

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

**DISTINCION ENTRE PATRIA POTESTAD,
GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA
Y ADOPCION**

TESIS

Presentada a la Junta Directiva de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MIRIAM GALLARDO CONTRERAS

Al conferirsele
El Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Mayo de 1998

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V	Br. José Francisco Peláez Cordón
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO (En funciones)	Lic. Carlos H. Rosales Martínez
EXAMINADOR	Lic. Fernando Barillas Monzón
EXAMINADOR	Lic. Rolando Torres Moss
EXAMINADOR	Doctor Otoniel Fonseca Ruiz
SECRETARIO	Licda. Hilda Morales Trujillo

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

LICENCIADO

Juan Francisco Flores Juárez

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 22 de julio de 1997

3258-9-

LICENCIADO JOSE FRANCISCO DE MATA VELA,
DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

- 4 AGO. 1997

RECIBIDO

OFICIAL

Señor Decano:

De conformidad con resolución de su despacho presté asesoría a la bachiller MIRIAM GALLARDO CONTRERAS en su trabajo de tesis DISTINCION ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCION y al respecto le manifiesto:

- A. Que la sustentante consultó la bibliografía sugerida y realizó las modificaciones necesarias, mismas que se produjeron con respeto al criterio de la bachiller GALLARDO CONTRERAS.
- B. Que las conclusiones del trabajo son congruentes con su contenido y por tales razones estimo que debe proseguirse con el trámite de rigor.

Respetuosamente

Corporación de Abogados

Avenida La Reforma 8-60, zona 9

Edificio Galerías Reforma - Oficina 803 - Ba. plso Torre I - Teléfonos: 3311521 - 3310622

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Calle de San Marcos, Zona 12
Guatemala, Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
JEFE DE DEPARTAMENTO

14 AGO 1977

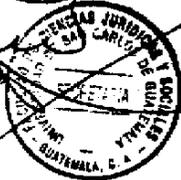
RECIBIDO

Horas: 13:15
Oficial: [Signature]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES; Guatemala, trece de agosto de mil novecientos
noventa y siete. -----

Atentamente, pase al LIC. MARIO ESTUARDO GORDILLO
GALINDO, para que proceda a Revisar el Trabajo de Tesis
de la Bachiller MIRIAM GALLARDO CONTRERAS y en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente. -----

aihj.



fincl
14/10/97

Alvarez, Gordillo, Mejia, Asociados

Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 13 de octubre de 1,997.-

Lic. JOSE FRANCISCO DE MATTA VELA
Decano de la Facultad de
Ciencias Juridicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

14 OCT. 1997

RECIBIDO 30
Ene. 10. 1997
OFICIAL

Señor Decano:

En atención a la providencia de fecha trece de agosto del año en curso en virtud de la cual se me encomendó revisar el trabajo de tesis de la Bachiller MIRIAM GALLARDO CONTRERAS, titulado "DISTINCION ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCION", me permito informar a usted:

La investigación cumple con los requisitos minimos que exige el reglamento especifico, habiendo la autora consultado la bibliografía adecuada y realizado las modificaciones sugeridas, por lo que estimo que puede ordenarse la impresión correspondiente para ser discutido en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, atentamente;

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
Revisor

Mario Estuardo Gordillo Galindo
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, dieciséis de octubre de mil novecientos noventa
y siete.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
Impresión del trabajo de Tesis de la Bachiller MIRIAM GA-
LLARDO CONTRERAS intitulado "DISTINCION ENTRE PATRIA PO-
TESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCION", Artículo
22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Públi-
co de Tesis.-----



.dlal

INDICE

TITULO: "DISTINCION ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCION"

	<u>Página:</u>
INTRODUCCION	1
CAPITULO I: "LAS RELACIONES FAMILIARES"	2
1. El Vínculo Familiar en Roma	2
2. Diversas Teorías Sobre el Origen de la Familia	4
3. La Familia Como Institución Básica en la Sociedad	14
CAPITULO II: "LAS RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS"	18
1. La Patria Potestad	18
a) Evolución del vínculo. La Patria Potestad como poder y como conjunto de obligaciones	18
b) Limitaciones de los padres en la administración de los bienes de los hijos ..	20
c) Separación, suspensión, pérdida y restablecimiento de la Patria Potestad ...	22
2. Guarda y Custodia	26
a) Concepto	26
b) Consideraciones doctrinarias y legales	27
c) Suspensión, pérdida y restitución de la Guarda y Custodia	28
3. Tutela	29
a) Origen y evolución	29
b) Naturaleza jurídica	32
c) Procedencia	32

d) Clases de tutela	33
■ Legítima (específica)	33
■ Testamentaria	33
■ Judicial	34
■ Legal	35
e) Objeto, ejercicio y retribución de la tutela	36
f) Protutela	37
4. La Adopción	38
a) Origen y evolución	38
b) Concepto de la adopción	40
c) Constitución y efectos de la adopción	41
d) Cesación y revocatoria de la adopción	45

CAPITULO III: "CONCEPCION, CONFUSION Y APLICACION DE LOS TERMINOS PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA EN LA PRACTICA EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA"	48
CAPITULO IV: "DIFERENCIAS ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCION"	52
CONCLUSIONES	55
SUGERENCIAS	57
BIBLIOGRAFIA	58

INTRODUCCION

Para la elaboración de mi tesis, tomé la decisión de elegir un tema del Derecho de Familia, por haber bregado durante muchos años en los Tribunales de Familia. La observación directa de los continuos problemas que se suscitan en el trámite de los juicios de Patria Potestad y Guarda y Custodia me sugirió la idea de estudiar sus diferencias y confusiones, así mismo plantear la posibilidad de que estos términos legales pueden también ser confundidos con la Tutela y la Adopción, en el momento preciso en que el abogado tramitante, decide faccionar su demanda.

Considero que es importante tener en mente las diferencias esenciales, no sólo las señaladas por la doctrina, sino también por la legislación y sobre todo por la experiencia obtenida durante la tramitación en los Juzgados de Familia.

Nuestra legislación es clara en el trámite de la Patria Potestad, Tutela y Adopción, no así en la Guarda y Custodia que forma parte de la Patria Potestad y no se encuentra legislada específicamente. Sin embargo en muchas oportunidades se prestan estos términos a confusión, sobre todo para los profesionales litigantes que se inician en la carrera. Por lo que modestamente creo que quizás este trabajo podría ser útil y servir de guía para establecer en forma un poco más clara esas diferencias y confusiones. Si esto llega a ser una realidad me sentiré satisfecha.

"DISTINCIÓN ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCIÓN"

CAPITULO I: "LAS RELACIONES FAMILIARES"

I. El vínculo familiar en Roma.

La fundación de Roma fue formada por Gens de diferentes tribus, cuyos dirigentes tenían raíces de tribus antiguas. Eran idénticas a las gens griegas, una forma más desarrollada que la observada entre los pieles rojas americanos.

La gens romana estaba constituida de tal forma que observaban ciertos derechos de tipo hereditario, religioso, obligación de casarse, etc.

Existe cierta confusión en cuanto a la organización de una gens romana, aún entre nuestros más famosos historiadores. Mientras que unos opinan que la mujer debía casarse en el seno de su gens, otros decían que permitían que se casara con hombres de otra gens pasando incondicionalmente a la gens del marido. Se descarta por lo tanto la endogamia y se considera, como Morgan originalmente exógama. Es decir que la mujer como regla general, se casaba fuera de la gens y por las nupcias pertenecía a la gens del marido.

Nadie podía pertenecer al pueblo romano si no era miembro de una gens. La elección habitual del jefe para cada gens en las mismas familias, creó también aquí la primera nobleza gentilicia.

Estas familias se llamaban patricios y pretendían el derecho exclusivo de entrar en el senado y de ocupar todos los demás oficios públicos.

El pueblo se dejó imponer esas pretensiones y luego se convirtieron en Derecho Positivo.

Los romanos en tiempo de los reyes vivían en una democracia militar basada en los gens, las *fratras* y las tribus nacidas de ella.

La población de la ciudad de Roma y el territorio ensanchado por la conquista fue acrecentándose, parte por la inmigración parte por medio de los habitantes de las regiones sometidas en su mayoría latinos.

Todos estos nuevos súbditos del Estado vivían fuera de la gens, *curias* y tribus, no formaban parte del pueblo romano propiamente dicho, formando la plebe excluida de todos los derechos públicos.

Surgió nueva constitución donde se dio impulso a la expulsión del último rey, reemplazado por jefes militares (*cónsules*), se mueve toda la comitiva de la república romana, con sus luchas entre patricios y plebeyos por el acceso a los empleos públicos y por el reparto de las tierras del Estado. Con la disolución completa de la nobleza, surgieron los grandes propietarios territoriales y hombres adinerados absorbieron la propiedad rústica de los campesinos, por medio de esclavos cultivaban los grandes latifundios y despoblaban Italia, abriendo los puentes no sólo al Imperio sino también a los sucesores los bárbaros germanos.

Lo cierto es que el régimen patriarcal está representado, ante todo, por la familia semítica y por la romana, donde la misma etimología latina explica el sentido histórico de la familia patriarcal: *famulus* que quiere decir tanto como esclavo doméstico. En Roma, en efecto, observamos la composición de un círculo familiar (al principio amplísimo -gens- y después restringido, que se fija con Justiniano, comprendiendo a la familia propiamente dicha), articulado en la persona del "pater familias", que tenía proyección política y verdadera soberanía en el orden religioso. La patria potestad sobre los hijos era, al principio, absoluta, aunque luego bajo en sus atribuciones. La autoridad del marido sobre la mujer fue también en el primer momento de matiz absorbente, con la consiguiente desigualdad de la mujer, tanto en el plano social como en el jurídico.

La historia de la familia romana, con sus acepción amplia, es sin embargo la historia de su descomposición, estrechándose el componente personal relativa a la interferencia de la sobrestimación de la consanguinidad. Con Justiniano cierran definitivamente la abrazadera familiar, comprendiendo sólo los lazos de sangre, en contra del sistema de la agnación, propio del concepto de familia en el antiguo Derecho Civil.

2. Diversas teorías sobre el origen de la familia:

Según la tradición católica, el origen indiscutible de la familia estaba en el matrimonio monogámico y en la preeminencia marital. Sin embargo, algunas modernas escuelas sociológicas y positivistas, basándose en la supervivencia de ciertas costumbres y el estudio de la Filología comparada y de la prehistórica, determinaron diversos puntos de vista en orden a la evolución de la familia.

La familia según Morgan "es un elemento activo, nunca permanece estacionada sino que pasa de una forma inferior a una superior, a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto".¹

Los sistemas de parentesco por el contrario son pasivos, por la fuerza de la costumbre.

Tenemos una serie de familias en contradicción directa con las admitidas ahora como únicas válidas. La historia primitiva nos revela un estado de cosas en que el hombre practicaba la poligamia, las mujeres la poliandria, los hijos de uno y de otro se consideraban comunes. Esto pasa a una serie de cambios hasta que se resuelve la Monogamia.

El círculo de la unión conyugal común era muy amplia en su origen, se estrechó tanto que ya no comprende sino la pareja aislada que predomina hoy.

De acuerdo a la historia de la familia Morgan como la mayor parte de sus colegas llegan a la conclusión que existió el estado primitivo en el que imperaba en el seno de la tribu el

¹ "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", 5ta. Edición 1974 F. Engels- Ediciones de Cultura Popular, México 20 D.F.

comercio sexual promiscuo en donde cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Para nuestro estudio vamos a analizar cuatro clases de familias:

- a) La Familia Consanguínea.
- b) La Familia Punalúa.
- c) La Familia Sindiásmica.
- d) La Familia Monogámica.

a) La Familia Consanguínea:

La primera etapa de la familia. Los grupos conyugales se clasifican por generaciones. Ejemplo típico de tal familia serían los descendientes de una pareja en cada una de cuyas generaciones sucesivas todos fuesen hermanos y hermanas y por ello mismo maridos y mujeres de otros.

Marx dijo que "en los tiempos primitivos la hermana era esposa y esto era normal".²

La familia consanguínea ha desaparecido, aunque la consideran como estudio preliminar necesario.

b) La Familia Punalúa:

Se forma de la familia consanguínea, es el primer progreso en la organización de la familia, consistió en excluir a los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo progreso la exclusión de los hermanos.

