

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, likely a saint or historical figure, surrounded by various heraldic symbols including a crown, a lion, and a castle. The Latin motto "CONSPICUA CAROLINA ACUMEN" is inscribed at the top, and "CAETERA SUB BIS" and "COACTEMALITENSIS INTER" are visible at the bottom.

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 257 DEL
CÓDIGO CIVIL EN CUANTO LA NECESIDAD DE READECUAR LA
NORMA JURÍDICO LEGAL POR VIOLAR EL PRINCIPIO DE
IGUALDAD EN RELACIÓN A LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR,
EN EL CASO DE LOS PADRES MENORES DE EDAD**

GLORIA MARINA ROSALES RUÍZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 257 DEL
CÓDIGO CIVIL EN CUANTO LA NECESIDAD DE READECUAR LA
NORMA JURÍDICO LEGAL POR VIOLAR EL PRINCIPIO DE
IGUALDAD EN RELACIÓN A LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR,
EN EL CASO DE LOS PADRES MENORES DE EDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GLORIA MARINA ROSALES RUÍZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2007

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE:	Byron Oswaldo De la Cruz López
VOCAL:	David Humberto Lemús Pivara
SECRETARIO:	Héctor René Marroquín Aceituno

Segunda Fase:

PRESIDENTE:	Eloisa Ermila Mazariegos Herrera
VOCAL:	Homero Nelson López Pérez
SECRETARIO:	Luis Roberto Romero Rivera

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y contenido de la tesis (Artículo 43 del normativo para la elaboración de Tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales y del examen general público.

DEDICATORIA.

A DIOS: Por ser la razón de mi existencia y por su sabiduría.

A MIS PADRES: Héctor Daniel Rosales (q.e.p.d.) y Zoila Lidia Ruíz de Rosales. Por su amor, por su apoyo y porque a través de sus sacrificios hoy mi anhelo se hace realidad.

A MIS HERMANOS: Maritza, Héctor, Amparo, Marilu, Daniel y Mario, por su cariño y paciencia.

A MI TÍO: Edgar Ruíz por el especial afecto y cariño que me muestran.

CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO A:

Lic. Eduardo Arce Valenzuela y Lic. Rafael Francisco Cetina Gutiérrez. Por su incondicional apoyo, que hace posible esta realidad.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE ESTUDIOS:

Por la amistad, y apoyo incondicional, en los momentos compartidos de tristeza y alegría, cuyos recuerdos siempre guardaré.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Breve análisis del derecho de familia.....	1
1.1. El derecho de familia.....	1
1.2. Concepto de derecho de familia.....	2
1.3. El derecho de familia en la Legislación Guatemalteca.....	4
1.4 Leyes que regulan el derecho de familia.....	7
1.4.1. Constitución Política de La República de Guatemala.....	7
1.4.2 Código Civil.....	10
1.4.3 Código Procesal Civil y Mercantil.....	14
1.4.4 Ley de Tribunales de Familia.....	15
1.4.5 El Código de la Niñez y de la Adolescencia.....	16

CAPÍTULO II

2. La Patria Potestad y sus divisiones.....	17
2.1. Antecedentes.....	17
2.2 Seis Aspectos que se pueden apreciar en el contenido de la Patria Potestad..	18
2.2.1 El Personal.....	18
2.2.2. Patrimonial.....	18
2.2.3 Representación.....	18
2.2.4 La Tutela.....	19
2.2.5 Guarda de hecho.....	20

	Pág.
2.2.6 La Autoridad judicial.....	20
2.3 Concepto de paternidad.....	21
2.4 Características esenciales de la institución de la patria potestad.....	23
2.5 Formas de ejercicio de la patria potestad.....	25
2.6 Derechos y obligaciones derivados de la patria potestad.....	26
2.7 Separación de la patria potestad.....	27
2.8 Suspensión y pérdida de la patria potestad.....	27
2.9 Reestablecimiento de la patria potestad.....	30

CAPÍTULO III

3. Falta de Observancia del Principio de Igualdad en el Artículo 257 del Código Civil	33
3.1.Aspectos considerativos.....	33
3.2.Representación de bienes de menores de edad.....	39
3.3 Capacidad relativa de los menores de edad.....	41
3.4. Principio de igualdad.....	42
3.4.1 Falta de Observancia del Principio de Igualdad conforme lo regula el Artículo 257 del Código Civil	47
3.5 Necesidad de su adecuación jurídica legal a través de su reforma.....	47
3.6 Repercusiones actuales.....	48
3.6.1 Legales	48
3.6.2 Familiares	49

3.6.3 Vicios por la falta de observancia del principio de igualdad.....50

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado en el ejercicio de la patria potestad y lo relativo al principio de igualdad en el caso de que ambos padres sean menores de edad.....52

4.1 Legislación Española.....52

CONCLUSIONES.....58

RECOMENDACIONES.....60

ANEXO61

BIBLIOGRAFÍA.....69

(i)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación conlleva efectuar un análisis jurídico y doctrinario del Artículo 257 del Código Civil que establece “Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre”... y el alcance jurídico, real social y legal que tiene en relación al ejercicio no solo de la representación, sino también en el caso de la administración de los bienes de los menores.

Respecto a lo que se pretende analizar en la norma antes citada es que en la misma se encontró claramente que fue violado el principio de igualdad contenido en el artículo 4to. de la Constitución Política de la República que dice: Libertad e Igualdad.” En Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si. Asimismo, esta norma únicamente se refiere a lo que respecta a la administración de los bienes, pero que lógicamente debe suponerse también en el caso de la representación de los menores. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República, el hombre y la mujer tienen iguales derechos y obligaciones, y el legislador al haber normado en el Artículo 257 del Código Civil

(ii)

arriba mencionado, que en el matrimonio entre menores de edad, la administración de los bienes de los hijos nacidos en el matrimonio, será ejercida por la persona que tuviera la patria potestad o la tutela sobre el padre menor, dicha disposición esta violando el principio constitucional, pues también la madre menor de edad puede aportar bienes a sus hijos y tiene el derecho a la representación también, razón por la cual estimo que no existe ninguna razón para que sea solo el representante de la línea paterna quien administre dichos bienes.

Por lo anterior, en este trabajo de tesis titulado “Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 257 del Código Civil en cuanto la necesidad de readecuar la norma jurídico legal por violar el principio de igualdad en relación a la representación del menor, en el caso de los padres menores de edad”, compuesto de cuatro capítulos. En el primero, de forma breve se presenta a manera de análisis el derecho de familia, el concepto derecho de familia, el derecho de familia en la legislación guatemalteca y leyes que regulan el derecho de familia. En el segundo, capítulo se trata la patria potestad y sus divisiones, antecedentes, aspectos, concepto, sus características, formas de ejercicio de la patria potestad, derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, separación de la patria potestad, suspensión y pérdida de la patria potestad y reestablecimiento de la patria potestad. En el tercer capítulo se da a conocer la falta de observancia del principio de igualdad del Artículo 257 del Código Civil,

(iii)

aspectos considerativos, representación de bienes de menores de edad, capacidad relativa de los menores de edad, principio de igualdad, necesidad de su adecuación jurídica legal, repercusiones actuales. El capítulo cuarto trata del derecho comparado en la legislación española; asimismo, se presenta el análisis de los resultados del trabajo de campo, con el cual se pretende demostrar por medio de entrevistas a jueces de familia y abogados litigantes en el ramo de familia, la experiencia que éstos tienen con respecto a la figura del Artículo 257 del Código Civil antes citado.

