recogió el Código de la Niñez y la Juventud y posteriormente también lo recoge la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto Número 27-2003, del Congreso de la República. La cual establece que es necesario el desarrollo integral de la niñez y adolescencia guatemalteca, y en especial de aquellos cuyas necesidades parciales o totales están insatisfechas, y con ello permitir que los mismos sean educados en un ambiente de paz, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas en su desarrollo futuro.

En el entorno social guatemalteco, es muy común que las parejas se disputen la patria potestad de los menores hijos. Y no sólo porque se tenga interés material de administrar sus bienes o para ofrecerles una mejor vida, como lo señalan muchos padres que se encuentran en estas circunstancias; el padre se interesa en obtener la misma, no solamente por el pago de la pensión alimenticia, sino también porque



muchas veces los hijos se encuentran mejor con él, ya que muchas veces la mamá no puede educarlos adecuadamente.

Por el hecho de ser madre, es posible suponer que el legislador coloca en el Código Civil la idea de que, los hijos estarán mejor en poder de la madre. Aunque en algunas ocasiones, los hijos se encuentren en mejores condiciones con el padre. Sin embargo, dicha norma jurídica, además de garantizar la presencia del juez para resolver cualquier pugna, debe velar también porque aunque exista contienda, en caso de separación de los padres, el menor quede en la mejor situación. Y este artículo lejos de aclarar el procedimiento, lo confunde más, porque no existe un procedimiento específico para tomar la mejor decisión para el futuro del menor.

Por otro lado, en su Artículo 261 del mismo cuerpo legal también establece que: "...salvo que esta, o sea la madre convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internado en un establecimiento de educación...". Por lo anotado nos preguntamos que ocurre, si después de una separación, la madre se apropia de los hijos a tal punto, que no le permite al padre relacionarse con sus hijos, y viceversa. Produciendo un daño para el desarrollo integral del menor, tal y como lo prevé la Convención sobre los Derechos del Niño, y establece que ambos padres deben relacionarse con sus hijos. Además de ser un derecho humano, el de tener familia y relacionarse con ella.

Los principales peligros que cuestionó, al respecto de ceder la total libertad a la madre, para que sea ella quien decida sobre el mejor futuro que debe tener su menor hijo, en caso de que ella no lo asuma como su responsabilidad, son los siguientes:

- Que el padre no pueda oponerse a que su hijo lo envíen a un establecimiento educativo, habiendo decidido únicamente la madre.



- Que el padre no tenga derecho preferente sobre el establecimiento educativo, sino que se le tome como una alternativa.
- Que no existan criterios legales ni el perfil de la institución a la que deberían internarse a los menores, si este fuere el caso.

Sobre todo la poca participación que le queda al Estado en este caso, el que como vimos anteriormente tiene extremas responsabilidades en dichos asuntos.

- Que la decisión no se tome en consenso, y que para decidir en beneficio del hijo o hija, no medie ni la opinión del padre, ni la de expertos, como es el caso que se establece en el Artículo 166 de este precepto legal.
- Que no se mencione dentro de los posibles sustitutos del padre, más que un establecimiento educativo, y no se tome en cuenta cualquier otro sustituto opcional a los progenitores.
- Finalmente, que el Estado sea tan incapaz de plantear una solución al respecto de aquellos menores que no cuidara ni la madre ni el padre, ni ningún familiar.

El segundo elemento a considerar en este artículo, es que dentro de las opciones que tiene la madre, si rechaza la guarda y custodia de su descendencia, es decidir si los interna en un establecimiento educativo, la que no es una solución concreta. Puesto que si se refiere a un centro educativo estatal, como ya quedo establecido, el Estado no cuenta con un establecimiento que llene estas características. Y si se refiere a una



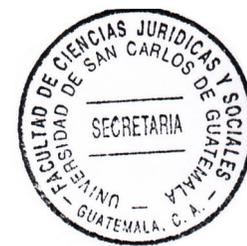
institución privada, tampoco establece criterios y categorías que deben tomarse en cuenta para que una fundación educativa califique para tal actividad y responsabilidad.

## **Segundo párrafo del Artículo 261 del Código Civil**

El segundo párrafo, se refiere al Artículo 166 del mismo precepto jurídico; que textualmente señala: “Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidara de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos”.

Como quedo establecido en el Artículo 166 existen dos elementos importantes que tiene este artículo y son los siguientes: En primer lugar, que se refiere a un discernimiento en común, padre y madre, por lo que sienta las bases para forzar a los padres a acordar el destino de sus hijos, es decir, a quien le quedaran. Sin embargo, por exclusión debemos concluir que en los demás casos, cuando la separación no provenga de matrimonio previo, no decidirá nadie más sino sólo la madre.