Según Morgan es la forma como actúa el principio de la selección natural.³

De ese progreso nació la gens, formó la base del orden social de la mayoría, si no de todos los pueblos bárbaros de la tierra, de ella pasaron a Grecia y Roma sin transiciones a la civilización.

² "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", 5ta. Edición 1974 F. Engels-Ediciones de Cultura Popular, México 20 D.F.

³ "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", 5ta. Edición 1974 F. Engels-Ediciones de Cultura Popular, México 20 D.F.

En esta familia cierto número de hermanos carnales o primos, eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos sin embargo sus propios hermanos. Esos maridos no se llaman entre sí hermanos sino compañero íntimo. De igual modo una serie de hermanos internos tenían un matrimonio común, cierto número de mujeres, con exclusión de sus propios hermanos, esas mujeres se llaman entre sí punalúas. Este es el tipo clásico de una formación de la familia, que sufrió más tarde una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de un determinado círculo familiar, del cual fueron excluidos sin embargo, al principio los hermanos carnales y más tarde también los hermanos más lejanos de las mujeres, ocurriendo lo mismo con las hermanas de los maridos.

Esta forma de la familia nos indica ahora con la más perfecta exactitud los grados de parentesco, tal como los expresa el sistema americano. Este sistema parece sencillamente absorbido en toda forma de familia que descanse de esta o de otra forma en la Monogamia.

Los vestigios del comercio sexual sin restricciones que Bachofen cree haber descubierto se refiere al matrimonio por grupos de lo cual es imposible dudar hoy. Si Bachofen considera licenciosos los matrimonios punalenses, un hombre de aquella época consideraría la mayor parte de matrimonios de la nuestra entre primos próximos o lejanos tan incestuosos como los matrimonios entre hermanos consanguíneos (Engels).⁴

En la mayoría de los casos la institución de la Gens, parece haber salido directamente de la familia punalúa. El sistema de clases Australiano (grandes grupos de aborígenes australianos), también representan un punto de partida para la gens.

En ninguna forma de familia de grupos puede saberse con certeza quien es el padre de la criatura, pero si se sabe quien es la madre. Aún cuando llama hijos suyos a todos los de la familia común y tiene deberes maternos para con ellos, no por eso deja de distinguir a sus

⁴ "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", 3ta. Edición 1974 F. Engels-Ediciones de Cultura Popular, México 20 D.F.

propios hijos entre los demás. Por lo tanto en donde existe el matrimonio por grupos, la descendencia solo puede establecerse por línea materna, sólo se reconoce la línea femenina. En este caso se encuentran todos los pueblos salvajes y todos los que se encuentran en el estadio inferior de la barbarie. Haberlo descubierto es el segundo mérito de Bachofen.

Reconoce como derecho materno al reconocimiento exclusivo de la filiación materna y las relaciones de herencia que después se dedujeron. Esto es inexacto porque en ese estadio de la sociedad no existe aún Derecho en el sentido jurídico de la palabra.

Si la gens surge de la familia punalúa como cosa natural, tenemos fundamento para estimar su existencia anterior en todos los pueblos bárbaros y civilizados.

En la familia Punalúa Morgan tuvo la suerte de encontrar la forma más elevada, la forma más clásica del matrimonio por grupos, la que explica de la manera más sencilla el paso a una forma superior.

El matrimonio por grupos desaparece por la influencia Europea.

c) La Familia Sindíasmica:

En el régimen de matrimonios por grupos formabanse ya parejas conyugales, por un tiempo más o menos largo, el hombre tenía ya una mujer principal, entre sus numerosas esposas y era para ella el esposo principal entre los demás.

Conforme el desarrollo de la gens, se iban haciendo más numerosas las clases de hermanos y hermanas entre quienes ahora era imposible el matrimonio, esta unión conyugal por parejas basada en la costumbre, debió ir consolidándose.

El matrimonio por grupos fue substituido por esta familia. En esta etapa un hombre vive con una mujer, sin embargo la poligamia y la infidelidad ocasional seguirá siendo un derecho para los hombres, aunque la poligamia por causas económicas se observa raramente, al mismo tiempo se exige la más estricta fidelidad de las mujeres, mientras dure la vida común y el adulterio se castiga cruelmente.

En las anteriores formas de la familia, los hombres no tenían problema para encontrar mujeres, escasean y tienen que buscarlas. En el matrimonio sindiásmico empieza el raptó y la compra de mujeres.

Además el convenir en un matrimonio, no incumbe a los interesados a quienes a menudo ni se les consulta sino a sus madres. El matrimonio es disoluble a voluntad de cada uno de los cónyuges; sin embargo en numerosas tribus se han opuesto a esa ruptura, median los parientes de cada parte y si no surte efecto la separación, la mujer queda con los hijos y cada uno es libre de casarse de nuevo.

La familia sindiásmica débil e inestable para hacer sentir la necesidad de un hogar particular, no supone el hogar comunista de la época anterior que significa predominio de la mujer en la casa, reconocimiento de una madre propia, por desconocer al verdadero padre, lo que significa profunda estimación de las madres.

La economía doméstica comunista, donde la mayoría de las mujeres son de una misma gens, la preponderancia de las mujeres estuvo muy difundida, descubrir esto es el tercer mérito de Bachofen.

No puede saberse a ciencia cierta si el matrimonio sindiásmico, ha reemplazado totalmente al matrimonio por grupos, aún no ha desaparecido del todos sus vestigios.

El cuarto descubrimiento de Bachofen el paso del matrimonio por grupos al matrimonio sindiásmico que lo considera como una penitencia por la transgresión de los antiguos mandamientos de los Dioses, se impone a la mujer para comprar su derecho a la castidad.

Al pasar la mujer al matrimonio sindiásmico, los hombre introducen la monogamia estricta sólo para la mujer. La familia sindiásmica es la forma característica de la barbarie como el matrimonio por grupos es del salvajismo y la monogamia de la civilización. El matrimonio

sindiásmico introduce en la familia un nuevo elemento, junto a la verdadera madre al verdadero padre.

En cuanto la riqueza fue creciendo daban al hombre una provisión más importante que a la mujer en la familia, quería dejar en provecho de los hijos la herencia, lo que no era posible mientras permanece vigente el Derecho Materno, lo que fue abolido.

Esa revolución sería de las más preparadas que la humanidad ha conocido y se remonta a los tiempos prehistóricos.

Surge la familia patriarcal, la familia romana es el tipo perfecto de esta clase de familia.

En su origen la palabra familia no significa el ideal, al principio entre los romanos ni siquiera se aplica a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan sólo a los esclavos. Famulus quiere decir esclavo doméstico y Familia en el concepto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre.

Han existido también dos formas de matrimonio: poligamia y poliandra que han existido como excepciones en el transcurso del tiempo. Ninguna de las dos formas fue generalmente admitida.

d) La Familia Monogámica:

Nace de la familia sindiásmica, en el periodo de transición entre el estado medio y superior de la barbarie, como síntoma de la civilización.

Se funda en el predominio del hombre, su fin: procrear hijos, cuya paternidad sea indudable, porque los hijos serán sus herederos directos.

Se diferencia del matrimonio sindiásmico, por la solidez de lazos conyugales que no pueden ser disueltos por el deseo de las partes. Sólo el hombre puede romper esos lazos, derecho de infidelidad sancionado por la costumbre, se ejerce más ampliamente a medida que se evoluciona socialmente. Se castiga a la mujer si quiere renovar sus antiguas prácticas sexuales.

La monogamia es tan sólo para la mujer, el hombre sigue teniendo además de la mujer legítima, a varias esclavas que las hace sus concubinas a su antojo. Es decir la existencia de la esclavitud junto a la monogamia.

Ese fue el origen de la monogamia, no fue fruto del amor sexual individual con el que no tenía nada en común, siendo el cálculo el móvil del matrimonio.

Fue la primera forma de la familia basada en lo económico, no en condiciones naturales, el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común.

Preponderancia del hombre en la familia y tener hijos que le heredaran, esos objetos de la monogamia, favorecidos por los griegos. El matrimonio para ellos era una carga, un deber que se veían obligados a cumplir.

La monogamia no aparece en la historia como una reconciliación entre el hombre y la mujer, menos como una forma elevada de matrimonio. Por el contrario un conflicto entre los dos sexos desconocido en la prehistoria.

Representa un progreso histórico y a la vez un regreso, porque a la par que unos progresan lo hacen a expensas de la represión de otros.

La monogamia es la forma celular de las sociedades civilizadas con sus contradicciones y antagonismos. Sin embargo la libertad relativa de comercio sexual no desaparece ni aún en la monogamia.

Un aspecto negativo que surge junto a la monogamia es el heterismo que Morgan define: "comercio extraconyugal existente entre los hombres con mujeres no casadas..."⁵ Lo que se ha extendido en todo el período de la civilización, que desciende del matrimonio por grupos, este tiene un doble legado: por un lado la monogamia y por el otro lado el heterismo siendo su forma extrema la prostitución.

⁵ "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", 5ta. Edición 1974 F. Engels-Ediciones de Cultura Popular, México 20 D.F.

Se considera al heterismo como una institución social que mantiene la antigua libertad sexual en provecho de los hombres; no sólo se tolera sino se practica libremente sobre todo por las clases predominantes. Se reprueba la palabra en contra de las mujeres, a éstas se les desprecia y rechaza. Con esto se proclama la supremacía absoluta del hombre sobre el sexo femenino.

En la monogamia surge sin embargo una contradicción: con la mujer abandonada, surge el adulterio como institución social irremediable, junto a la Monogamia y el Heterismo. La certeza de la paternidad de los hijos se basa entonces en el convencimiento moral.

La nueva monogamia revistió la supremacía masculina a formas más suaves y dio a las mujeres una posición mucho más considerada y más libre, por lo menos aparentemente, de lo que nunca había conocido la edad clásica. Gracias a eso fue posible, partiendo de la monogamia, el progreso moral más grande que le debemos: el amor sexual individual moderno desconocido anteriormente en el mundo.

La monogamia fue de todas las formas conocidas de familia, la única en que pudo desarrollarse el amor sexual moderno, pero no exclusivamente como amor mutuo de los cónyuges, lo excluye la propia naturaleza de la monogamia sólida basada en la supremacía del hombre.

Desde que la mujer trabaja fuera del hogar siendo a menudo el sostén de la casa, ha desaparecido casi la supremacía del hombre en el hogar. Así la familia ya no es monogámica en el sentido estricto de la palabra. Por eso el heterismo y el adulterio, eternos compañeros de la monogamia, desempeñan un papel casi nulo; la mujer ha reconquistado el derecho al divorcio; y cuando no pueden entenderse prefieren separarse.

El matrimonio se considera monógamo en el sentido etimológico de la palabra, pero de ningún modo en el sentido histórico.

Los sistemas legislativos de los países civilizados modernos, van reconociendo que el matrimonio para tener validez debe ser un contrato libremente consentido por ambas partes, y durante la convivencia deben tener los mismos derechos y los mismos deberes.

La familia individual moderna se funda en la esclavitud doméstica franca o más o menos disimulada de la mujer y la sociedad moderna es un conjunto de familias individuales. En la mayoría de los casos el hombre sostiene a la familia, lo que le da una posición preponderante. La igualdad entre hombre y mujer en la familia moderna será verdaderamente efectiva, cuando tengan según la ley derechos absolutamente iguales.

En conclusión hay tres formas principales de matrimonio, que corresponden aproximadamente a tres estadios de la evolución humana: Al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie el matrimonio sindiásmico; a la civilización, la monogamia. Entre el matrimonio sindiásmico y la monogamia se intercalan la sujeción de las mujeres esclavas a los hombres y la poligamia.

Teoría de Bachofen:

Fue el primero -este es uno de sus mejores méritos- en buscar el origen de la familia en las tendencias históricas y religiosas. Sus estudios nos indican como el origen de la familia el matrimonio por grupos y no a un estado de promiscuidad de los sexos.