Asimismo, se concluye que en el contenido del Artículo 257 del Código Civil que dice “Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre”, fue violado el principio de igualdad, comprobándose la hipótesis planteada en el presente trabajo. Se recomienda que el Artículo 257 antes mencionado, debe ser reformado ya que en la actualidad son los padres de la madre del menor de edad, quien en la mayoría de casos obtienen la guarda y custodia así como la patria potestad y, no es quien tiene la administración de los bienes de este. Por lo cual trae repercusiones que se suscitan con esa ineficacia normativa.

CAPÍTULO I

1. Breve análisis del derecho de familia

1.1 El derecho de familia

Es sabido que la familia la conforman personas que se encuentran unidas por razones de parentesco y por afinidad. La familia es la parte esencial para la conformación de la sociedad y por ende de un país, por ello, resulta importante su protección y es así como la misma se encuentra protegida por el Estado a través de sus normas constitucionales y ordinarias.

La protección de la familia a través del Estado, se hace desde distintos ángulos, como por ejemplo, en el caso del órgano judicial este interviene en caso de conflictos entre los miembros de la familia, y se encarga de aplicar y hacer aplicar las normas, es así, como en esta materia, el objeto de la justicia y su administración, se refiere a otro asunto, pudiera decirse, que mas complejo que otros, como lo es lograr una armonía entre las familia y estas entre las otras dentro de una sociedad.

La familia ha evolucionado a través de los tiempos, y el papel que cada uno de los miembros de la familia juegan en la sociedad en su conjunto e individualmente considerados, como por ejemplo, en el caso de la mujer, o en el caso de los menores de edad, con respecto al matrimonio, etc.

1.2 Concepto de derecho de familia

El derecho de familia, considerado como un “conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de las relaciones familiares” y cuya naturaleza jurídica ha provocado una serie de controversias al otorgarle unos, de autonomía frente al derecho privado, otros parangonándola por aproximación al derecho público, y así Pissanelli, citado por Cassio y Romero¹ estima que, aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de mas proximidad con el derecho público y Crome a que alude Cassio y Romero en la obra mencionada, le da al derecho de familia otra orientación, considerándola como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general Nipperdey citado en la referida obra diferenciando el derecho de familia del derecho privado, lo estima como un cuerpo extraño en la codificación del derecho privado.

Existen otras definiciones doctrinarias que examinan el derecho de familia, considerándolo como de estructura social y por ende lo sitúan en el derecho social propiamente dicho, para los sostenedores de esta tesis, entre otros Gierke, la familia pertenece a la regulación del derecho de los grupos sociales, como derecho intermedio entre el que disciplina al individuo y al Estado.

¹ Cassio y Romero. **Diccionario de derecho privado**, pág. 434.

Existe otro enfoque doctrinario y teórico proporcionado por juristas y doctos en la materia, entre ellos Cicu, que sostienen la teoría de la diferenciación del derecho de familia, respecto del derecho público y del derecho privado “ a juicio de Cicu antes de penetrar en el fondo de la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de familia, es preciso realizar una previa labor de reajustar los conceptos sobre los que se opera al tratar de diferenciar al derecho público y el derecho privado. Pasa revista a las diversas posiciones doctrinales que, en torno a la distinción de referencia, se han sostenido por los autores y, fijando la atención en dos elementos capitales individuo y Estado, llega a la conclusión de que el primero considerado en el seno del segundo, sólo puede ocupar una posición, la de dependencia.

El individuo no es observado como elemento material o biológico del Estado, sino como auténtico ente espiritual, con voluntad de actuación y fines esenciales. Reputa comunes las voluntades y los fines, y siempre superiores a los del individuo aislado. Por ello, sienta como principio la necesidad de un ente supremo que discipline y organice esas esencias: el Estado. Las voluntades individuales, al mismo tiempo, convergen para satisfacer un interés único superior, sobre el particular y siguiendo en parte las orientaciones de Cicu otro autor, singularizado por su modernismo en razón de ideas, Castán Tobeñas, asienta como conclusiones las siguientes:

- ❖ Que las normas del derecho de familia sin ser de orden público, si tienen signos coincidentes de este.
- ❖ Que la norma supletoria específica del derecho de familia, también se observa en otras instituciones que penetran en el campo del derecho privado.
- ❖ Que esa ostensible autonomía de sus normas no es suficiente para independizar totalmente al derecho de familia de las demás ramas que comprende el derecho privado patrimonial.
- ❖ Que singularizándose el derecho de familia por la particularidad de sus normas, si se destaca de las demás ramas del derecho privado”.²

1.3 El derecho de familia en la legislación guatemalteca

Anterior al año 1960, en el país no existían normas que tuvieran características específicas en relación a la normativa que regulara las relaciones familiares. Existen estudios que han establecido como fuentes del derecho de familia y que trascienden en el caso de Guatemala, o bien, que han influido en su nacimiento que son:

- ❖ El matrimonio, como la institución creadora de la relación familiar conyugal, determinando el estado de cónyuges entre las partes.

² Castan Tobeñas José. **Derecho Civil Español Común y floral**, pág. 23.

- ❖ La filiación legítima que crea la relación paterno filial y por ende el Estado de hijo legítimo.
- ❖ La adopción, que aproxima e identifica a la persona hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima.
- ❖ Las relaciones cuasi familiares, como la tutela, cuya génesis puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima o por ministerio de la ley.
- ❖ Las relaciones familiares impropias, como acontece con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad.
- ❖ La unión de hecho, institución moderna relativamente, cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

“En el primer Congreso Jurídico Guatemalteco, celebrado en el año 1960, mediante una ponencia de varios abogados, se demostró la necesidad de que en el derecho de familia se aplicara un procedimiento especializado que lo hiciera mas flexible y menos engorroso. Las argumentaciones contenidas en dicha ponencia hacen referencia a las deficiencias que obstaculizaban la pronta administración de justicia en los asuntos de familia en la jurisdicción ordinaria. Una de las argumentaciones al analizar las deficiencias, decía: “El proceso en vigor no permite analizar los problemas desde el punto de vista real, porque impera el carácter esencialmente rogado del mismo, porque perdura el sofismo de igualdad de las partes y el formalismo que impone a la justicia. No se enfocan los problemas familiares como humanos, sino como un asunto mas de los múltiples que se representan ante el juez y especialmente porque en su estructura actual no se

contempla la existencia de entidades especializadas que aporten a la administración de justicia, los datos y hechos de observación real esenciales para el exacto conocimiento de los problemas familiares. Se sentía la necesidad de contar con entidades especializadas que participaran en la administración de una justicia mas real, mas acorde con los problemas familiares con el objeto de darles el derecho de familia un sentido hondamente social. Para entonces, el derecho de familia solo se concebía como una mera técnica legal aplicada por los tribunales ordinarios de lo civil, que trataban las cuestiones familiares como cualquier otro problema relacionado con su ramo”.³

La abogada Ana María Vargas de Ortiz, quien por muchos años fue Juez de Familia, en su trabajo que publicara en el año de mil novecientos setenta y cinco, bajo el título de Tribunales de Familia⁴ da una idea de las características que debe revestir un Juez de Familia, cuando dice “El juez de familia debe tener características muy especiales, porque su decisión se vierte al porvenir, detrás de la familia, esta el niño, en el cual esta interesada la colectividad, sobre el futuro ciudadano, y es sobre el futuro de ese niño que la decisión judicial influirá”. En el Congreso Jurídico ya mencionado, fue presentada una ponencia del licenciado César Eduardo Alburez Escobar que literalmente decía: “Se ha visto que el derecho de familia excede el campo del derecho privado y esto sucede no solo

3. Álvarez Morales de Fernández, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia que funcionan en la ciudad de Guatemala**, pág. 43.