Y por otro lado, involucra al órgano jurisdiccional, otorgándole facultades a este para decidir sobre si se permite que los progenitores continúen cuidando o no a sus hijos. Y además, que esta participación directa que se le concede dentro del proceso, y que dicha intervención sea con orden y de manera sistemática, con base a los informes y consultas, que concretamente emitan trabajadores sociales y órganos especializados, aunque desafortunadamente no señala a que se refiere con especializados. La manera más técnica con la que se aborda dicho precepto legal, es probablemente debido a que pertenezca a la reglamentación de divorcio.



### **Tercer párrafo del Artículo 261 del Código Civil**

El artículo, consigna en este párrafo, la sustracción del o los hijos del poder de la persona que legalmente lo o los tenga en su poder. Lo que se considera una conducta punitiva que ya está regulada en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, el cual se refiere al delito de sustracción Impropia y debiese en dicho caso, reservarle el derecho a la persona de cuyo poder fue sustraído el hijo o la hija, para hacerlo valer penalmente su derecho, así como también darle la facultad al Ministerio Público, para que ejerza la acción pública en este caso ya que es una acción punible y perseguible de oficio.

#### **5.2. Participación de un órgano jurisdiccional**

Como ya quedo establecido, en el Artículo 261, del Código Civil, no se deja espacio a la participación del Estado, en la decisión que se toma, referente a quien se le otorga la patria potestad, o simplemente, la guarda y custodia, cuando no lo hacen sus progenitores.

Por lo que, se percibe que, el papel de un juzgado en esta materia debe ser más protagónico, con el fin de garantizar el futuro del menor. Y en todo caso, fortalecer la participación del juez, con la ayuda de dictámenes emitidos por personas individuales o jurídicas, que sean consideradas expertas en la materia.



### 5.3. Propuesta de reforma al Artículo 261

Con lo anteriormente expuesto, considero que dicho precepto legal debe ser revisado; y que como consecuencia, de ello debe ser reformado en su contenido, introduciendo concretamente las siguientes modificaciones:

- Que se establezca un procedimiento para definir en poder de quien deberán quedar el o los menores de edad, en el caso de que la madre no este de acuerdo de darle la misma al padre.
- La ayuda, dentro del proceso al que se refiere, de estudios de expertos o especializados en la materia, para discernir cual es el bienestar del hijo o hija.
- Otorgarle derechos por igual a ambos padres, para decidir sobre el futuro del menor, y no limitarlo únicamente a la madre.
- Limitar la sugerencia de recluir al menor a un establecimiento educativo, puesto que no existen centros estatales ni privados con estas características para el efecto. Y consecuentemente, generar la posibilidad de que se otorgue tutela del menor en mención.

La integración familiar esta basada en la institución denominada: matrimonio; el Estado, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, esta obligado a velar por su protección a través de disposiciones legales, pues el matrimonio es el génesis de la familia, la cual se complementa con uno de los elementos más importantes o sea los hijos, quienes tienen derecho a tener un hogar;



es decir, a una familia compuesta por el padre y la madre, donde los hijos puedan encontrar calor, amor, educación, alimentación, protección, orientación, ayuda, respaldo etcétera.

Lamentablemente, en la sociedad guatemalteca se brinda poca importancia al rol que les corresponde; como padres de familia, de allí que están a la orden del día las separaciones, los divorcios, la procreación extramatrimonial; con el consecuente abandono de los hijos e hijas. O sea que, es muy pobre la conciencia o el conocimiento de los deberes y obligaciones que conlleva la procreación o la formación de un hogar.

Siendo la patria potestad, una institución surgida a partir de dos seres humanos, es el mismo número de personas las que deben quedar obligadas, sujetas y comprometidas con el hijo o hija menor que constituye el objeto fundamental de que exista legislación en torno a ella. Todo lo cual, independientemente de que la pareja que procrea a un hijo, sean unidos legalmente en matrimonio, en unión de hecho, estén en su caso separados o que nunca vayan a vivir juntos.

En otras palabras, siendo estas las causantes de la existencia de un ser humano, por lo menos durante la minoría de edad, deben responder de igual manera sobre las responsabilidades de cada uno de ellos. Cualquiera disposición fuera de este contexto, constituye privilegiar a una sola de las partes, de este problema.