Bachofen llevó a primer plano el estudio de esta cuestión; el llamó a ese estado primitivo "heterismo". Esta palabra significa para los griegos el trato sexual de hombre célibes o monógamos con mujeres no casadas, supone siempre una forma definida de matrimonio fuera de la cual se mantiene ese comercio sexual e incluye la prostitución por lo menos como posibilidad.

Bachofen imagina que las relaciones entre hombres y mujeres, al evolucionar la historia, tiene su origen en las ideas religiosas de la humanidad de cada época y no en las condiciones reales de su existencia. Consideraba el progreso del matrimonio por grupos al

matrimonio por parejas como obra debida sobre todo a la mujer, sólo el paso del matrimonio sindiásmico a la monogamia puede atribuirse al hombre e históricamente ha consistido, sobre todo, en rebajar la situación de las mujeres y facilitar la infidelidad de los hombres.⁶

Al desaparecer las condiciones económicas, por las cuales las mujeres han tenido que aceptar la infidelidad habitual de los hombres: la preocupación por su propia existencia y el porvenir de los hijos, la igualdad que alcance la mujer influirá en hacer más monógamos a los hombres.

Se cree que desaparecerá de la monogamia las relaciones que le han impuesto las relaciones de propiedad: la preponderancia del hombre y la indisolubilidad del matrimonio. La preponderancia del hombre es consecuencia de la preponderancia económica y desaparecerá por sí sola con ésta. La indisolubilidad del matrimonio, es debida a las condiciones económicas que engendraron la monogamia, la tradición de la época exagerada por la religión. Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo puede ser moral el matrimonio donde el amor persiste.

Bachofen puso el origen de la familia en la promiscuidad y matriarcado primitivos de los que se pasó al patriarcado. Esta posición tuvo notables seguidores, que basaron la existencia de la promiscuidad sexual en la analogía entre los actuales salvajes y los hombres primitivos, aparte de determinados argumentos de inducción histórica. La teoría evolucionista se encuentra en descrédito, en muchas especies de animales sobre todos los superiores, se practica perfectamente la unidad de pareja. Según algunos tratadistas se ha abusado mucho de los salvajes en el campo sociológico y no hay base alguna para sostener que el salvaje represente al hombre primitivo, aparte que ni aún entre los salvajes está generalizada la promiscuidad sexual. Ciertas prácticas sexuales son atribuidas a esporádicas prácticas litúrgicas o abusos de fuerzas medievales igual que el parentesco conjuntado a través de la madre. Podría

⁶ "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", 5ta. Edición 1974 F. Engels-Ediciones de Cultura Popular, México 20 D.F.

considerarse un criterio intermedio que pone en relieve la imposibilidad de fijar un tipo primitivo uniforme de constitución familiar.

3. La familia como institución básica en la sociedad.

Lo que caracteriza a la organización patriarcal primitiva se va atenuando, debido a la enorme y trascendental influencia del cristianismo. La antigua e incomprensible rudeza de la patria potestad se atenúa visiblemente; la autoridad absorbente del marido sobre la mujer tiende a desaparecer, en virtud del principio de igualdad de sexos, dejándolo reducido a sus verdaderos límites y proporciones; se eleva el matrimonio a la condición de sacramento y se proclama el principio fundamental de la indisolubilidad del vínculo.

Así, llega la familia hasta nuestros días, regido directa e indirectamente por las prescripciones y concepciones cristianas.

Pero en los tiempos actuales, las cosas han empezado a cambiar. No hay que hablar, desde luego, de la reducción casi absoluta del grupo familiar a los padres y a los hijos. Aún dentro de este círculo tan restringido, la firme adhesión que debe existir dentro de la familia se va perdiendo. Se ha perdido el respeto y la consideración hacia los padres, por medio de los movimientos juveniles. El movimiento feminista que ha eliminado todo vestigio de autoridad marital.

El mismo matrimonio ha sufrido un deterioro se ha reducido a un compromiso más o menos formal, el divorcio también llegando hasta considerar el matrimonio libre.

En esa forma la familia ha entrado a un período de descomposición, que asusta al pensar hasta donde llegará. Los legisladores han tratado de prevenir esto y han tratado de reafirmar la familia, para que siga siendo la célula primaria social, base y constitución del Estado.

La familia es una institución real, como ser viviente y efectivo que cumple un alto cometido en la vida del hombre. Es de vital importancia, ya que es la base necesaria de las organizaciones sociales y por ende el fundamento del Estado, siendo anterior a éste.

Su evolución cubre un inmenso ciclo en la historia de la humanidad, ha afrontado innumerables problemas hasta nuestros días en la forma que la conocemos, desprovista de la rigidez y severidad exagerada que presentaba en la organización romana, que se le consideraba como una poderosa unidad ligada al padre de familia, a cuyo alrededor giraba la vida y se le atribuían poderes y autoridad extraordinaria.

El cristianismo tuvo una benéfica influencia, considerándola en la actualidad como "conjunto de personas que descienden de progenitores comunes y que se origina en el matrimonio, la filiación y la adopción".

La familia es la célula fundamental de toda sociedad humana, la institución básica, que dada su variada composición en diversos países del mundo y tomando en consideración las diversas formas del grupo familiar, se menciona el concepto de familia que da Henry Pratt Fairchild diciendo que es: "La institución social básica. Uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente sancionada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole".⁷

Es una institución que une dos necesidades humanas genéricas y disyuntivas de la naturaleza y la cultura de varón y mujer, que recibe guarda e incrementa la básica cultura de los hombres para los hijos, es la escuela primaria de la personalidad, de la ideología y del ajuste social en los conocimientos, las actividades y el trabajo, ya que la cultura se mueve, crece, se extiende y declina a través del sistema familiar.

La familia existe como un hecho real, independiente de las normas morales y jurídicas que la rigen. Básicamente se supone constituida por padre, madre e hijos unidos por amor,

⁷ "Diccionario de Sociología." Fondo de Cultura Económica, México 1949.

aunque sus variaciones llegan hasta el máximo en todo sentido. Por sus orígenes las hay constituidas por hombre y mujer pertenecientes a diferentes familias, pero pueden existir uniones entre parientes cercanos, que la sociedad puede aceptar o rechazar, pero existen como hecho real y definido.

Todo ser humano tiene su origen natural y cultural en la familia, como forma normal de vida que influye fuertemente en el resto de su existencia.

El individuo crece y madura normalmente en ella, confluendo factores de solidaridad y disociación pero predominando climas de afecto permanente que permiten la cooperación entre sus miembros.

La estructura familiar es la composición del grupo que, por ser más o menos generalizada en un determinado ambiente social, cuenta con la aceptación colectiva y en ocasiones con la sanción legal. Es la forma de cotejo o ensamble de la vida colectiva con la privada, siendo determinante y definitiva de ésta.

La familia se forma por la unión de necesidades psíquicas, biológicas y culturales de varón y mujer y constituye no sólo el medio normal de reproducción humana, sino el sendero para la formación de seres sanos y útiles, o perjudiciales para la colectividad.

Desde el punto de vista jurídico, la familia es una institución, porque está conformada como entidad autónoma, en la que las voluntades que la integran se crea una mutua dependencia socioeconómica, la cual es el soporte sociojurídico de ese núcleo.

La familia es el medio en el cual el hombre satisface sus necesidades gregarias mínimas. La constitución la reconoce como la unidad social fundamental de la sociedad guatemalteca. Con esto, la Carga Magna de nuestro país no hace sino recoger una verdad de carácter sociológico, ya que en realidad la familia viene a ser el núcleo fundamental de toda sociedad.

La base jurídica de la familia, según nuestra legislación, es el matrimonio civil. Sin embargo, la institución que estudiamos puede encontrarse en algunas situaciones de hecho,

creadoras de relaciones familiares que no responden al ideal de la legalidad normal, es decir, al modo como la sociedad a través de su ordenamiento jurídico, ha establecido que debe iniciarse y establecerse la familia. Pero como tales situaciones de hecho, forman parte de la realidad social, no han sido dejadas sin protección las relaciones de familia originadas de ella; tal es el caso del reconocimiento de hijos habidos fuera de matrimonio y Unión de Hecho. En esta última institución jurídica, el Derecho Guatemalteco pone sanción legal a una realidad socioeconómica de la sociedad nuestra, donde las relaciones familiares se dan en la simple Unión de Hecho.

El Derecho Moderno acusa una tendencia marcada a limitar el ámbito de la familia, de tal manera que puede decirse con propiedad, que la evolución de este concepto ha venido a ser un proceso de síntesis de los elementos componentes del concepto de familia en el Derecho Antiguo. Así modernamente se reconocen solamente dos vínculos conformando el núcleo familiar: el consanguíneo y el de afinidad. De acuerdo al primero forman parte de la familia: los padres y los hijos procreados naturalmente, es decir, la familia se funda principalmente en el hecho natural de la procreación, aún cuando el parentesco se ha ampliado hasta el cuarto grado de consanguinidad en la mayoría de las legislaciones incluyendo la guatemalteca. El vínculo de afinidad se establece entre los esposos y familiares de éstos. Esto significa que dicho parentesco, a diferencia del consanguíneo, tiene vigencia en cuanto el matrimonio subsista, ya que al declararse el divorcio, el parentesco por afinidad desaparece, pues el mismo es una consecuencia del matrimonio. Por ello, el verdadero y permanente vínculo que da lugar a la familia es el consanguíneo, ya que el mismo, teniendo su base en la procreación, evade todas las circunstancias adversas de la familia y establece entre padres e hijos una relación permanente, que aún cuando los padres se divorcien, permanece sin ningún cambio.

CAPITULO II: "LAS RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS"

I. La Patria Potestad.

a) Evolución del vínculo. La patria potestad como poder y como conjunto de obligaciones.

Del latín Patrius, a, um. lo relativo al padre y potestas, potestad.

La patria potestad romana. En realidad se podría decir que ésta es la única patria potestad que ha existido, porque aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a las relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, si no un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible del cumplimiento de aquellas, en realidad, esto que llamamos hoy patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad.

La Patria Potestad en Roma, la familia era originariamente el grupo de personas y de cosas sobre las que un pater familia ejercía un poder. La patria potestad significó la que se ejercía sobre los descendientes por línea de varón.

Durante mucho tiempo el pater familia podía disponer de las personas y las cosas que le pertenecían. En la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque ambos tenían un valor pecuniario.

Las Doce Tablas hacían libre al hijo que había sido objeto de tres emancipaciones sucesivas. La Ley Julia quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer. Se privó al padre de entregar como prenda a los hijos, se prohibió la venta de los hijos salvo en casos de extrema necesidad. La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección.

La rigurosa patria potestad romana no hay que juzgarla sólo por su aspecto exclusivamente jurídico, deduciendo de él la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento moral en las relaciones entre padres e hijos. Se cree que desde los más remotos tiempos era elevado el concepto moral del matrimonio, lo que reguló la conducta moral de los padres

respecto a los hijos, no obstante el poder absoluto que el Derecho concedía a los primeros. No es posible creer que no existían límites para dicha absoluta potestad, de hecho habían límites consuetudinarios.

El padre al principio era dueño absoluto del patrimonio familiar, incluso lo que el hijo adquiriera estando sometido a la patria potestad.

Existían tres modos de adquirir la Patria Potestad: la procreación, la legitimación y la adopción.

La procreación: el matrimonio designa la paternidad, salvo prueba en contrario.

Legitimación: modernamente se ha descompuesto el sentido de esta palabra que en Roma (en España hace poco), se empleaba en hacer legítimo lo que no era, y, más concretamente a hacer legítimos a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

La adopción: comprendía dos formas: la adopción de persona no sometida a la patria potestad y la sometida a la patria potestad. El adoptado en el primer caso perdía la independencia y quedaba sometido a la patria potestad del adoptante; en el segundo caso, pasaba de la potestad de uno y de otro.

Hubo influencia también de la iglesia, estableció principios sobre la familia, los hizo penetrar en las leyes y después sustituyó éstas con su propia ley. Por el simple consentimiento de hombre y mujer se estableció el matrimonio para toda la vida. Se suprimió el divorcio, que a veces se castigó con la excomunión.