4. **Breve comentario sobre el decreto Ley 106**, pág. 23.

desde el punto de vista sustantivo, sino también desde el adjetivo, quiere decir, que el derecho procesal en relación con la familia, debe informarse también en los mismos principios de protección y tutela. Sin embargo, en nuestro país, como en muchos otros, todos los asuntos de familia, con materia propia de un tipo de proceso que es completamente insuficiente, porque esta basado en principios propios del individualismo liberal los que con un carácter acentuadamente formalista, son igualmente aplicables a cuestiones de índole patrimonial. Esto constituye una enorme deficiencia que trae graves consecuencias para la sociedad y que impide que el Estado preste a la familia la protección que como grave deber le imponen los principios de la mas alta doctrina jurídica, incorporados en los preceptos constitucionales antes citados.

1.4 Leyes que regulan el derecho de familia

1.4.1 Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece “Protección a la persona. El Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

En cuanto a la anterior norma de rango constitucional, conviene establecer que el hecho de proteger a la persona y a la familia, es un deber del Estado, y que encierra, como queda establecido no sólo a la persona sino a la familia

guatemalteca, siendo un principio que debe desembocar en una serie de normas de carácter ordinario que den cumplimiento a este precepto, de carácter dogmático.

La Constitución Política de la República, contiene una serie de normas supremas que desglosan en cuerpos legales normas de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmado en el Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional fundamentalmente del derecho Internacional de los derechos humanos. La Carta Magna reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, el Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz..”⁵

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución que tienen relación con el derecho de familia y el derecho de los niños, se encuentra:

- ❖ Derecho a la vida: Según el Artículo 3 que dice “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

⁵ Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala 1985.

- ❖ Derecho de petición: Artículo 28 “Los habitantes de la república de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.
- ❖ Libertad de religión: Artículo 36, que dice que se establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.
- ❖ Derechos inherentes a la persona humana. Establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.
- ❖ Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, tal como lo establece el Artículo 46.
- ❖ Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, el Artículo 47 indica: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.
- ❖ Dentro de los derechos sociales se regula: lo relativo a la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos,

acciones contra causas de desintegración familiar. Todo lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos 48 a 56 de la Constitución.

- ❖ Establece el Derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, eje de toda sociedad.

1.4.2 Código Civil.

En el libro I título II del Código Civil se encuentra lo relativo con la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los siguientes asuntos:

- ❖ Matrimonio

Matrimonio etimológicamente significa carga, gravamen, o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y minimum, carga o cuidado de la madre mas que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio.⁶ Regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos. Se encuentra regulado del Artículo 78 al 172 del Código Civil.

⁶ Valverde, Calixto, D. **Tratado de Derecho Civil Español**, tomo V, pág. 231.

❖ La unión de hecho

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

❖ Parentesco

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

❖ Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial

Se encuentra regulado del Artículo 199 al 227 del Código Civil. La filiación es el estado jurídico que la ley asigna a determinada persona deduciéndolo de la relación natural de procreación que la rige. El Artículo 199 del Código Civil indica: "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del

matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.

Dentro de la filiación, se encuentra la filiación que proviene del matrimonio y la extramatrimonial.

❖ Adopción

El concepto legal de adopción se encuentra establecido en el Artículo 228 del Código Civil, que dice que es el “acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona..”. Se encuentra establecida en el Código Civil, del Artículo 228 al 251.

❖ Patria potestad

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

❖ Los alimentos

Tal como lo establece el Artículo 278 del Código Civil “la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación,

vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”. Se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

❖ Tutela

Es una institución que forma parte del derecho de familia, creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula del Artículo 293 al 351 del Código Civil.

❖ Patrimonio familiar

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

1.4.3 Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil regula aspectos ligados al proceso, al procedimiento, es decir, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el Código Civil y al respecto conoce:

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

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

- ❖ Juicio Ejecutivo en la vía de apremio. Este juicio, como los demás procesos de ejecución, van dirigidos a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena y entre sus principales características se encuentra: Que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe existir un título ejecutivo. El título ejecutivo debe entenderse como el documento que apareja ejecución, porque prueba por sí mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia practica se reclama. Para el caso del derecho de familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la

ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

1.4.4 Ley de tribunales de familia

Esta ley especifica que regula aspectos relativos al derecho de familia. Como lo indica el Artículo 3 de la ley, se encuentran constituidos los tribunales de familia por:

- ❖ Juzgados de familia que conocen de los asuntos de Primera Instancia,
- ❖ Por las salas de apelaciones de familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.
- ❖ Como tercer órgano jurisdiccional que conoce de asuntos de familia, lo representa los juzgados de paz, a manera de prevención, debiéndose posteriormente remitir lo actuado al juzgado de Primera Instancia de Familia de la cabecera departamental.

1.4.5 El Código de la Niñez y la Adolescencia

Este Código se encuentra contenido en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República, y tiene por objeto fundamental, regular todo lo relativo a la intervención de Estado a través de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en cuanto al órgano ejecutivo, así como la intervención de Estado en cuanto al órgano judicial, respecto a los menores que se encuentran en situación de

abandono, riesgo o maltrato, y de los menores distinguiendo a aquellos que son menores o niños y a aquellos que son menores o adolescentes, que se encuentren en conflicto con la ley penal, cuya normativa, es congruente con lo que establece al respecto la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política de la República de Guatemala, y el Código Civil fundamentalmente, en cuanto a la protección del niño y de velar por el interés superior en su beneficio.

CAPÍTULO II

2. La patria potestad y sus divisiones

2.1 Antecedentes

“Patria potestad, concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos. En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

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

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

por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

2.2 Seis aspectos que se pueden apreciar en el contenido de la patria potestad:

2.2.1 El personal

En este aspecto deben los padres velar por sus hijos: cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

2.2.2 Patrimonial

Los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, pero éstos deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares cuando sea preciso.

2.2.3 Representación

En los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

2.2.4 La tutela

Es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el juez.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz

cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes, y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la paternofilial. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

2.2.5 Guarda de hecho

Esta figura se contempla en el Código Civil español en el capítulo V, título X, libro I. Sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se han venido cumpliendo cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia. A estas situaciones atiende el Artículo 303 del Código Civil, autorizando al juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del seudo-pupilo y establecer medidas de control y vigilancia del seudo-tutor. “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.

2.2.6 La autoridad judicial

Siempre en busca del bien del pupilo, el juez tiene poderes extraordinarios en el establecimiento de la tutela. Por lo demás, es él quien, teniendo noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al tutor;

preside la formación del inventario de los bienes del pupilo y determina qué dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados. Mientras la constitución no se perfecciona, asume el ministerio fiscal la representación o defensa del menor o el “presunto incapaz”.

“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del juez, que actuará, de oficio, a solicitud del ministerio fiscal, o a instancia de cualquier interesado”, pudiendo además el juez establecer en cualquier momento “las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado” y asimismo exigir del tutor que “informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración”.

Expresión de esa vigilancia permanente del juez sobre la tutela es la necesidad de autorización judicial para cualquier actuación del tutor que exceda de la ordinaria guía de la persona y administración de los bienes.

2.3 Concepto de paternidad

Para definir la patria potestad, se hace necesario iniciar con definir lo que significa paternidad.

El Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio, dice: “paternidad, indica calidad de padre, procreación por varón, relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando esta concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente”.⁷

La patria potestad indica el mismo diccionario al tener relación con el concepto de paternidad, que “Es el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden, gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual periodo”.⁸

Generalmente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos esta atribuida al padre y solo por muerte de este, o por haber incurrido en la perdida de la patria potestad, pasa a la madre. Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad, corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre. Tiene su origen natural y legal a la vez, la patria potestad: a) Por nacimiento de legitimo matrimonio, b) Por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de una o mas hijos; c) Por reconocimiento de la filiación natural; d) Por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción; e) Y como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas, por la posesión de estado...”.⁹

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 345.