El interés de reformar el Artículo 261 del Código Civil, es debido a que se encuentra mal redactado, de forma que establece un privilegio ilimitado para con la madre, quien por esta norma queda facultada para decidir que los hijos procreados queden en poder o no del padre, o sea internados en un establecimiento educativo. De acuerdo a lo que establece dicha normativa el legislador dejó plasmada esta idea, dada la naturaleza de la progenitora de que los hijos estarán en poder de la misma. Con la actual redacción



del precepto relacionado, cuando el padre quiera reclamar que sus hijos queden bajo su poder, la misma se ve opacada, toda vez que depende de la decisión que tomará la madre, por la facultad que el mismo artículo le confiere a ella.

Además lo que se trata es demostrar la igualdad que debe existir entre hombre y mujer sobre los derechos y deberes que devienen de la patria potestad, siempre y cuando esta facultad beneficie sobre todo a los menores de edad. Es decir, que lo que se busca con ello es que esta figura tenga las mismas prerrogativas para ambos, comprometiendo a los mismos, para que tomen la mejor decisión que beneficie a los hijos procreados y sean ellos los responsables de su educación, alimentación y en sí de todos los cuidados que ellos necesiten, para su desarrollo tanto integral como emocional.

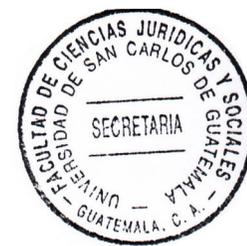




## CONCLUSIONES

1. Queda establecido en el Artículo 261 del Código Civil, que existe un privilegio ilimitado en cuanto a la madre, quien por esta norma es la única facultada para decidir si los hijos permanecen o no en poder del padre o bien ya sea internados en un establecimiento educativo. La norma sustantiva establece que, existe un discernimiento en común, entre padres, por lo que sienta las bases para forzar a los mismos a acordar el destino de los menores, es decir, a quien le confiaran los mismos.
2. Si bien es cierto el órgano facultado legalmente a través de su imparcialidad, vela por la seguridad física y emocional en los casos de que un menor se encuentre dentro de este parámetro, se limita la intervención del padre, puesto que su participación, en una decisión que afecte el presente y el futuro del niño no está contemplada en lo que estipula el artículo arriba mencionado.
3. En el artículo objeto del presente análisis, si bien el Estado tiene participación y amplias facultades para decidir a quien se le otorga la patria potestad, o simplemente, la guarda y custodia, esta limitada en cuanto a la intervención del progenitor.





## RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República reforme el Artículo 261 del Código Civil, en el sentido de que se debe de tomar en cuenta también al padre en la decisión que se tome con respecto al ejercicio de la patria potestad y el bienestar del hijo. Toda vez que es la ley adjetiva la que regula los procedimientos relativos a la pérdida y suspensión de la patria potestad, no obstante existe un vacío legal, en cuanto al ejercicio de esta institución jurídico, el que se hace necesario que el Congreso de la República reforme el también el Código Procesal Civil y Mercantil a efecto de que se incluya un procedimiento específico para que el padre pueda ejercitar su derecho, cuando no sea casado, unido de hecho o este separado de la madre del hijo que procrearon en común.
2. Que el Estado, a través de las instituciones y órganos encargados, implemente la infraestructura institucional y administrativa adecuada para suplir las necesidades y protección del menor cuando no exista la persona idónea para ejercer la patria potestad y determinar de forma precisa la intervención del padre en este caso.
3. El gobierno debe implementar un sistema y un modelo educativo que cumpla con las características necesarias y adecuadas, para observar, evaluar, diagnosticar y pronosticar, acerca del comportamiento de las menores de edad, que son remitidas por los tribunales de menores, cuando ellos hayan cometido una infracción a la ley, para considerar si es necesario enviarlos a los Centros Correccionales de Menores.





**ANEXO**





## ANEXO A

**Forma como debe ser reformado el Artículo 261**

**DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_-2009**

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

### **CONSIDERANDO:**

Que es deber del Estado garantizar y mantener a los habitantes del país en el pleno goce de sus derechos y libertades, siendo su obligación proteger la salud: física, mental y moral de la niñez y adolescencia.

### **CONSIDERANDO:**

Que el Decreto Ley número 106, Código Civil guatemalteco, desde hace varios años ha sido elaborado, es necesario adaptarlo a la realidad nacional y actualizarlo con respecto a la figura de la patria potestad, la cual forma parte de esta rama del derecho.

### **CONSIDERANDO:**

Que en el Artículo 261 del Código Civil, permite mantener la patria potestad sólo a la madre cuando ella es soltera o separada, o salvo que ella consienta se la puede dar al



padre o en el peor de los casos el menor de edad puede ser internado en un establecimiento educativo, los que en nuestro país no existen.