Respecto de la patria potestad, estableció el espiritual principio -que debía ser la base de todos los derechos- de que el derecho nace de la obligación: como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan el derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad.

En el fondo éste es el espíritu que perdura en los códigos civilizados modernos.

Cuando variaron las condiciones sociales y económicas, y la mujer adquirió cierta independencia del marido y fue reconocida en parte esa independencia y mucho más cuando fue vista como socia y compañera del marido, los vínculos de familia comenzaron a relajarse, y aquella sociedad primitiva y cerrada representada por el pater familia se resquebrajó hasta el punto que ya no sólo había una personalidad sino se reconocieron varias. El Derecho Romano se contentó con fijar limitaciones a la patria potestad y dar magnífica caracterización de ella, más no llegó a la concepción de la patria potestad como un deber y derecho de padre y madre, de contenido y duración limitados como exigen las necesidades de los hijos. En cambio el Derecho Germano avanzó más en la evolución, llegando hasta el dintel del Derecho Moderno Cristiano en que aquel poder paterno vitalicio se transformó en función tutelar y deber de protección de los padres en la medida y duración que las necesidades de los hijos lo requieran.

No debe omitirse que modernamente la patria potestad no sólo está limitada por preceptos bien expresos, orientados hacia la consideración de función y de deber, sino que además, por el temor del abuso y arbitrio de los padres, está sometida en su ejercicio a la inspección de una autoridad protectora.

Actualmente la Patria Potestad se ejerce sobre los hijos menores y la autoridad del padre sobre los hijos es compartida con la madre en el matrimonio y en la Unión de Hecho - en nuestra legislación- o por el padre o la madre en cuyo poder este el hijo en cualquier caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente cuando hayan sido declarados en estado de interdicción.⁸

b) Limitaciones de los padres en la administración de los bienes de los hijos.

Como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, les corresponde a los padres su cabal ejercicio como un derecho de beneficio de los hijos a ella sometidos, generando efectos personales y patrimoniales. Los personales conforman una suma de facultades, derechos,

⁸ "Art. 252 Código Civil."

poderes y deberes que recíprocamente les corresponde a los padres e hijos con motivo del ejercicio de la patria potestad son los tutelares de la representación legítima de los hijos que están sometidos a ella y tienen la administración de los bienes que les pertenecen.

Son los padres los encargados de ejercer esa administración, se presume que son los más indicados para un manejo más efectivo de los bienes, lo que entraña protección y vigilancia, así lo reconocen la mayoría de las legislaciones.

El principio del nuevo derecho es el reconocimiento de la personalidad del hijo; por tanto, puede ser titular de todos los derechos pues tiene la capacidad de derecho, más le falta la capacidad de acción y no puede, por tanto, ejercitarlos. Los ejerce en su nombre el padre, en virtud de su representación, por el deber de cuidar, asistir y proteger la persona y los bienes del hijo. Resulta pues, que por regla general el hijo es el propietario de lo que adquiera, sea cualquiera el título, y le corresponde la propiedad, más no puede administrarla.

Por la importancia que reviste la administración de los bienes, la misma ha de ser efectivamente ejercida con el debido tino y mesura que demanda para beneficio de los hijos. Una sabia disposición de los bienes para evitar que se perjudiquen los intereses del administrado. Por esa razón, tanto en la doctrina como en la legislación moderna, se prevén en el ejercicio de la administración de los bienes de los hijos sometidos a la patria potestad, ciertas limitaciones, de carácter patrimonial que en sentido lato se resumen en dos:

1. Prohibiciones de enajenar bienes de menores, sin previa autorización o decreto judicial; y,
2. Prohibiciones de celebrar contratos de arrendamiento, en los términos y condiciones que cada legislación en particular contempla. Y en general la celebración y autorización de toda clase de actos y contratos que en alguna medida pongan en riesgo grave los bienes de los hijos sometidos a la institución de la patria potestad.

Se restringe el derecho en la administración de los bienes, se observan las prescripciones legales para la operación y negociación de cualquiera enajenación de los mismos o la

celebración de actos y contratos relativos a dichos bienes. La legislación guatemalteca igual que otras, contempla normas prohibitivas o restrictivas en lo que a enajenación de los bienes de los hijos, se refiere. Si se permiten por decreto judicial, la enajenación debe garantizarse tanto en la negociación como en el objeto de la operación patrimonial a efectuarse. Código Civil Guatemalteco Artos. 264, 265, 266 y 270.

Las disposiciones legales que se refieren a la administración de los bienes pertenecientes a los hijos menores e incapaces y ausentes, se encuentran en el Código Procesal Civil y Mercantil contenido como uno de los procesos especiales propios de la jurisdicción voluntaria, específicamente en la Sección Tercera del Capítulo II, del Libro IV Art. 420.

c) Separación, suspensión, pérdida y restablecimiento de la Patria Potestad.

La patria potestad se considera como bastión de la familia y ejerce función de orden público y debe ser debidamente ejercida, de lo contrario puede separarse, suspenderse o perderse.

La preocupación de científicos del Derecho es un torno a la suspensión y pérdida de la patria potestad, también es la preocupación de los encargados de la materia que procedimiento debe seguirse una vez suspendida como debe restablecerse. En cualquiera de las tres situaciones debe ponerse en cuidado especial, ya que los legisladores tendrán a su cargo esa difícil tarea basándose por supuesto en lo que para el efecto está regulado en el código para cada caso en especial.

La suspensión de la patria potestad, tendrá que ir asociada con el restablecimiento de su ejercicio, lo que no ocurre con la pérdida de la patria potestad.

Separación de la Patria Potestad: Los padres pueden ser separados de su patria potestad, cuando disipen los bienes de sus hijos o por mala administración de los mismos, señalando expresamente nuestra ley quienes pueden solicitar dicha separación. Arto 269 de nuestro Código Civil.

Suspensión de la Patria Potestad: Es una de las formas de poner fin a la patria potestad aunque en forma temporal ya que su ejercicio puede estar sujeto a recuperación según lo previsto en nuestro código.

Los autores españoles entre otros examinan la figura de la suspensión de la patria potestad, como una forma inconclusa por la cual no se priva definitivamente a quienes la ejercen. El autor Diego Espin Canovas dice: "se trata de un cambio subjetivo, por cuanto que por la suspensión en el desempeño, sólo se da un fenómeno de mutación del titular".⁹

Se encuentra regulada la suspensión de la patria potestad en la legislación guatemalteca, en el Código Civil, aparece en el artículo 273 cuatro casos en los cuales se suspende: 1° Ausencia; 2° Interdicción; 3° Ebriedad; 4° Juego y Drogas.

Pérdida de la Patria Potestad: Consiste en la privación definitiva e irreversible en el ejercicio de la patria potestad, es decir el término de este instituto jurídico. Al perder el derecho de la patria potestad su ejercicio no es recuperable, siendo distinto lo que sucede con la suspensión que es de carácter temporal y reversible como se indicó con anterioridad.

Los tres casos típicos de la pérdida de la patria potestad son: muerte de los padres y de los hijos; adopción del hijo sometido a ella; mayoría de edad.

Algunos autores estudian en forma separada los casos de extinción y los de pérdida, considerando la primera como total y definitiva y comprenden en la pérdida, una manera relativa y temporal de la privación de su ejercicio.

El Código Civil Español Art. 167 al 172, en donde contempla que la Patria Potestad se acaba:

Art. 167: 1° Por la Muerte de los padres o del hijo; 2° Por la Emancipación; 3° Por la adopción del hijo.

⁹ "Manual de Derecho Civil Español" Espin Canovas, Pag. 45, Editorial Revista de Derecho Privado, Año 1974, Tomo4.

Art. 168: La madre que pase a segundas nupcias, pierde la patria potestad sobre sus hijos, a no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Art. 169: El padre, y en su caso la madre perderá la potestad sobre sus hijos: 1° Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad; 2° Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Art. 170: La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre o, en su caso de la madre, declaradas judicialmente, y también por interdicción civil.

Art. 171: Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio de ésta, si trataren a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste.

Art. 172: Si la madre viuda que ha pasado a segundas nupcias vuelve a enviudar recobrará desde ese momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.

El Código Guatemalteco en el artículo 274 contempla los casos en que se pierde la patria potestad: "1° Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2° Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darle órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3° Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4° Por la exposición o abandono que el padre o la madre hiciere de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y 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. También se pierde la patria

potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona". La pérdida de la misma no significa la liberación de las varias obligaciones y deberes de los padres para con los hijos.

Según disposición del Art. 276 del Código Civil, puede ser promovida por las ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público; figurando como partes en el proceso oral respectivo, tanto el progenitor inoocente, como el Ministerio Público.

Restablecimiento de la Patria Potestad: Se considera que es posible su rehabilitación en los casos de suspensión por su carácter temporal, no así en la pérdida de la patria potestad porque su privación es de carácter definitivo e irreversible.

En los casos que hay posibilidad de rehabilitación, es decir que pueda recuperarse la patria potestad, se cree que no es correcto hablar de pérdida, porque en todo caso se tendría que hablar únicamente de una suspensión. Es por eso que se presta a confusión cuando en el Código Civil se habla de restablecimiento de patria potestad cuando se ha perdido. El Art. 277 dice: (Restablecimiento). 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 o pérdida hubieren desaparecido y no fuera por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos; 2º Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, no haya habido reincidencia y hubieran existido circunstancias atenuantes; 3º Cuando la rehabilitación fuera pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º de este artículo. En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva".

2. Guarda y Custodia.

a) Concepto:

No se cuenta con un concepto exclusivo de lo que es Guarda y Custodia, sino que se encuentra inmersa en el concepto de la Patria Potestad. Por esa razón solamente se definen los elementos de que está conformada.

En el Manual de Derecho Civil Volumen IV¹⁰ que corresponde a la familia, el autor Diego Espin Canovas lo define en la forma siguiente:

GUARDA: se constituye por las obligaciones que tienen: el padre, y en su defecto la madre, respecto a sus hijos no emancipados, siendo éstas el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna.

CUSTODIA: como la convivencia que es un deber y a la vez un derecho, no es una facultad exclusiva del padre, pues la situación normal del matrimonio de unidad, de domicilio conyugal da el mismo derecho para la madre. Este autor considera que en los casos de nulidad y separación del matrimonio civil, el cónyuge apartado de los hijos conserva únicamente un derecho de visita y comunicación con éstos.

En su Compendio de Derecho Español el autor Federico Puig Peña hace referencia a la guarda de los hijos especificando lo que comprende ese término:

GUARDA DE LOS HIJOS: Es el primer deber del padre en relación con los hijos situados bajo su potestad, guardarlos, es decir tenerlos en su compañía prestando a los mismos una actividad especial de vigilancia y cuidado. Este deber comprende: protección en cuanto a su persona, vigilancia en cuanto a sus actos, dirección en cuanto a su conducta y ordenación en cuanto a su trabajo.

CUSTODIA DE LOS HIJOS: Debe entenderse su vigilancia y cuidado, durante la convivencia que como un deber deben mantener padres e hijos, ya sea dentro de un

¹⁰ Diego Espin Canovas, obra citada pags. 432 a la 436.

matrimonio, unión de hecho legalizada o una convivencia maridable o unión de hecho sin legalizar. El deber de custodia corresponde a quien tenga a los hijos bajo su responsabilidad, por decisión de los padres o declarada judicialmente.

b) Consideraciones doctrinarias y legales:

En la doctrina no existe este término, solamente aparece la Patria Potestad, estando contenida dentro de esta institución como un deber de asistencia y cuidado de los hijos. En cambio la Patria Potestad contempla consecuencias personales y patrimoniales; personales como la representación y patrimoniales como la administración de los bienes de los hijos.

En el aspecto legal, nuestro código civil regula lo referente a la Patria Potestad en los artículos del 252 al 277.

El artículo 252 señala su ejercicio, lo tienen ambos padres en caso de matrimonio y en la unión de hecho; o por el padre o la madre en cuyo poder se encuentran los hijos. La patria potestad la ejercen los padres durante la minoría de edad, en el caso de los mayores cuando se encuentran en estado de interdicción.

Según el Art. 258, en el caso del hijo adoptivo la patria potestad es ejercida por los adoptantes.