⁸ **Ibid**, pág. 354.

⁹ **Ibid**, pág. 494.

Puig Peña, con respecto a la patria potestad escribe que: “En todo grupo humano mas o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir un cometido que se sale de las mas puras situaciones del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que de armonía y unidad a la variedad que el supone. En el grupo matrimonial, la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar”. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Para el exponente este principio rector esta representado por la patria potestad”.¹⁰

Etimológicamente la palabra patria potestad, viene del latín patrias, a lo relativo al padre y potestad, potestad, dominio, autoridad.¹¹

Planiol, citado por Clemente Soto Álvarez, define la patria potestad como “Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.¹²

2.4 Características esenciales de la institución de la patria potestad:

Para Puig Peña, las características de esta institución son:

¹⁰ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil Español**, tomo V, pág. 244.

¹¹ **Ibid.**

¹² Soto Álvarez, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil**, pág. 34.

- ❖ Constituye ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que esta asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado, que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad.
- ❖ Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero; solo la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular de la familia, esto no obsta, sin embargo, para que algunos cometidos del instituto singularmente en lo referente a la educación e instrucción, puede el padre encomendarla a un tercero, valiéndose para ello de auxiliares de cumplimiento, como por ejemplo entregar al hijo a un preceptor o a un internado, o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le de enseñanza de una profesión u oficio.
- ❖ Además es intransferible, no puede el padre transmitir a un tercero, en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos, solamente puede entrar en juego el Instituto de la adopción, en los términos con las condiciones y requisitos que se estudian al respecto.
- ❖ Finalmente, representa una obligación positiva de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad. No es factible, en efecto, asumir la patria potestad y mantenerse en una situación negativa, el Estado exige una actividad

reiterada de beneficio y sanción en los términos que exigen el cumplimiento por acción y también por omisión”.¹³

2.5 Formas de ejercicio de la patria potestad

De conformidad con la ley, las formas de ejercicio de la patria potestad, son:

- ❖ El ejercicio es conjunto entre el padre y la madre, con las variantes legales respecto a que si existe o no matrimonio.
- ❖ En el matrimonio la ejercen conjuntamente entre el padre y la madre, y en el caso de no existir matrimonio sino unión de hecho, por la madre o padre, es decir, en cuyo favor se encuentre la guarda y custodia el menor en referencia.
- ❖ Cuando existe pugna entre el padre y la madre, el juez competente
- ❖ tendrá que determinar a quien le corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo en cuestión.
- ❖ En el caso del hijo adoptivo, la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado.
- ❖ En el caso de la mujer soltera o separada, tiene preferencia en el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo, sin embargo, la ley permite que en caso de disputa, debe observarse siempre el interés superior del hijo siendo lo predominante en el momento de decidir.

¹³ Puig Peña, **Ob. Cit**; tomo V, pág. 244.

2.6 Derechos y obligaciones derivados de la patria potestad

Dentro de los derechos y obligaciones que se derivan del ejercicio de la patria potestad, se encuentran:

- ❖ Que los derechos y obligaciones en el ejercicio de la patria potestad para con los hijos, como obligación principal de los padres, es contribuir a su bienestar integral.
- ❖ Es obligación de ambos padres, cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no sean de matrimonio, tienen obligación de educarlos, corregirlos.
- ❖ Tiene derecho a representar al menor en todos los actos de su vida civil.
- ❖ Derecho a administrar los bienes del menor o incapacitado, y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.
- ❖ No tienen derecho a celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año sin autorización judicial, ni vender valores comerciales, bienes, industriales, títulos de rentas, acciones, bonos, frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta, ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona, si no se cuenta con la autorización judicial.

2.7 Separación de la patria potestad

La ley al respecto regula en el Artículo 269 del Código Civil: “Si el que ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o del Ministerio Público”.

La separación de la patria potestad, la puede pedir, la persona afectada, en éste caso, el padre o la madre quien no tiene el ejercicio de la patria potestad del menor en referencia, o bien la puede pedir, cualquier pariente dentro de los grados de ley.

2.8 Suspensión y pérdida de la patria potestad

Con respecto a la suspensión y pérdida de la patria potestad, ello implica para el padre o la madre que a través de una resolución judicial firme, sea determinado y que en el caso de la suspensión, esta puede ser recobable a través también de un procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil y en la Circular que ostenta la Ley de Tribunales de Familia, es decir, por medio del juicio oral o bien ordinario.

El Artículo 273 del Código Civil con respecto a la suspensión del ejercicio de la patria potestad, indica: “La patria potestad se suspende: 1º. Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; 2º. Por interdicción, declarada en la misma forma; 3º. Por ebriedad consuetudinaria, y 4º. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes”.

Respecto a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, el Artículo 274 del Código Civil indica: “ Pérdida. La patria potestad se pierde: 1º. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2º. Por dedicar a los hijos a la mendicidad o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3º. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4º. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y 5º. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad, cuando el hijo es adoptado por otra persona”.

Existe una diferencia legal en cuanto a la separación del ejercicio de la patria potestad y la suspensión de la misma. La separación se indica cuando se refiere en el caso de la mala administración de los bienes de los hijos, cuando éstos los posean a título propio, y que esa solicitud la puede hacer inclusive cualquiera de los parientes dentro de los grados de ley o bien la Procuraduría General de la

Nación, o cualquier persona, y se pueda atribuir a una denuncia en perjuicio de los menores de edad, entonces, podría decirse que la deba hacer cualquier persona que los conozca o que tenga interés legítimo en ello, como en el caso de los parientes.

En el caso de la suspensión, existen causales específicas en el Código Civil que así lo establecen y que son:

- ❖ Cuando existe una declaración judicial de que el padre o la madre se encuentren ausentes y así hayan sido declarados.
- ❖ Cuando uno de los padres, se encuentre en estado de interdicción, es decir, sin capacidad plena para el ejercicio de la patria potestad y las responsabilidades que ello implica para con los hijos, sin embargo, esta incapacidad o estado de interdicción, debe ser declarado judicialmente a través de una sentencia.
- ❖ En el caso de que cualquiera de los padres de los menores, ya sea el padre o la madre, se encuentren en situación de ebriedad consuetudinaria y que ello, también, tiene que ser probado judicialmente y declarado a través de una sentencia firme que así lo determine y que definitivamente, tendrá que tener el basamento legal de contar con pruebas de dictámen de expertos y documentales respecto a la ebriedad que ostenta cualquiera de los padres, y que ello repercute en perjuicio

respecto al ejercicio de la patria potestad que debe tener en pro de los hijos.

- ❖ En el caso de que cualquiera de los padres, tengan el hábito del juego de manera exagerada que ponga en peligro o en riesgo la administración y el ejercicio de las funciones que implica ostentan el ejercicio de la patria potestad frente a los hijos, así también, se debe la suspensión del ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los padres, usen indebidamente y de manera constante o exagerada que haga suponer el mal ejercicio de las funciones de la patria potestad respecto a sus hijos, cuando use drogas o estupefacientes, y ello, también debe ser declarado mediante un proceso judicial y a través de una sentencia firme, que tendrá como basamento las pruebas respectivas.

2.9 Reestablecimiento de la patria potestad

Como se había indicado, el reestablecimiento de la patria potestad, también se encuentra que sea recobrada por parte cualquiera de los padres que haya sido:

-Separado;

-Suspendido;

-Perdido el ejercicio de la patria potestad.