**CONSIDERANDO:**

Que en la actualidad, los hijos menores pueden estar mejor con el padre y que muchas madres no los pueden cuidar y lograr que los menores de edad tengan una buena educación, y se les proteja en sus derechos y crezcan en una relación paterno-filial para que tengan un buen desarrollo integral.

**POR TANTO:**

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a), de la Constitución Política de la República de Guatemala.

**DECRETA:**

La siguiente:

**REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY NÚMERO 106**

**ARTÍCULO 1.** Se reforma el Artículo 261 del Código Civil, Decreto Ley 106 Guatemalteco, el cual queda así:



**“Artículo 261. Madre soltera o separada.** Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos que procrearen quedaran en poder de la madre, siempre y cuando el padre no se oponga legalmente, haciendo valer su derecho, en cuyo caso el Juez competente decidirá en base a un estudio, y con dictámenes de profesionales en la materia de Psicología y Trabajadores Sociales.

La madre también podrá otorgar la tutela legítima en el orden que establece para el efecto el Artículo 299 del Código Civil, o bien darlo en adopción.

Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166 del Código Civil.

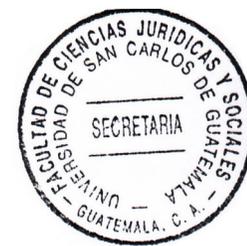
En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga en su poder, será responsable conforme lo establece la ley, y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que especialmente la ejerza.

**Artículo 2. Vigencia.** El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

**PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.**

**DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL \_\_\_\_\_ DEL MES DE \_\_\_\_\_ DEL AÑO DOS MIL NUEVE.**





## BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Derecho de familia y sucesiones**. México, México: Ed. Oxford University Press México, S. A., de C. V. (Colección textos jurídicos universitarios), 2002.

BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Puebla, México: Ed. José M. Cajica, Jr., 1946.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo II, Décima Edición, Editorial Heliasta S.R.L. falta

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 15a. ed.; Sao Pablo, Brasil: Ed Heliasta S.R.L., 2001

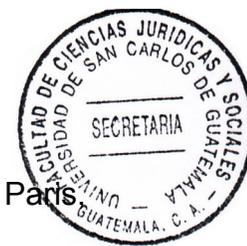
CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, S. A., 1941.

COVIELLO, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil**. (s.l.i.) Ed. Uteha. (s.f.).

CRUZ, Fernando. **Instituciones de derecho civil patrio**. Guatemala: Ed. tipografía el Progreso, 1880.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Compendio de derecho civil**. Madrid, España: Ed. Institutos de estudios políticos, Talleres Tipografía Gráficos Gonzáles, 1956.

ENGELS, Federico. **El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Claridad, 1957.



ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación jurisprudencia.** París  
España: Ed. Eugenio Maillefert y compañía, 1969.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Madrid, España: Ed.  
Revista de derecho privada, 1959.

FONSECA, Gautama. **Curso de derecho de familia.** Tegucigalpa, Honduras: Ed.  
Imprenta López y Cías., (s.f.).

LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil.** Madrid, España: Ed. Revista de  
derecho privado, 1956.

MAZEAUD, Henri León y Jean. **Lecciones de derecho civil.** Buenos Aires, Argentina  
Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, 1959.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial.** Buenos Aires,  
Argentina Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, 1954.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales.** Buenos  
Aires, Argentina Ed. Heliasta, 1981.

PALLARES, Eduardo. **Derecho Civil.** México, México: Ed. Porrúa, S.A., 1989.

PLANIOL, Mercel y RIPERT, Jorge. **Tratado practico de derecho civil francés.** La  
Habana, Cuba: Ed. Cultural S.A., 1946.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil.** Madrid, España: Ed. Revista de  
derecho privado, 1957.



ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. México. D. F.: Ed. Antigua librería robredo, 1959.

SALVAT, Raymundo M. **Tratado de derecho civil argentino**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La ley, 1946.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Valladolid, España: Ed. Tipográficos Cuesta, 1932.

## **Legislación**

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

**Ley del Organismo judicial**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2- 89, 2006 y sus reformas.

**Código Civil**, de Guatemala Decreto Ley 106, 2007 y sus reformas.

**Código Procesal Civil y Mercantil**, de Guatemala .Decreto Ley 107 año 2007 y sus reformas

**Ley de Tribunales de Familia**. Congreso de la República de Guatemala. 2006 año 2007 y sus reformas