El Art. 253 se refiere a las obligaciones de los padres con respecto a los hijos, sin mencionar la guarda y custodia señalan las obligaciones de cuidarlos y protegerlos.

El Art. 166 es el único que hace referencia directa de la Guarda y Custodia de los hijos en el Capítulo de Efectos de separación y divorcio. Señalando que los padres pueden convenir a quien de ellos se confían a los hijos; pudiendo resolver el Juez de manera distinta tomando en cuenta el bienestar de los hijos, en base a informes de Trabajadores Sociales de Organismos especializados en protección de menores. Con el cuidado de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos.

Por no estar regulada en nuestro código la Guarda y Custodia, en el trámite del Juicio Oral en los Tribunales de Familia, se acude a la legislación que para el efecto existe en nuestro Código Civil para la Patria Potestad. Su ejercicio de acuerdo a lo regulado en el artículo 252 que se hizo mención anteriormente, similar a lo establecido para la patria potestad.

De conformidad con el Art. 8° de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206 y los Incisos 3° Y 6° del Art. 199 del Código Procesal Civil y Mercantil puede tramitarse en juicio oral los juicios de patria potestad, lo que se aplica en los juicios de guarda y custodia.

Para resolver lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, la ley obliga a presentar un proyecto de convenio y como primer punto señala que debe haber un acuerdo sobre la persona a quién serán confiados los hijos. Esto lo contempla nuestro Código Civil en su artículo 163 inciso 1°.

El Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 427, regula a quien serán confiados los hijos en forma provisional durante la substanciación del juicio de separación o de divorcio, dictando las medidas necesarias para su protección.

c) Suspensión, pérdida y restablecimiento de la patria potestad.

En la práctica de los Tribunales de Familia, la guarda y custodia de menores, puede acordarse por medio de convenio amistoso entre las partes en el divorcio voluntario, si se tratare de personas casadas o en la separación de hecho si se refiere a personas que han procreado hijos en una convivencia maridable.

En el caso de divorcio ordinario, cuando existe discrepancia entre las partes sobre la guarda y custodia de los hijos, se establece por medio de sentencia firme de acuerdo a las pruebas aportadas en el proceso y previo estudio socioeconómico practicado por el Servicio Social del Tribunal a petición de parte o por orden emanada del juzgador. En estos casos resuelve de acuerdo a su criterio, eligiendo el hogar que refina mejores condiciones para la permanencia de los hijos.

Cuando los hijos han sido procreados en una convivencia maridable no declarada como Unión de hecho o de relaciones ocasionales, y los padres pretenden cada uno la guarda y custodia de los hijos; deben acudir a los Tribunales de Familia para que el Juez respectivo resuelva en definitiva quien debe responsabilizarse directamente de la protección y cuidado de los hijos. Priva el criterio que en la generalidad de los casos permanezcan al lado de la madre, sobre todo si es madre soltera como se encuentra previsto en el primer inciso del Art. 261 Capítulo VII de la Patria Potestad, del Código Civil que dice: "Cuando el padre o la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación".

En la práctica ese criterio puede variar si la madre tiene impedimentos para responsabilizarse de sus hijos, por medio de pruebas presentadas en el proceso o extremos establecidos en el estudio socioeconómico correspondiente, que debe practicarse antes de que se dicte sentencia. Siempre que el padre ofrezca un hogar más satisfactorio que beneficie a los hijos, para que puedan lograr un desenvolvimiento normal protegidos y cuidados en forma adecuada.

3. Tutela.

a) Origen y Evolución:

Del latín *Tuor*, defender, proteger. Poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Oficio (cargo) civil, obligatorio y gratuito para la protección y defensa de la persona y bienes del incapacitado por minoría de edad o por otra causa (De Diego).¹¹

¹¹ "Diccionario de Derecho Privado" G-Z. Editorial Labor S.A., Tomo II, Barcelona 1967.

En el Derecho Romano las instituciones que cooperan al fin tutelar son: la tutela en sentido estricto, y la curatela; la primera para los impúberes, y la segunda para los que, habiendo alcanzado la pubertad, tienen su capacidad de obrar limitada. El jurisconsulto Servio (según un texto de Paulio recogido en el Digesto) definía la tutela diciendo: Derecho y potestad para proteger a aquel o aquella que por su edad (o por su sexo) no pueden defenderse, dado y otorgado por el Derecho Civil.

En un principio, la tutela fue una potestad, un poder encomendado al más próximo heredero varón del tutelado, por lo que se protegía principalmente el interés del tutor, facilitándole la conservación del patrimonio familiar mientras el incapaz viviese e impidiendo que este dilapidase sus bienes; en ésta época, dice Brissand, la tutela es una especie de presunción. Más tarde se va desarrollando la idea de protección al incapaz, y la tutela llegar a ser un deber público, al servicio de sus intereses y necesidades. En el curso de la evolución histórica se advierte la significación que van adquiriendo, no sólo en el aspecto ético, sino también en el jurídico, el cuidado de los intereses del pupilo y los deberes del tutor, pues se introducen innovaciones en cuanto a las personas llamadas a ejercer la tutela, tendientes a servir en mayor medida al interés del pupilo. El Estado empieza a reconocer que el cuidado de éste es una cuestión pública y dicta normas acerca del nombramiento de tutores y de la gestión tutelar. Se crean por otra parte, acciones para las relaciones entre tutor y pupilo, que imprimen a la institución el carácter de una administración y cuidado de los intereses de éste. Por último llegó a convertirse en un poder público, del cual no era posible sustraerse sino por causas legales debidamente determinadas. Toda esta evolución se verificó en la tutela de los impúberes, pues en la tutela a la que se sometían las mujeres, cualquiera que fuese su edad, aunque se protegían intereses de sus parientes, predominó siempre la función protectora.

Cuando se trataba de otro tipo de incapacidad, que no venía de la edad ni del sexo, sino de alguna anomalía física o mental, entonces aparecía la curatela. Esta era el

mecanismo de protección para las personas incapaces, cuya incapacidad se originaba de alguna deficiencia de tipo mental o físico. Así en el Derecho Romano se hablaba, por ejemplo, de la "cura furiosis", o sea de la curatela del loco; de la "cura prodigio", o sea de la curatela del hijo pródigo, es decir del hijo menor que no había alcanzado su capacidad y no estaba en el hogar, pero tenía a sus padres como titulares de la patria potestad; por último también se habla de la "cura minorum", o sea la curatela de aquellas personas que habiendo salido de la pubertad, conforme a la reglamentación del Derecho Romano, aún no había cumplido los veinticinco años.

En el Derecho de Familia Moderno, los sistemas de la tutela se han reducido a tres:

La Tutela como Institución Familiar, sistema en el cual dicho instituto jurídico-social se realiza bajo la dirección y vigilancia de una entidad que se llama "Consejo de Familia". Este sistema es completamente diferente al del Derecho Guatemalteco, en el que el establecimiento y control de la tutela es de carácter judicial. Este sistema de tutela como institución familiar se ha aplicado en Francia, España y Portugal.

La Tutela como Institución Pública, conforme al cual el instituto bajo estudio, se establece mediante declaración y cuidado de una institución de carácter judicial aunque también puede darse mediante la intervención de un órgano administrativo. En nuestro país, es una autoridad de tipo judicial, porque es un órgano jurisdiccional el que establece la tutela, el que declara que se puede empezar su ejercicio ante quien se cumplen una serie de requisitos que deben llenarse, el que tiene a su cargo la fiscalización y cuidado del ejercicio de la tutela.

El Sistema Mixto, que ha tratado de combinar los elementos de los dos anteriores, es decir, la participación o intervención de un órgano jurisdiccional o administrativo y la participación o intervención de una institución de tipo familiar.

b) Naturaleza Jurídica:

La tutela es un poder protector cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley, que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general. El ejercicio de ese poder es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone. Pero no es un cargo público, porque su misión es puramente privada: auxiliar al incapaz, defenderle en su persona y bienes. Pero es de orden público o interés general, como todas las leyes que se refieren al estado de la persona y protección de los incapaces; y por eso ni disposiciones particulares ni del poder judicial pueden modificar las leyes de la tutela, el nombramiento del tutor, el ejercicio de sus poderes, garantías, etc. todo constituye un orden principal de derecho por encima de las voluntades. De aquí se deduce que, en cuanto oficio civil o mandato de la ley es obligatorio (si bien se admiten excusas justificadas) y es además gratuito, aunque en algunos casos se admite cierta remuneración.

Son caracteres de la tutela: 1. Naturaleza pública del oficio, 2. Obligatoriedad de la función, 3. Gratuidad, 4. Generalidad del poder conferido al tutor, ya que la tutela, como se ha dicho, comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección en general, representación en los actos civiles y administración de los bienes, si bien habrá que tener en cuenta que, por ser la tutela remedio de incapacidad, ésta determinará el contenido de aquella, 5. Indivisibilidad y unidad de poder tutelar, ya que éste es atribuido a una sola persona (aún cuando exista distribución de funciones entre los distintos órganos de la administración tutelar: tutor y protutor) y no puede fraccionarse entre varios titulares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor.

c) Procedencia:

El Código Civil Guatemalteco en su Art. 293 nos indica los casos en que la Tutela procede: El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad y el mayor de edad que

hubiere sido declarado en estado de interdicción si no tuviere padres. Siendo el tutor el representante legal del menor y del incapacitado.

d) Clases de Tutela:

Por la manera de designar al tutor se clasifica la Tutela en:

- ◆ Legítima,
- ◆ Testamentaria,
- ◆ Judicial y
- ◆ Legal.

Legítima: Es aquella que confiere la ley, en defecto de la testamentaria, a los parientes más próximos del menor o incapacitado. Tiene pues un carácter subsidiario, pues sólo tiene lugar en defecto de la testamentaria; carácter que tuvo siempre en todas las legislaciones, empezando por la romana en la época clásica. Además aquí la tutela es cualidad y atributo intrínseco de ciertas personas, de los parientes, por consecuencia de su parentesco, a diferencia de las otras dos que se fundan en un testamento o en un nombramiento. Y como el parentesco en sí no es suficiente garantía de acierto en la administración de los intereses del menor. El Código español y el Italiano han restringido los llamamientos en interés del menor, porque les gustan más las otras dos tutelas, nombrada con examen y apreciación de las condiciones personales.

Testamentaria: Es la diferida en el testamento. El nombramiento de tutor en testamento fue una prerrogativa de la patria potestad, y consecuencia de ella en el antiguo Derecho Romano. En Francia e Italia, lo conservan más ligado con la patria potestad.

El Código Español amplía la facultad de nombrar tutor testamentario a los incapacitados y no sólo por edad, como se establecía en el Derecho Histórico. Esto, según Castán, permite el absurdo que un testador pueda excluir al padre del ejercicio de la tutela de un hijo incapacitado. La facultad de nombrar tutor testamentario no corresponde sólo al padre o a la madre, sino también al que hubiera dejado al menor o incapacitado herencia o legado de

importancia. El fundamento de esta disposición dice De Diego, se halla en la fisonomía propia de protectorado económico de la tutela adquiere al perder el carácter de potestas que en el Derecho Romano antiguo tuvo, y es natural que, al mirarse como una facultad patrimonial enlazada directamente con los sistemas patrimoniales, se diga que es el interés y efecto hacia los menores, aunque sólo fuese interés patrimonial por eso las reglas se modificaron y ampliaron, permitiendo que la madre y el extraño nombraran, pero dejando manda de importancia o instituyendo heredero.

Sin confirmación del magistrado no valía. Unido a esto a la degeneración del formalismo romano para los actos civiles, nos explica suficientemente la evolución de esta institución en sus dos puntos principales de forma y facultad de nombrar.

Algo de esto lo encontramos en las Partidas y en el Derecho Romano salvo que en algunos pueblos como Francia e Italia, lo conservan más ligado con la patria potestad.

Hoy en España la tutela testamentaria no se funda en la patria potestad, pues quien la tiene como adoptante, no puede nombrar tutor quien no la tiene puede hacerlo, como el padre o la madre respecto a los hijos emancipados, a los mayores incapacitados, sean legítimos, naturales, reconocidos o ilegítimos. Su fundamento está en el interés hacia los menores e incapacitados, interés que es consecuencia de la pura relación de filiación, o es deducido por la ley, de ciertos actos.