Ese procedimiento se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil y en la Ley de Tribunales de Familia. El Artículo 275 del Código Civil dice: “El que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacía sus hijos, que se establecen en el presente capítulo”. El Artículo 276 del mismo cuerpo legal indica: “Sólo podrán promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, los ascendientes del menor, sus parientes, colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público. El progenitor inocente y el Ministerio Público serán parte en el juicio en todos los casos”.

El Artículo 277 del Código Civil respecto al reestablecimiento indica: “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:

- ❖ Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos.
- ❖ Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º. Del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes.
- ❖ Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años, o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad

no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º. De este artículo.

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

CAPÍTULO III

3. Falta de Observancia del Principio de Igualdad en el Artículo 257 del Código Civil

3.1 Aspectos Considerativos

A través del desarrollo de la presente investigación, la autora ha querido establecer un estudio con un poco de mayor profundidad sobre el tema del ejercicio de la patria potestad por parte de los padres frente a los hijos.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece la obligación del Estado en protección de la familia, dentro de este tema, también, se encuentra la responsabilidad que adquieren los padres, cuando ya lo son respecto de los hijos y lo que sucede en la realidad social, económica y cultural guatemalteca.

Existe irresponsabilidad en el caso de los padres, y es así como se ha establecido que a través de la historia de la familia, en un alto porcentaje existe irresponsabilidad paternal.

Fue así, como a través de esa historia, surge el derecho infantil. El derecho infantil, constituye una forma de legislar, una legislación destinada a proteger los derechos del menor. En el marco de la ley, los niños están considerados bajo dos

aspectos: en cuanto individuos, siempre han gozado de una posición especial, en particular en lo relativo a lo que se les consiente hacer. Dentro de la familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran los padres (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos.

Existe dentro de la irresponsabilidad de los padres hacia los hijos, el hecho de que a través de las desintegraciones familiares, así como del apareamiento y aumento de madres solteras, no exista una relación familiar entre padres e hijos que permitan no llegar a esa irresponsabilidad. En la mayor parte de los sistemas legales desarrollados, los intereses del menor prevalecen sobre cualquier otra cuestión. La relación entre padres e hijos queda reflejada en el plano legal en la expresión 'responsabilidad de los padres' para con el hijo, responsabilidad que conlleva una serie de obligaciones, como la educación del hijo y la decisión de a qué escuela va, aunque el énfasis primordial recae sobre el deber de criar al niño. Esto amplía la postura legal anterior más elemental el deber que existe en derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño a todos los aspectos asociados a la condición de ser padres. Desde el momento en que los padres reconocen a su hijo, adquieren esta responsabilidad, y la seguirán teniendo aunque se divorcien o separen. En caso de conflicto, aunque no esté reconocida por la ley esta responsabilidad, se puede acudir a un tribunal para solicitar que se otorgue el reconocimiento. Si el hijo es ilegítimo, la responsabilidad corresponde sólo a la

madre, aunque el padre puede acudir a un tribunal para pedir que se le otorgue esta responsabilidad.

Los niños, son los mayormente perjudicados en el caso de las disputas constantes entre los padres. Este tipo de disputas surge cuando los padres comienzan a tener dificultades dentro de su relación. En tales casos los tribunales tienen el poder para determinar lo que sucederá con los hijos. Un principio importante, sin embargo, es que el tribunal no debe pronunciarse si es posible resolver la cuestión por medio de un acuerdo entre los padres, ya que se considera que esto es lo mejor para el niño.

En tales casos, la cláusula más importante es la de residencia, que determina dónde han de vivir los hijos. En la gran mayoría de los casos se concede a la madre, aunque algunos niños residan con el padre, siendo posible dividir la residencia entre ambas partes. Este tipo de cláusula suele venir acompañada de una cláusula de contacto, que permite que el progenitor que no vive con los niños pueda verlos de forma periódica y con regularidad.

Otras cláusulas hacen referencia a temas específicos y son utilizadas para resolver desacuerdos concretos, como el tipo de escuela a la que asistirá el niño. Las cláusulas de medidas prohibidas, que se utilizan casi siempre en los casos de mayor dificultad, pueden impedir que uno de los padres se lleve al niño al extranjero si existe el temor de que no tenga intención de regresar.

En todos los casos en que los niños sean parte implicada, el tribunal está obligado a considerar el bienestar del niño como primer elemento a tener en cuenta. En estos casos no se siguen las reglas estrictas de presentación de pruebas, tomándose en consideración cualquier factor relevante antes de adoptar una decisión.

Derivado de esas disputas y de conflictos familiares, que comúnmente suelen suceder entre el padre y la madre, o bien entre uno de éstos hacia terceros, cuando son madres solteras, por ejemplo, o bien cuando un padre ostenta la patria potestad de los hijos, cuando son solteros, surge entonces la protección de los menores y que esa situación llega a ser competencia o conocimiento de los tribunales respectivos a través de denuncias, demandas, etc. Una parte esencial de las leyes de protección al menor hace referencia a las competencias de que disponen las agencias estatales (por lo común los servicios locales de asuntos sociales o instituciones benéficas) para intervenir cuando se cree que los niños se encuentran en una situación de riesgo. Estas agencias corren el peligro, por una parte, de ser criticadas por no tomar ninguna medida que hubiera podido evitar daños graves al niño, o incluso su fallecimiento, y por otra, de ser acusadas de exceso de celo profesional al apartar a los niños de sus familias. Este segundo aspecto ha dado como resultado la restricción, en el derecho contemporáneo, de los amplios poderes discrecionales con que cuentan los asistentes sociales y la participación de los tribunales, en una etapa bastante temprana del problema, para dictar medidas que debían aplicar dichos asistentes.

La ley refuerza asimismo la política de los servicios sociales de intentar resolver los problemas sin romper la familia. Con este fin se utiliza por lo general la cláusula de supervisión, que proporciona una base formal a la labor del asistente social.

Los casos más serios pueden necesitar una cláusula de asistencia, que deja la responsabilidad de los padres en manos de la autoridad local, lo que conllevará que el niño sea apartado de su familia y enviado con otra. Si los problemas se resuelven el niño volverá con su familia, pero si no es así, se pedirá al tribunal que permita que el niño pueda ser dado en adopción, si es pequeño, o pueda ser ingresado en alguna institución de auxilio a la infancia hasta que alcance la mayoría de edad.

En los casos urgentes, el tribunal determinará una cláusula de protección de emergencia para posibilitar que el niño sea apartado de un entorno que se considera peligroso. El Artículo 166 del Código Civil al respecto indica: "Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de Trabajadores Sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos". En circunstancias extremas la policía puede ejercer este poder durante un corto periodo de tiempo antes de acudir al dictamen del tribunal. Lo anterior, es a

través de casos extremos de violencia intrafamiliar y en aplicación de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. El conocimiento reciente de la amplitud del abuso sexual infantil ha proporcionado especial trascendencia a estas decisiones. Este tema, es resuelto por jueces de menores, actualmente denominados Jueces de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia, y Adolescentes en conflicto con la ley penal. Lo que en muchas instancias se consideraba una injusta acusación de los padres, de acuerdo a lo establecido por el viejo sistema legal, ha desembocado en una mayor participación de los tribunales en el marco legislativo actual. El problema además empeora porque a menudo la única prueba para establecer que se trata de un caso de abuso la constituyen declaraciones efectuadas por niños muy pequeños.

En el tema de los alimentos, recientemente se ha producido un avance en el derecho estableciendo los mecanismos jurídicos, que garantizan que, en el caso de que los padres estén separados, el progenitor que no viva con el niño pague el costo de la manutención y educación del hijo, reemplazándose así los inadecuados métodos aplicados hasta entonces. Este nuevo régimen ha recibido numerosas críticas. Los padres o madres ausentes se quejan de que las cláusulas que se aplican imponen exigencias que son desproporcionadas y onerosas, sobre todo para aquéllos que tienen ya una segunda familia.

Por ello, y debido a la preocupación de los Estados a nivel mundial de la problemática de los menores, es que en el año de 1989 la Asamblea General de la

Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños deberían tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor. La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión. La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos, a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor.

Esta legislación internacional tiene aplicación directa en las legislaciones internas de los Estados partes, y por lo tanto constituye de aplicación en el caso concreto por parte de los jueces respectivos.

3.2 Representación de bienes de menores de edad

La representación de bienes de menores de edad, es una facultad que tienen los padres, y en quienes la ley les haya encomendado el ejercicio de la patria potestad.

Es así como en el caso de que quien represente al menor y represente sus bienes, en caso de contraer nuevas nupcias o nupcias, por ejemplo, tiene la obligación de rendir cuentas y de que en caso de continuar con el ejercicio de la patria potestad, tiene la obligación de prestar garantía respecto a esos bienes, y no pueden ser considerados dentro del haber de acuerdo al régimen económico en que contraiga nupcias, por esa misma circunstancia.

Cuando el menor es representado, también, quien lo representa es el encargado de administrar esos bienes, y que tiene prohibición de vender, salvo que inicie diligencias de utilidad y necesidad.

El problema, tal como se ha presentado en el este estudio, radica en el hecho de que esa representación la ejerza **el padre del padre menor de edad con respecto a los hijos del padre menor de edad**, toda vez, que de conformidad con el análisis que se hará más adelante, existe violación al principio de igualdad, respecto a la norma contenida en el artículo 257 del Código Civil, respecto a que porque esa representación del menor de edad, en caso de la administración de los bienes no es con respecto al **padre de la madre menor de edad y que tiene a sus hijos respecto a la representación de éstos últimos.**

3.3 Capacidad relativa de los menores de edad

La minoría de edad, es una situación en la que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad. El menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada, pues aunque hay actos que la ley puede permitirle celebrar por sí sólo (por ejemplo, otorgar testamento a partir de una determinada edad), la regla general es que el menor de edad se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto la guarda de un tutor. Unos u otro le representarán para todos los actos que la ley no le permite llevar a cabo por sí mismo.

A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras (que no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición), ejercitar derechos de la personalidad (firmar una obra literaria o una partitura musical de las que sea autor), adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos. En no pocos supuestos de crisis matrimonial de sus padres, la situación de persona necesitada de una especial protección da derecho al menor a ser oído en las cuestiones que le puedan afectar. Bastantes legislaciones le permiten también otorgar testamento o contraer matrimonio a partir de una determinada edad (o hacerlo si se les dispensa el impedimento de edad por la autoridad competente), ser testigos en un contrato o administrar los bienes que adquieran con su trabajo o industria.

Los actos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el derecho.

El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo (por ejemplo, vender un bien inmueble).

Desde el punto de vista político, en las monarquías, cuando fallece el rey y su sucesor es aún menor, se articula la institución de la Regencia, al tiempo que se provee el sistema de tutela del rey menor de edad.”¹⁴.

3.4 Principio de igualdad

El principio de igualdad, la autora ha querido establecerlo desde el punto de vista de un trato desigual a iguales, en relación al ejercicio de la patria potestad frente a los hijos, de los padres, y enfocándolo fundamentalmente dentro del matrimonio.

¹⁴ Díez Picazo, Luis Antonio. **Sistema de derecho de familia**, pág. 33.

El matrimonio como lo dice el Diccionario es “la unión que se establece entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad.

Son caracteres del matrimonio según la concepción corriente en los países civilizados: a) constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos si los hubiere, y b) resultar de un acto jurídico bilateral celebrado en un concreto momento: la boda. Este acto se halla regulado, con carácter solemne, por la ley como creador exclusivo del vínculo reconocido por el Estado.

Hay en la disciplina del matrimonio, muy influida por el aporte del cristianismo a la cultura jurídica, un doble aspecto: el de la celebración como acto (intercambio de consentimientos en forma legal) por causa del cual nace el estado de cónyuge; y el del estado civil creado, situación de duración indefinida producida por la manifestación de tal voluntad.

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

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

El matrimonio requiere aptitud nupcial absoluta y relativa, cada contrayente debe ser apto para casarse y debe poder casarse con la otra parte. En el primer aspecto exige ser mayor de edad y tener libertad para casarse. En este caso, también existen excepciones, tal y como lo regula el Artículo 81 del Código Civil que dice: “Aptitud para contraer matrimonio. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo, el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes”. Y ello se refiere a la autorización de los padres.

A fin de acreditar que reúnen las condiciones para el matrimonio los contrayentes deben instar ante el juzgado u autoridad eclesiástica reconocida, en los sistemas en que se aceptan varias formas de celebración con eficacia civil, con jurisdicción a este efecto, la formación del expediente que proceda, en el curso del cual se publica su intención de casarse.

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

por medio de un representante (matrimonio 'por poder') pero siempre que el poder se otorgue para contraer con persona concreta, de modo que el representante se limita a ser portavoz de una voluntad ajena plenamente formada.

Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración; sin embargo, para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil, sea la practicada por el juez en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: el acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos,

aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

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

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

En el caso del matrimonio autorizado a menores de edad, el problema radica en el caso de la legislación civil guatemalteca, cuando se generan conflictos entre ambos y no tienen capacidad legal para actuar dentro del mundo de lo jurídico con

respecto a los hijos, y éstos padres menores de edad lo hacen a través de los padres de éstos.

3.4.1 Falta de Observancia del Principio de Igualdad conforme lo regula el Artículo 257 del Código Civil

En el matrimonio existe igualdad de condiciones y derechos y obligaciones respecto a los cónyuges, podría decirse que independientemente si éstos sean o no menores de edad.

El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el principio de igualdad, e indica que todos los habitantes de la república de Guatemala, son iguales en derechos y obligaciones. En el caso del matrimonio de menores de edad, no sería la excepción y con respecto al ejercicio de la administración de los bienes de los menores y todo lo que ello, implica existe desigualdad con el trato a situaciones similares, respecto al **padre menor de edad, con respecto a la madre menor de edad, frente al ejercicio de la patria potestad de éstos recaída en los padres de los mismos.**

3.5 Necesidad de su adecuación Jurídica Legal a través de su reforma

El Artículo 257 del Código Civil textualmente dice: "Si los padres fueren menores

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

Este artículo tiene incidencia dentro de las facultades que tienen los padres en el ejercicio de la patria potestad con relación a los hijos.

El padre menor de edad, que es padre, el ejercicio de la patria potestad, pese a que es esposo, no lo ostenta completamente respecto a sus hijos, sino que actúa a través de su padre. El Artículo citado violenta el principio de igualdad constitucionalmente establecido, toda vez, que le da preferencia al padre del padre, en el ejercicio de la patria potestad, con relación a la administración de los bienes de los hijos y por consiguiente cualquier otra circunstancia que se genere, como por ejemplo, el ejercicio de la guarda y custodia, los alimentos, la tutela, la administración de bienes, etc. Lo cual es contrario a los derechos que puede ostentar la madre menor de edad, con respecto a sus hijos y en el ejercicio de la patria potestad de ésta por parte de sus padres.

3.6 Repercusiones actuales

3.6.1 Legales

Las repercusiones legales, estriban en que esta norma no es congruente con el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala y las demás

normas ordinarias contenidas en el Código Civil con respecto a la igualdad de derechos en el matrimonio, y la igualdad y derechos en la unión de hecho con respecto a los cónyuges o convivientes cuando fueren menores de edad, y el conflicto que se genera dentro de la práctica con relación a los padres del padre y los padres de la madre.