Judicial. El Estado en cumplimiento de su misión, tiene organizado un vasto sistema de protección y asistencia de los incapaces. "El que se encuentra en la imposibilidad de gobernarse a sí mismo la propia persona y bienes, merece ser protegido y ayudado, y la ley viene en su ayuda dándole un representante que de él cuide, proteja la persona y administre sus bienes (Filippis).¹²

¹² "Instituciones de Derecho Civil Español" Clemente de Diego, Madrid 1959, Ediciones Artes Gráficas Julio San Martín Norte, 12.

El problema de hoy se plantea en la doctrina de la capacidad en combinación con el poder potestativo natural que emana de la relación familiar; recordaremos que la capacidad jurídica (de derecho), como emanación de la personalidad, y éste postulado necesario de la existencia humana acompaña a todo hombre. Empero la capacidad de obrar, consistente en el ejercicio de aquélla, en poner actos que den vida y actualidad en las relaciones jurídicas, agarradas a la persona, requiere condiciones especiales de discernimiento y libertad que no se dan en todos en el mismo grado. Concíbese ya el supuesto de un sujeto capaz de derecho pero total o parcialmente incapaz de atender por sí aquel de relaciones jurídicas en virtud de múltiples circunstancias: falta de edad, perturbación mental, etc.

Cuando estas causas de incapacidad se dan dentro de la relación familiar constituida, la necesidad de protección y de ayuda encuentra su natural complemento y satisfacción dentro de ella, y apenas tiene importancia, pues no da lugar a organización de sistema especial alguno. Más en ausencia de esa relación familiar constituida, se restablece un débil sustituto de esa protección natural en el organismo tutelar.

Existe también la tutela legal, de los directores de establecimientos de Asistencia Social que acojan menores o incapacitados. Art. 308 Código Civil.

En conclusión, dondequiera que se muestra la incapacidad, allí aparece la necesidad de la protección, y ésta es satisfecha de un modo natural o por la patria potestad (cuando se trate del menor a ella sometido) o por el subrogado e imitación de la tutela (menor de edad, mayor incapaz por esas causas, etc.).

Siempre, pues, resulta la tutela como institución de carácter subsidiario o supletorio, o para reemplazar a los padres, en el supuesto más ordinario de la misma (tutela de los menores huérfanos) o para reemplazar a los mismos incapacitados, o por mejor decir, las condiciones que le faltan para ser plenamente capaces (tutela de los enfermos mentales interdictos, etc.).

Pero en todo caso, y en virtud de la completa incapacidad civil, se busca en esas instituciones: protección a la persona, administración de sus bienes, representante en los actos de la vida civil. Es el sistema de protección, llegando a todas las esferas hasta donde llega la necesidad del incapacitado.

En nuestro código Art. 299 C. C. la tutela judicial procede por nombramiento del Juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo... En el Art. 301 Tutela de los declarados en interdicción.

e) Objeto, Ejercicio y Retribución de la Tutela:

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos. Es decir comprende la tutela, el cuidado, defensa y protección, no solamente de la persona del tutelado, sino también de su hacienda, siempre que no esté bajo la patria potestad, pues en este caso no haría falta la protección especial de la tutela, ya que ésta es institución casi familiar y subsidiaria de aquella, y siempre que sea incapaz de dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles.

Dada la finalidad de la tutela, que según nuestra legislación es la guarda de la persona y bienes de menores y de los incapaces, declarados en estado de interdicción, se impone al tutor una serie de deberes, tanto en el aspecto patrimonial para la buena administración de los bienes que tiene a su cuidado, como en el aspecto personal para la guarda del pupilo. Y como requisito indispensable para que una persona pueda ejercer la tutela, es necesario que previamente se le haya discernido el cargo.

La tutela puede ser otorgada por los padres o por los jueces, tiene que ser discernido el cargo por Juez competente que autorice el tutor nombrado o confirmado para ejercer sus funciones.

Posteriormente al discernimiento del cargo de tutor, en el caso de que el menor o incapaz tenga bienes que administrar, tiene que elaborar previamente un inventario y avalúo de los bienes.

En nuestro medio el discernimiento del cargo de tutor y de protutor lo hace un Juez de Familia, y es requisito indispensable que la tutela sea registrada mediante inscripción en el Registro Civil correspondiente. Art. 430 del Código Civil.

No todos los pupilos tienen bienes que se les administre, la mayoría de personas que son protegidas por medio de la tutela, carecen totalmente de patrimonio alguno, por lo que los tutores generalmente desempeñan el cargo ad-honorem o sea gratuitamente, como una contribución o un acto de humanidad para proteger y ayudar a los menores e incapaces, con los cuales les une un lazo de familia o bien de amistad.

En algunas legislaciones la tutela es un cargo gratuito, no así en nuestro medio en el cual si se les reconoce a los tutores y protutores una cantidad de dinero como pago por el desempeño de sus cargos.

Nuestro Código Civil establece que tanto la tutela como la protutela dan derecho a una retribución señalando la forma y monto de la misma en el Art. 340. También señala que no tendrán derecho a retribución alguna cuando hayan sido removidos por su culpa Art. 341. Así mismo la obligación del tutor a llevar una contabilidad comprobada y exacta de su administración aún cuando el testador le hubiere relevado de rendir cuentas Art. 342.

f) Protutela:

Es la institución jurídica que vigila concreta y específicamente la gestión que realiza el representante de un menor o incapaz, llamado tutor.

Para ser protutor se necesitan las mismas condiciones que para ser tutor, es obligatorio y las causas de incapacidad, excusa y remoción son las mismas que para el cargo de tutor. Nuestra legislación en el apartado de la tutela, también ha contemplado la figura del protutor,

aunque en una forma muy substancial, ya que se refiere a él en dos artículos 304 y 305, lo que obedece a que su actuar en su mayor parte es igual que la del tutor.

La Protutela es: PERSONAL, porque su actividad consiste en controlar y vigilar los actos del tutor, OBLIGATORIA, ya que es un oficio público y que no puede renunciarse sin causa justa, REMUNERATORIA, en virtud de lo establecido por el artículo 340 del Código Civil, que enuncia que dicho cargo es remunerado.

Se le puede considerar al protutor como complemento de la tutela, ya que la necesidad de que el tutor y protutor actúen juntos es imperiosa, no puede prescindirse del protutor. La doctrina lo confirma al decir que ni los padres que son soberanos en el nombramiento del tutor en su testamento pueden disponer que no se nombre protutor. Ya que si lo omiten la legislación lo nombra de inmediato, prohibiendo al tutor que comience su administración sin que se haya nombrado y discernido el cargo al protutor.

Las funciones de protutor están señaladas específicamente en el Art. 305 de nuestro Código Civil. En nuestra legislación no se contempla lo relativo al incumplimiento de sus funciones, se presume por lógica que se le debe remover y también sería responsable de los daños y perjuicios que ocasione a su representado.

4. La Adopción.

a) Origen y Evolución:

La adopción existe consagrada en la mayor parte de los pueblos antiguos, y se encuentran rastros de la misma en las legislaciones de Egipto, Caldea, India y Grecia, antes de llegar a su superior desenvolvimiento en Roma. En este tiempo la figura jurídica de la adopción, desempeña un papel absolutamente distinto y mucho más importante del que le confiaran las legislaciones inspiradas en el Código Napoleónico. En Grecia y en Roma, la

adopción tiene un matiz político y religioso, debido a la importancia de la continuidad del culto doméstico y la continuidad familiar.

En la decadencia del Imperio, las motivaciones político religiosas de la adopción se modifican y pierden importancia. En tiempo de Justiniano, al lado de la adopción plena que surte todos sus efectos, surge la adopción menos plena que deja al adoptado con su familia natural y simplemente adquiere derechos sucesorios a la herencia del adoptante.

Los pueblos germánicos conocieron igualmente la adopción, aunque acabó por caer en desuso igual que otros pueblos, hasta tal extremo que en algunas costumbres locales hasta se prohibiera.

La adopción, en la antigüedad singularmente, adquirió grandísimo desarrollo, debido en gran parte a la necesidad de conservar el culto doméstico, y evitar que éste pareciera y la familia se extinguiese por falta de descendientes. En cambio, fue desconocida en varias provincias de España; sólo apareció en ese país cuando el Derecho Romano comenzó a dejar sentir su influencia sobre su legislación. En el antiguo Derecho Castellano la adopción no aparece hasta el Fuero real, organizada en las Partidas y llega sin ulteriores modificaciones hasta el Código Civil.

En Francia, al estallar la revolución casi desaparece, pero el espíritu revolucionario era favorable a la adopción, la incluyen en su legislación el 18 de enero 1792. En el Consejo de Estado fue larga y trabajosa la elaboración del concepto y características de la adopción y múltiples los proyectos elaborados por los redactores del Código Napoleónico. Llegaron a la elaboración de un concepto de adopción que se apartaba por completo de los precedentes romanos.

En la legislación romana existía un equilibrio de intereses: entre el adoptante que aspiraba a la continuación de su estirpe y el adoptado que ingresaba a su nueva familia. En la

concepción de los redactores del Código Napoleónico, la adopción se estructura exclusivamente a beneficio del adoptante y se elabora en forma de institución filantrópica.

En la actualidad, en las circunstancias creadas por las últimas conflagraciones mundiales, el instituto de la adopción ha vuelto a primer plano de la política legislativa.

b) Concepto de la Adopción:

Del latín *adoptio*, *onem*, *adoptio* de *ad* y *optare*, *desear*.

Junto a la filiación legítima, derivada del matrimonio y la filiación natural, que existe por la única razón de ser padres sin existir una unión legitimada por el matrimonio o la unión de hecho legal; existe la filiación civil creada por la adopción. Adopción, dicen las Partidas "tanto quiere decir como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente."¹³

Castán Tobeñas, así como la mayor parte de los tratadistas españoles define la adopción como: "aquel acto jurídico solemne que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.

Según Planiol es "un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima".

Para los autores franceses Colin y Capitant, la adopción es "un acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y filiación".¹⁴

En nuestra legislación existe tres clases de parentesco: de consanguinidad, de afinidad y el parentesco civil que es el que nace de la adopción y sólo existe entre adoptante y adoptado.

¹³ Partida 4ª., tit. XVI Ley 1ª.

¹⁴ Curso Elemental de Derecho Civil. Ambrosio Colin y H. Capitant pág. 662

Para Federico Püig Peña la adopción es "aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima".¹³

En el Código Civil artículo 228 la adopción "es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona".

En el concepto moderno la naturaleza jurídica de la adopción es la de una institución jurídica y no la de un contrato, que se establece en beneficio de los menores de edad porque se trata de dar al niño una familia por carecer de ella.

c) Constitución y Efectos de la Adopción:

El legislador se ha visto obligado a la creación de instituciones y ordenamientos legales de protección, como lo son el prohijamiento de huérfanos y el acogimiento familiar, por los acontecimientos mundiales acaecidos. Son modalidades de la antigua adopción de acuerdo con las necesidades del momento, es una novísima elaboración de esa institución, con una utilidad práctica que en el pasado no pudieron crear, siendo característica esencial la marcada protección del adoptado, finalidad a que está dirigida toda institución.

La adopción como institución jurídica, deriva estrictamente de la ley positiva, siendo ésta la última que pueda darnos conocimientos de la estructura funcional de la adopción y sus características, por esa razón el estudio de la misma es de Derecho Positivo.

La adopción la toman como un acto civil, sustantivo y privado, rodeado de ciertas garantías de solemnidad para el mejor acierto y provecho de la misma adopción.

En la adopción se observan tres características: es una institución que constituye una serie de relaciones complejas las cuales integran en su conjunto una unidad jurídica y social. La segunda característica la adopción crea una relación de paternidad y filiación independiente de la relación natural que produce la procreación, que se produce mediante una declaración de

¹³ Compendio de Derecho Civil Español. Federico Püig Peña, pág. 624

tipo judicial. La tercera desde el punto de vista social y moral debe imitar la situación natural de padres e hijos.