1.0.0 Familiares

Dentro de la cultura de la sociedad guatemalteca, principalmente en la familia tradicional, se generan derechos y obligaciones no solo para los cónyuges sino para los padres de éstos, en el caso de que los cónyuges fueran mayores de edad, lo cual se evidencia en la práctica, de la constante intervención de los padres de los esposos mayores de edad, en el tema del cuidado, tratamiento y protección que ameritan los nietos, y que ello se agudiza aún más cuando se generan conflictos propiamente conyugales entre éstos, que trascienden a lo legal, así también, conviene analizar el hecho de que cuando contraen matrimonio o cuando conviven maritalmente dos personas en unión de hecho, se unen dos formas de vida, dos tipos de cultura dentro de una cultura general guatemalteca, que puede tener repercusiones en cuanto a su desenvolvimiento.

En cuanto al cuidado y protección de los hijos, la aplicación de disciplina, la responsabilidad que el cuidado y disciplina implica de los padres hacía los hijos, se agudiza aún más una posible problemática, cuando los padres de los hijos, son

menores de edad, porque el interés directo y la intervención directa de los padres de los esposos o convivientes, es más afin a decidir sobre el matrimonio en cuestión y consecuentemente sobre los hijos de éstos, lo cual podría desembocar en problemas entre familias de los convivientes o cónyuges menores de edad.

2.0.0 Vicios por la falta de observancia del principio de igualdad

Lo que sucede en la realidad de la familia guatemalteca, con la intervención que tienen las respectivas familias de los convivientes o cónyuges menores de edad, es quien puede más, y con quien quedan los hijos con respecto a los conflictos que deben ser dilucidados ante un tribunal de familia.

Por ello, tiene repercusiones relativas al género, y que para la sociedad guatemalteca, que tradicionalmente se ha denominado machista, el progreso en esta materia para equiparar la oportunidad en un plano de igualdad entre el hombre y la mujer difieren mucho del aspecto legal y es así como en esta materia tiene gran incidencia el contenido e interpretación que se deduce del Artículo 257 del Código Civil, que si bien es norma vigente, no positiva, porque pese a que la administración de los bienes incluyendo lo que respecta al ejercicio de la guarda y custodia, siempre lo ostenta la mujer y ello se regula en el Artículo 261 del Código Civil que dice: “Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento para su

educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el Artículo 166. En todo caso, el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrarlo en la patria potestad al que la ejerza especialmente”.

Con lo anterior, se desvanece lo establecido en el Artículo 257 del Código Civil en parte, porque cuando se trata de manera formal del ejercicio de la patria potestad, y en el caso de la administración de los bienes de menores, si es aplicable dicha norma, lo cual como se dijo, no es congruente con la realidad y con los aspectos fundamentales que inspiran el principio de igualdad.

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado en el ejercicio de la patria potestad y lo relativo al principio de igualdad en el caso de que ambos padres sean menores de edad

4.1 Legislación española

Respecto al ejercicio de la patria potestad, y la relación entre padres e hijos, generadora de recíprocos derechos y deberes, concebidos siempre en función del amparo de los hijos».

En sus orígenes, la patria potestad no expresa otra cosa que la soberanía del jefe de familia respecto de los hijos sometidos, que subsiste por mucho tiempo luego incluso de la aparición del Estado (civitas), si bien la evolución hace que, lentamente, vaya perdiendo energía en beneficio del hijo, hasta llegar a los momentos actuales, que conciben la potestad patria como función en beneficio de la descendencia y no como derecho del padre. Hoy es normal y admitido fijar a la patria potestad las características siguientes:

- ❖ Constituye, ante todo, un deber u obligación que no puede excusarse, debiendo realizarse personalmente.
- ❖ Tiene carácter inalienable, no siendo eficaz contra ella otro instituto que el de la adopción.

- ❖ Representa un deber positivo de tracto continuo, que exige y requiere un despliegue eficaz y constante de una conducta que llene el cometido de la patria potestad.

Corresponde la potestad patria a ambos padres conjuntamente, para actuarla respecto de los hijos no emancipados (excepto que se les haya suspendido o privado -Arts. 154 y 156 C.C.-), salvo que, por circunstancias especiales, la actúe o pueda actuarla uno solo de aquéllos (Art. 156 y concordantes, C.C.). A estas diversas situaciones se refiere el Artículo 156 C.C., que permite diferenciar un ejercicio conjunto, un ejercicio por uno de los padres con consentimiento del otro y un ejercicio por uno de los padres, por defecto, ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro, esto es, un ejercicio unilateral.

En las situaciones de ejercicio conjunto, se previene la actuación unilateral por uno de los padres (Art. 156 párrafo 1, proposición última, C.C.) ajustada al uso social o a las circunstancias o situaciones de urgencia, entendiéndose, respecto de terceros, que el actor interviene siempre con consentimiento del otro padre (Art. 156, párrafo 3).

El ámbito de la potestad patria queda fijado en el Artículo 154 C.C., conforme al cual, los padres deben velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarles y administrar sus bienes; todo ello oyendo a los interesados, si tuvieran suficiente

juicio. Asimismo, pueden corregir moderadamente a los mismos, pudiendo recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de aquella potestad.

Por su parte, el hijo debe obedecer a los padres mientras permanezca bajo su potestad, respetándoles siempre, y contribuir equitativamente, y según las posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares, en tanto conviva con ellos (Art. 155 C.C.).

El carácter personal del ejercicio de la patria potestad queda resaltado por el Artículo 157 C.C., por cuanto incluso si el padre es menor de edad, a él le corresponde dicho ejercicio, con asistencia de sus propios padres, tutor o juez, según casos.

Asimismo, el carácter de función en beneficio del hijo se destaca en el Artículo 158 C.C., que regula la intervención judicial, a instancias del hijo, pariente o del Ministerio Fiscal, para dictar medidas cautelares que aseguren la prestación de alimentos, si los padres la incumpliesen; prevenir las perturbaciones dañosas al hijo por cambios en la titularidad de la patria potestad y, en general, respecto de todo lo que considere oportuno para evitarle perjuicios al menor.

Los padres son, inicialmente, los representantes legales de los hijos (Art. 162 C.C.), representación que se extiende a todas las esferas, excepto: 1) respecto de actos relativos a derechos de la personalidad del hijo y otros que pueda él realizar

por sus condiciones de madurez; 2) cuando exista conflicto de intereses entre padres e hijo; 3) los bienes que estén excluidos de la administración de los padres (a los que luego nos referiremos).

En las situaciones de incompatibilidad, el Artículo 163 previene el nombramiento de un defensor judicial, para intervenir caso por caso y no de manera general, siempre que el conflicto surgiese entre ambos padres y el hijo; en otro caso, actúa la patria potestad el padre excluido de dicha contradicción.

Respecto de sus facultades patrimoniales, los padres son administradores de los bienes de sus hijos, excepto: 1) respecto de los bienes adquiridos por título gratuito, si el disponente lo hubiese así ordenado; 2) respecto de los adquiridos por sucesión en que el padre o la madre, o ambos hubiesen sido legalmente desheredados, o por indignidad; 3) respecto de los adquiridos por el hijo por su trabajo o industria, que solamente están sometidos al consentimiento paterno si el hijo, mayor de dieciséis años, pretendiese realizar actos de administración extraordinaria (Art. 164).

En todo caso, pertenecen al hijo los frutos de los bienes, así como el producto de su trabajo o industria (Art. 165, párrafo 1 C.C.), aunque, si los padres, o el que actúe de guardador, destinase tales frutos al levantamiento de las cargas familiares, no vienen entonces obligados a rendir cuentas de lo así consumido por tales atenciones (Art. 165, párrafo 2 C.C.).

En cuanto representantes, carecen los padres, sin embargo, de facultades absolutas. En concreto, no pueden renunciar los derechos de los hijos, ni gravar o enajenar bienes inmuebles ni establecimientos mercantiles, industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (salvo la suscripción preferente de acciones concebidas como derecho), sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, previa autorización del juez con audiencia del ministerio fiscal (Art. 166 C.C.). Igualmente deben recabar los padres autorización judicial para repudiar herencias o legados, entendiéndose aceptada la herencia -si el juez negase aquella posibilidad a los padres, a beneficio de inventario.

La privación de la patria potestad, así como su exclusión, suspenden las facultades de los padres respecto del hijo, no así sus deberes. La exclusión puede operar cuando el progenitor haya sido condenado por sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación; o por haberse determinado la filiación contra la oposición del o de los padres (Art. 111 C.C.). La privación se produce por sentencia firme dictada en proceso al respecto al incumplirse gravemente los deberes inherentes a la patria potestad; por sentencia caída en pleito matrimonial sobre nulidad, separación y divorcio (Art. 92, etc. C.C.), bien en todo o en parte (Art. 170 C.C.); pudiendo, así mismo recuperarse, por decisión judicial en beneficio del hijo, cuando hubiere cesado la causa que la motivó (Art. 170 C.C.).

En todo caso, se extingue la patria potestad: a) por muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; b) por la emancipación de éste; c) por la adopción del hijo, que no es realmente supuesto de extinción, sino de transferencia de la potestad del padre o madre actuales al o a los adoptivos.

Sin embargo, cuando el hijo hubiere sido incapacitado judicialmente, la patria potestad se entiende prorrogada ope legis al llegar el hijo a la mayoría de edad, subsistiendo la misma en lugar de la tutela (Art. 171 C.C.) (V. persona; adopción; desheredación del legitimario; filiación; minoría de edad; tutela; apartado de la emancipación en la voz edad; curatela; capacidad de obrar de la persona individual).¹⁵

¹⁵Garrido de Palma, Vinicio. **Derecho de familia español**, pág. 333.

CONCLUSIONES

1. Que el derecho de familia conforma un conjunto de normas jurídicas, legales, principios, instituciones, que tiene como fin la intervención del Estado para resguardar la protección de la familia y de la parte más débil en las relaciones familiares, a través de la resolución de las controversias que surjan dentro de los miembros de un mismo grupo familiar.
2. Que la patria potestad, es una facultad legal que la ley le otorga al padre y a la madre, conjuntamente o separadamente, en protección y resguardo de los hijos menores de edad.
3. Que el ejercicio de la patria potestad, puede separarse al padre o la madre de los hijos, también, puede suspenderse y perderse; sin embargo, la ley, salvo las circunstancias señaladas, permite que cualquiera de los padres que haya sido separado, suspendido o perdido el ejercicio de la patria potestad con relación a sus hijos logre restablecerla.
4. Que el principio de igualdad aplicado al derecho matrimonial en relación a los hijos, determina que tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos y obligaciones con respecto a los hijos.

5. Que de conformidad con la lectura e interpretación del Artículo 257 del Código Civil, existe una violación al principio de igualdad, respecto a los padres que ejercen la patria potestad de los hijos, siendo éstos menores de edad, y con relación al ejercicio de la administración de los bienes, le da preferencia a los padres del padre y no a los padres de la madre.

RECOMENDACIÓN

En vista de que la normativa que regula lo relativo a la administración de los bienes de los hijos menores de edad, que tienen padres menores de edad, no debe ser exclusiva de los padres de éste, porque estaría violentando el principio de igualdad en el matrimonio o en la convivencia dentro de la unión de hecho, respecto a los padres de la madre de los hijos menores de edad, de quienes se pretende administrar sus bienes, se hace necesario su reforma; pese a que la norma puede ser vigente y no positiva por lo que establece al respecto el Artículo 261 del mismo cuerpo legal, la misma debe ser reformada, para que en el caso de existir un conflicto respecto a la administración de los bienes, en este caso de los nietos, no pueda trasgredir otras normas relacionadas a los derechos en igualdad de condiciones que tienen los padres, cuando son menores de edad.

Por lo que la norma deberá quedar de la siguiente manera:

“Artículo 257. Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercida por la persona que ostente el ejercicio de la guarda y custodia sobre el menor en cuestión, en relación a los padres de éste o ésta.”

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 2t.; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 1981.

ALONSO PÉREZ, Mariano. **El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad**. Revista de derecho privado. (s.l.i.), (s.e.), 1973

ALVAREZ MORALES de FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia, en la ciudad capital**. Tesis de graduación. Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Tesis de Grado Académico. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala : Imprenta Zeta, 1970.

BRAÑAS, Alfonso. Manual de derecho civil. Nociones generales de las personas, de la familia. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Editorial Universitaria, 1973.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral**. Derecho de familia, relaciones conyugales. 9ª. ed.; Madrid: Ed. Reus, 1976.

CASTÁN VÁZQUEZ, José. **La patria potestad**. Madrid: (s.e.), 1960.

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Valencia Juan Mariana y Sanz, (s.l.i.), (s.e.), 1868.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. ed.; (s.l.i.) Edit. Porrúa, (s.f.).

DIEZ PICAZO, Luis Antonio Gullón. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. 3ª. ed.; Madrid, España: Ed. Tecnos, 1983.

GARRIDO DE PALMA, Juan. **Derecho de la familia**. Trivium, (s.l.i.), (s.e.), 1993.

GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problema del divorcio temporal ante la Legislación Civil**. Valladolid, Colegio Santiago, España: Ed. Vilamala, 1924.

GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 1t.; 3ª. ed.; 2ª. Reimpresión; 1989.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco. **Sobre la figura del defensor de menores**. Revista

de derecho privado. (s.l.i), (s.e.), 1961.

La llamada patria potestad de hecho. Revista de derecho privado. (s.l.i.), (s.e.), 1978.

La patria potestad compartida en el Código Civil Español. Madrid: (s.e.), 1986.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio. Revista de derecho privado. (s.l.i.), (s.e.), 1977.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo. **El deber de representación en la patria potestad.** Revista de derecho privado. (s.l.i), (s.e.), 1979.

MASCAREÑAS PÉREZ, Iñigo. **El delito de incumplimiento de la obligación alimenticia con respecto de los hijos menores.** Revista Der. Prtño., XXII. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica.** Tesis profesional, Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1970.

PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil, la Familia: matrimonio divorcio, filiación, patria, tutela.** (s.l.i.) Ed. Bosch, 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español, familia y sucesiones.** 5t.; Pamplona, España: Ed. Arazandi, 1974.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico practico del contrato del matrimonio de de la compraventa.** Madrid, España Moderna, (s.e.), (s.f.).

ROGEL VIDE, Carlos. **La guarda de hecho.** Madrid: (s.e.), 1986.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil.** Introducción, personas y familia. 1 vol.; México, I. D.F.: Ed. Porrúa S. A., 1978.

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

URIBE SORRIBES, Antonio. **La representación de los hijos.** A.A.M.N., XXV. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español.** Derecho de familia,

parte especial. 4t.; Madrid: Talleres tipográficos, 1975.

VARGAS ORTIZ, AnaMaria. **Breve comentario sobre el decreto ley 106.** Folleto. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil y sus Reformas. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto 107, 1963.

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto 102, 1964.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, 1969.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Asamblea General, resolución 44/25 emitida el 20 de noviembre de 1989.

Instructivo para los Tribunales de Familia. Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, 1964.