Los requisitos de la adopción son previos, simultáneos y posteriores. Previa es la instrucción del oportuno expediente judicial (solicitud y aprobación); previas las diligencias que se estimen necesarias, después de hacer constar el consentimiento del adoptado, si es mayor, y si es menor de las personas que tengan la patria potestad; simultáneo es el otorgamiento de escritura pública después de aprobada definitivamente, expresando en ella las condiciones en que se haya hecho la adopción; y es requisito posterior la inscripción en el Registro Civil correspondiente. Art. 239-243 y 244 de nuestro Código Civil.

Efectos de la Adopción:

En el Derecho Romano, llevando el principio de que la adopción imitaba la naturaleza a sus últimas consecuencias lógicas, en los efectos de la institución, el adoptado salía por completo de su familia natural para integrarse en la adoptiva, corriente que sigue nuestro Código Civil. En el Código Civil español, los efectos de la adopción se desarrollan de muy distinta manera; el parentesco creado por la adopción descansa en una ficción y sus efectos son los estrictamente previstos en el ordenamiento positivo o en la escritura de la adopción, en los extremos que la ley deja a la voluntad de las partes.

Se pueden observar los efectos a través de los principios siguientes: El adoptado no sale de su familia natural. El adoptado no entra en la familia del adoptante. La adopción crea relaciones jurídicas únicamente entre adoptante y adoptado. De acuerdo a ello se dan los siguientes efectos:

1º. La adopción es causa de la suspensión temporal de la patria potestad, conservando todos los derechos que le corresponden en su familia natural.

2º. Uso del apellido del adoptante, aunque puede conservar el propio, es un efecto legal de la adopción, para que se produzca es necesario haberlo pactado en la escritura pública.

3°. La adopción como impedimento matrimonial: entre el padre o madre adoptantes y el adoptado, entre éste y el cónyuge viudo del adoptado, entre los descendientes legítimos del adoptante y el adoptado, mientras subsista la adopción.

Los motivos de tales impedimentos se fundamentan más en la decencia y honestidad y posibilidad de corrupción de los que viven en el mismo techo que en la existencia de ningún lazo de parentesco o afinidad.

4°. La obligación alimenticia. El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos; esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante a ser alimentados por éste.

5°. El adoptante adquiere la patria potestad, como es lógico, por crear la adopción un vínculo, bien que ficticio, de filiación.

Nuestro Código Civil señala los efectos de la adopción que pueden ser: personales y patrimoniales.

• *Efectos personales:*

1°. El adoptante toma como hijo propio al adoptado (Art. 228).

2°. Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre adoptante y adoptado no se extiende a los parientes de ambos (Art. 229).

3°. El adoptado y los hijos del adoptante deben ser reconocidos socialmente como hermanos, aunque no existe derecho de sucesión recíproca (Art. 229).

4°. El adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto a los padres (Art. 231).

5°. El adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado (Art. 232).

6°. El adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptante (Art. 233).

7°. La mayoría de edad del adoptado no termina la adopción pero pone fin a la patria potestad que sobre él ejerce el adoptante (Art. 233).

8º. El adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere (Art. 238).

• *Efectos patrimoniales:*

1º. El adoptante tiene respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos (Art. 230).

2º. El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél.

Si el adoptado no es heredero, tendrá derecho a ser alimentado, hasta la mayoría de edad.

En el caso de herencia testada, los alimentos sólo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades (Art. 236).

3º. El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca. Si el adoptado falleciere antes de que el adoptante o renunciare la herencia o fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante (Art. 237).

En la doctrina se menciona en ocasiones dos clases de adopciones: la adopción plena y menos plena con sus efectos jurídicos correspondientes.

La adopción plena pone como requisito a adoptantes cónyuges que vivan juntos cinco años anteriores a la adopción. También a personas en estado de viudedad.

En cuanto a los adoptados únicamente podrán serlo los abandonados o huérfanos, menores de catorce años, o mayores que fueren adoptados de hecho en su minoría de edad.

En cuanto a los efectos del derecho de familia:

a) El adoptado usará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. Los apellidos, dada la tendencia de la doctrina, se consideran transmisibles a los descendientes del adoptado.

- b) No se rompe la relación del adoptado con su familia natural, se quiere crear una situación análoga con la paternidad legítima. El adoptado está exento de deberes con sus ascendientes o colaterales naturales, pero conserva sus derechos sucesorios o los alimentos, cuando el adoptante no los pueda proveer en forma suficiente.
- c) En cuanto a los derechos sucesorios, tampoco es plena la equiparación del adoptado al hijo legítimo, porque sólo por ministerio de la ley, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión del adoptado lo que la ley concede al padre natural.

En la adopción menos plena, la adopción de su hijo legítimo, legitimado o natural reconocido de un cónyuge por otro cónyuge hará que la patria potestad se atribuya a ambos. En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza.

El adoptado tendrá en la herencia del adoptante, los derechos pactados en la escritura de adopción sin perjuicio de la herencia legítima de los hijos legítimos o naturales que pudiera tener el adoptante. A diferencia de la adopción plena el adoptado no hereda siempre, se precisa necesariamente de un pacto sucesorio en la escritura de la adopción.

d) Cesación y revocatoria de la adopción:

En la legislación española se habla sobre la extinción de la adopción. El término y extinción de la adopción se realiza, de una parte, por las formas generales de término de las relaciones jurídicas y de otra, mediante una fórmula especial creada para dar fin a esta institución, la impugnación de la adopción.

Causas de la extinción de la adopción:

1º. Impugnación de la adopción: el menor o el incapacitado que hayan sido adoptados pueden impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad (Art. 180 del Código Civil Español). No indican las

causas que pueden invocarse, según Castán¹⁶ estima que debe reconocerse al juzgador facultades amplias para apreciarlas discrecionalmente, ha de fundarse en la estimación de su conveniencia para el adoptado, se ha de admitir que prospere la impugnación cuando se pruebe la inconveniencia del vínculo adoptivo. Basta que la adopción pueda resultar perjudicial para el adoptado, en cualquier forma sea o no patrimonial para que pueda entablarse la impugnación.

2°. Cese de la adopción por causas naturales: La adopción, como todas las relaciones jurídicas, se extingue, además, por la muerte del adoptante y adoptado.

3°. Extinción por pérdida de la patria potestad: El efecto principal de la adopción es someter al adoptado a la patria potestad del adoptante, colocándolo en situación de hijo de éste. Por lo tanto la pérdida de la patria potestad del adoptante debe producir la extinción de la adopción.

4°. Nulidad de la Adopción: De acuerdo a como está estructurada en el Código Civil Español es un negocio jurídico consensual y solemne. Se deducen por lo tanto los supuestos de nulidad del negocio jurídico: falta de requisitos formales; falta de requisitos esenciales del contrato; por falta de objeto; si el adoptante hubiera perdido previamente el ejercicio de la patria potestad o si la adopción no fuera de utilidad para el adoptado; y si estuviera en contra los requisitos subjetivos establecidos: que no llenen los requisitos de la edad o realizada por persona que la ley prohíbe.

5°. Anulabilidad de la adopción: De la naturaleza de la adopción se derivan los presupuestos de anulabilidad del negocio jurídico. Por error: si versa sobre el objeto del contrato o sobre la persona. Cuando el consentimiento de una de las partes se haya dado con violencia o intimidación, o haya mediado dolo, palabras o manifestaciones insidiosas por la que una de las partes haya podido consentir una adopción que de otra manera no se hubiera realizado.

Con la extinción de la relación jurídica fundamental, se extinguen todos los efectos de la misma; así desaparece la patria potestad del adoptante sobre el adoptado y siendo menor

¹⁶ "La sucesión abintestato del hijo adoptivo", Castán, Vol. IV, pág. 66

resurge la de sus padres legítimos. Se pierde el derecho del adoptado a llevar el apellido del adoptante, desaparece el impedimento matrimonial establecido y se extingue la obligación de prestarse mutuamente alimentos.

Según nuestra legislación y de acuerdo al Art. 246 del Código Civil, la adopción puede terminar, según convenio entre adoptante y adoptado, cuando éste es mayor de edad, y por revocatoria mediante decisión del adoptante cuando el adoptado aún no ha alcanzado la mayoría de edad.

En el Art. 247 la ley señala cuatro casos en que la adopción puede revocarse:

- 1°. Por atentar el adoptado contra la vida y honor del adoptante, su cónyuge ascendientes o descendientes;
- 2°. Por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de sus bienes;
- 3°. Por causar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia de sus ascendientes, descendientes o cónyuge; y
- 4°. Por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia.

Puede observarse que la revocatoria según el artículo mencionado solamente la ejerce el adoptante respecto al adoptado, pero no viceversa, no pudiendo según la legislación tomar ninguna acción el adoptado en el supuesto que surjan problemas no porque los ocasiona él sino el adoptante.

Según el Art. 249 en caso de revocatoria el Juez estaría obligado a tomar las medidas necesarias para que el menor vuelva con sus padres o en su defecto con algún pariente hábil o al Centro Asistencial Correspondiente.

CAPITULO III: "CONCEPCION, CONFUSION Y APLICACION DE LOS TERMINOS PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA EN LA PRACTICA EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA"

En la práctica en los Tribunales de Familia, se ha observado con frecuencia que los litigantes no tienen un concepto muy definido sobre el significado y por lo tanto de la aplicación de cada una de estas instituciones.

Al tramitar los juicios respectivos tienden a confundir los términos o al intentar plantear las demandas no los tienen claros ni precisos, lo que ocasionan trastornos y problemas en su aplicación.

Las instituciones jurídicas que se prestan más a confusión y se cometen errores frecuentes en su aplicación, son la Patria Potestad y la Guarda y Custodia de menores. Sobre todo porque ésta última no se encuentra regulada específicamente en nuestra legislación formando parte de la primera.

Cuando alguno de los padres quieren mantener o que se les restituya la guarda y cuidado de sus hijos, acostumbran solicitar la restitución o pérdida de la patria potestad; cuando en realidad lo que deben tramitar es un juicio oral de guarda y custodia, para lograr que sus hijos permanezcan a su lado o le sean entregados para su atención y cuidado.

En ocasiones también se ha observado, que plantean su demanda, solicitando la tutela de sus hijos, empleando ese término en todo el transcurso del juicio; lo que pretenden es que se resuelva la guarda y custodia de sus menores hijos.

Aunque con menos frecuencia, tampoco tienen muy claro el concepto, si deben tramitar la tutela o la adopción, de los menores que por ausencia de los padres permanecen bajo la protección de parientes o particulares.

Para poder tener una proyección más amplia sobre el tema, en el transcurso del desarrollo del presente trabajo se procedió a entrevistar a los actuales y anteriores jueces del Ramo Familiar quienes se pronunciaron en la siguiente forma:

Acerca del concepto de la Patria Potestad coinciden que es un poder o facultad que la ley concede u otorga a los padres sobre los hijos, para representarlos, cuidar de su persona y sus bienes; que generan obligaciones para con ellos. Los hijos menores de dieciocho años o los mayores declarados en estado de interdicción o incapaces, darles protección de toda índole y velar por su desarrollo integral.

Respecto a la Guarda y Custodia. *Guarda*: conservar, custodiar, defender, cuidar, acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios. *Custodia*: depósito, protección, amparo, vigilancia. Es uno de los elementos que constituye la Patria Potestad, que consiste en tener la obligación de vigilar, cuidar, atender y proteger a los menores o incapaces que se encuentren bajo su responsabilidad de hecho o por disposición legal. En el matrimonio o la unión de hecho corresponde a ambos padres, en el divorcio o separación al padre que se le ha encomendado de hecho o por disposición legal, la madre soltera la tiene en exclusiva, salvo casos excepcionales que la tengan los abuelos u otro pariente. Siendo responsables conforme las leyes penales si los abandonan moral o materialmente.

Ha existido confusión entre los dos términos, Patria Potestad y Guarda y Custodia, al considerarlos como sinónimos, cuando la segunda es un elemento que integra la primera. Por lo que al declararse con lugar una demanda de guarda y custodia, a quien no le queda esa facultad, no pierde los demás derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad como ejemplo: la representación legal del menor.

En ambos existen obligaciones de los padres hacia los hijos y los representan, pero en la guarda y custodia las obligaciones son más limitadas.

La Patria Potestad la ejerce quien tiene en su poder, es decir bajo su guarda y custodia a los hijos; el padre que no los tiene conserva el derecho de relacionarse con ellos y vigilar su educación.

Se da también confusión, por la interpretación amplia que se le ha dado a la guarda y custodia, pero la representación legal es la que se ejercita para la protección de los hijos menores o incapacitados.

Se tiene la creencia que cuando uno de los padres no tiene bajo su guarda y custodia a sus hijos, no conserva la patria potestad, lo que es errado, ya que sólo se pierde al ser declarado judicialmente o se suspende por causales que estipulan los Art. 273 y 274 del Código Civil Guatemalteco. Tampoco puede renunciarse a la patria potestad.

Existe confusión en los dos términos ya mencionados, porque casi siempre quien tiene la patria potestad, tiene la guarda y custodia y ejerce éste en forma total. Sin embargo otra persona o familiar puede tener la guarda y custodia por encargo de quien no puede hacerla efectiva, pero la patria potestad la sigue teniendo el padre o padres que otorgaron esa función. Los padres siempre tienen la patria potestad y la guarda y custodia de sus hijos cuando se encuentren a su lado y se trate de personas legalmente capaces.

La Patria Potestad confiere facultades plenas, atribuibles únicamente a ambos padres, o a uno solo de ellos cuando la ejerzan en forma unilateral.

Los usuarios y abogados litigantes de los Juzgados de Familia, sobre todo si se inician en el ramo, con frecuencia utilizan y ejercitan ambos términos como si fueran un mismo concepto, lo que no es correcto. La guarda y custodia se aplica con limitantes, especialmente en lo que se refiere a la representación legal del niño o incapaz, no así en sus demás responsabilidades. La Patria Potestad otorga a quien la posee facultades y obligaciones plenas sobre la persona objeto de la misma.

Quien ejerce la Patria Potestad, generalmente también tiene la Guarda y Custodia; pero a veces quien tiene la Guarda y Custodia, no es precisamente quien tiene la Patria Potestad.

Cuando los Tribunales de Familia declaran procedente una demanda de Guarda y Custodia, dejan a salvo tácitamente o no, los derechos y obligaciones derivadas de la Patria Potestad, de quien perdió el juicio, según el caso.

En los juicios de pérdida o suspensión de la Patria Potestad no existen mayores problemas porque nuestra ley señala los casos en que proceden. Se observan con mayor frecuencia que se tramitan casos orales de guarda y custodia en donde el juzgador tiene que tomar la decisión a quien deberá confirmarse el cuidado de los hijos. En estos casos promueven juicios de Patria Potestad, mencionando los artículos que se relacionan con ella, olvidando mencionar que solicitan la guarda y custodia de los hijos. Existiendo por lo tanto confusión en los términos. Los litigantes por lo tanto lo aplicarán bien si no existe esa confusión y lo harán correctamente si a su vez lo interpretan de acuerdo a su contenido.

Se han suscitado problemas también en algunos divorcios de jurisdicción voluntaria, en donde el padre que no tendrá la guarda y custodia de los hijos, pretende seguirla compartiendo, esto legalmente no es posible.

CAPITULO IV: "DIFERENCIAS ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, TUTELA Y ADOPCION"

Los diferentes tratadistas han dado por analizar la Guarda y Custodia dentro de la Patria Potestad, no existiendo conceptos unificados respecto de la primera. Por esa razón ambas tienen mucha similitud y la primera forma parte de la segunda, dando lugar en muchos casos a confundir ambos conceptos.

Ambos padres aún separados pueden seguir teniendo inherente la Patria Potestad de los hijos, pero solamente uno de ellos podría tener la Guarda y Custodia de los hijos, porque ésta significa su protección y cuidado.

Entre Guarda y Custodia y Patria Potestad existe un vínculo, además que la primera está incluida en la segunda, según la doctrina y el ordenamiento legal. La Guarda y Custodia tiene como funciones principales la vigilancia y protección del menor o incapacitado, mientras que en la Patria Potestad sus funciones principales son la representación y la administración de los bienes.

Esta separación se observa en la práctica de los Tribunales de Familia, sin existir en la doctrina ni en la legislación. Existen en estos juzgados el denominado juicio oral de Guarda y Custodia que no tiene base legal, pero el juzgador se ha visto obligado a recurrir la costumbre y a la analogía con el juicio de Patria Potestad, además de la discrecionalidad de los jueces de familia.

La nota fundamental de la Tutela es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología, y que hace de ella la más importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falte la patria potestad. Es pues una institución subsidiaria de ésta, diferenciándose, en que la patria potestad es de derecho natural, porque está organizada directamente por la naturaleza y sancionada por el

derecho positivo, mientras que la tutela está organizada directamente, por el derecho positivo sobre la base del derecho natural.

La tutela es una patria potestad restringida, el tutor tiene límites mayores por inspirar menos confianza, y esto tanto por lo que se refiere al contenido personal como patrimonial.

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos. Es decir comprende la tutela, el cuidado, defensa y protección, no solamente de la persona del tutelado, sino también de su hacienda, siempre que no esté bajo la patria potestad, pues en este caso no haría falta la protección especial de la tutela, ya que ésta es institución casi familiar y subsidiaria de aquella, y siempre que sea incapaz de dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles.

Es posible enumerar una serie de diferencias entre Tutela y la Patria Potestad:

En la patria potestad, el vínculo de afección es derivado de la sangre, inmediato y por o mismo, influye en los padres en el deseo de proteger y beneficiar al hijo en todo sentido, mientras que en la tutela, si bien es cierto que en algunos casos también es derivado de la sangre, algunas otras es lejano, no inmediato y a veces hasta extraño, como sucede en el caso de la tutela judicial o la legal.

Los poderes que la ley confiere a los padres son superiores que los que da a los tutores. Los padres pueden corregir a sus hijos libremente y representarlos sin limitaciones, excepto las legales, en cambio el tutor está vigilado por los demás órganos tutelares.

Los padres al llegar a la mayoría de edad sus hijos, no están obligados a rendir cuentas, el tutor si tiene que rendir cuentas de la tutela.

Por no existir control sobre la representación que del menor hacen sus padres, pudiera darse el caso de que resultaren malos administradores de los bienes del menor. La vigilancia

que se ejerce sobre el tutor en la administración de su patrimonio asegura al menor o incapaz la conservación del mismo.

El ejercicio de la patria potestad no es remunerada, en cambio el ejercicio de la tutela si lo es.

Los padres tienen el deber de alimentar a sus hijos, el tutor no, los gastos que realiza corren de acuerdo con el patrimonio del menor o incapaz, o bien a las posibilidades de una persona obligada a proporcionar alimentos.

La tutela es sustituto de la patria potestad, pero una tutela sólo puede substituirse por otra tutela.

Mediante la adopción, el adoptante adquiere la Patria Potestad del adoptado, existiendo en esa forma la filiación civil; diferenciándose de la patria potestad que tienen los padres biológicos en que ésta es adquirida por medio de la filiación natural.

La adopción es un acto jurídico entre dos personas que crea relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad legítima. Se diferencia no sólo de la Patria Potestad que es producto de la filiación natural, sino de la Tutela que suple a la Patria Potestad ejerciendo representación, defensa y asistencia a los menores o incapaces.

CONCLUSIONES

- I. La familia es la célula fundamental de toda sociedad humana. Existe como un hecho real, independiente de las normas morales y jurídicas que la rijan.
- II. Todo ser humano tiene su origen natural y cultural en la familia, dependiendo de la forma de vida, influirá positiva o negativamente durante el resto de su existencia.
- III. Desde el punto de vista jurídico, la familia es una institución, siendo una entidad autónoma que crea mutua dependencia socio económica, la cual es soporte socio jurídico.
- IV. Existen diversas teorías sobre el origen de la familia, pero las sostenidas por Bachofen y Engels, por su base científica, tienen mucha aceptación entre sus seguidores.
- V. El concepto de Derecho Moderno de la Patria Potestad, es que el poder paterno vitalicio, se transformó en función tutelar y deber de protección de los padres, en la medida que los hijos lo necesiten.
- VI. El derecho de los padres nace de la obligación, así como tienen la obligación de mantener y educar a los hijos, necesitan el derecho de mandar en ellos, corregirlos y dirigirlos.
- VII. Modernamente la Patria Potestad está limitada por preceptos expresos, y por temor al abuso y arbitrio de los padres, está sometida a la inspección de autoridad protectora.
- VIII. La Guarda y Custodia es una institución jurídica, que se encuentra inmersa en la Patria Potestad, aunque tiene efectos específicos en su funcionamiento.
- IX. Cuando existe discrepancia entre los padres para determinar a quien corresponderá la Guarda y Custodia de los hijos, será el Juez de Familia, quien decida en sentencia ese extremo.
- X. En el concepto moderno la adopción es una institución jurídica, que se establece en beneficio de los menores, porque se trata de dar a un niño una familia por medio de ella.

XI. Ocasionalmente también se tiende a confundir la Tutela y la Adopción, no sabiendo cual aplicar, a pesar de que se encuentran ambas instituciones bien definidas en nuestra legislación.

XII. Existen diferencias entre los términos Patria Potestad y Guarda y Custodia, debiendo distinguirlos claramente para evitar errores y confusiones en su aplicación y tramitación, a pesar de que la segunda forma parte de la primera, según nuestra doctrina y legislación. Se debe tener cuidado en aplicar esos términos, porque en algunas oportunidades, los abogados litigantes en los Tribunales de Familia, utilizan ambos como si fuera un mismo concepto.

SUGERENCIAS

Los abogados litigantes deben tener presente en su tramitación, la Patria Potestad y la Guarda y Custodia, requieren de un procedimiento separado, no deben mezclarse o confundirse. Quien ejerce la Patria Potestad, generalmente tiene la Guarda y Custodia, pero en ocasiones el que tiene la Guarda y Custodia, no es precisamente el que tiene la Patria Potestad.

Sería ideal que se legislara expresamente la institución de la Guarda y Custodia, definiéndola en nuestro Código Civil, señalando específicamente su tramitación en nuestro Código Procesal Civil. En esta forma se evitarían las confusiones con los juicios de Patria Potestad, que en la práctica se han observado.

BIBLIOGRAFIA

"ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL". Juan Antonio Gonzalez. Editorial Trillas. México 1977. Argentina, Colombia, España, Puerto Rico, Venezuela.

"LA SUSPENSION, PERDIDA Y REHABILITACION DE LA PATRIA POTESTAD Y SU REGULACION EN EL CODIGO CIVIL GUATEMALTECO". Bonerge Amilcar Mejia Orellana. Octubre 1985. Editorial Art. Impresos.

"EL ORIGEN DE LA FAMILIA. LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO. EL PAPEL DEL TRABAJO EN LA TRANSFORMACION DEL MONO EN HOMBRE". F. Engels. Biblioteca Mark-Engels. 5ª. Edición 1974. Ediciones de Cultura Popular S.A. México. D.F.

"NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA". Francisco Seix Editor. Tomo VI Carlos E. Moscareñas. Barcelona 1954.

"DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO". G-Z. Tomo II Editorial Labor S.A. D. Ignacio de Casso y Romero. D. Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro. Reimpresión. Barcelona 1967.

"CARENCIA DEL SUSTRATO LEGAL PARA EL TRAMITE DE ASUNTOS DE GUARDA Y CUSTODIA". Flora del Rosario Solares Solares. 1988. Tesis USAC.

FOLLETOS DEL CURSO "PROMOCION Y PERFECCIONAMIENTO PARA JUECES DE FAMILIA, TECNICOS DE LOS ORGANISMOS DE BIENESTAR FAMILIAR, ASESORES Y AUXILIARES ESPECIALIZADOS" 1973. Doctor Pedro Achard. Director: Licenciado Francisco Vázquez Castillo.

"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL". Clemente De Diego. Ediciones Artes Gráficas. 1959. Tomo II

"MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL". Diego Espin Canovas. 1975. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo IV.