

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia



**La igualdad de derechos para ejercer la patria potestad en
Guatemala y en el derecho comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Luis Fernando Velásquez López

Guatemala, octubre 2019

**La igualdad de derechos para ejercer la patria potestad en
Guatemala y en el derecho comparado**

(Tesis de Licenciatura)

Luis Fernando Velásquez López

Guatemala, octubre 2019

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1o, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Luis Fernando Velásquez López** elaboró la presente tesis, titulada **La Igualdad de derechos para ejercer la patria potestad en Guatemala y en el Derecho Comparado.**

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica	Dra. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cobar
Secretario General	EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Vice Decana	M. Sc. Andrea Torres Hidalgo
Director de Carrera	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Coordinador de Sedes	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador de Postgrados y Programa de Equivalencias Integrales	M.A. José Luis Samayoa Palacios
Coordinadora de Procesos académicos	Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diecinueve de enero de dos mil diecinueve. -----
En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LA IGUALDAD DE DERECHOS PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD EN GUATEMALA Y EN EL DERECHO COMPARADO**, presentado por **LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ LÓPEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al **LIC. EDGAR AROLDO HICHOS FLORES**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Substantivum est adhibere adhibere"

Zacapa, 30 de julio de 2019.

Señores Miembros

Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Universidad Panamericana

Presente

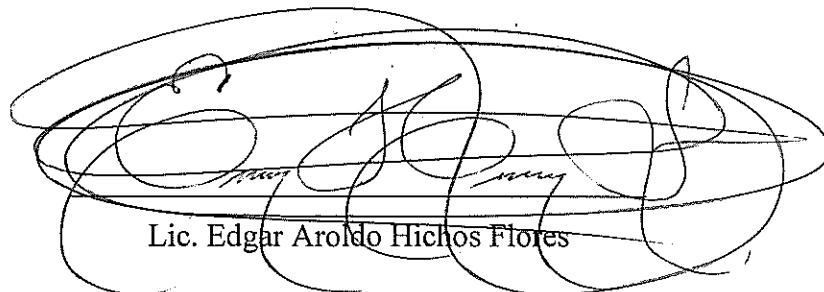
Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como tutor del estudiante Luis Fernando Velásquez López, carné 2018 03 128. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada **La igualdad de la patria potestad en Guatemala y en el derecho comparado**.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con los trámites de rigor.


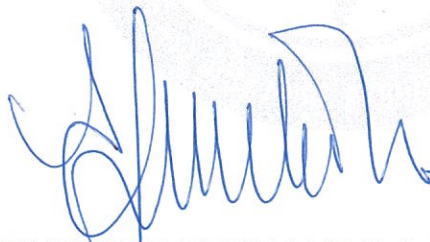
Atentamente,



Lic. Edgar Aroldo Hichos Flores

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, seis de agosto de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LA IGUALDAD DE DERECHOS PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD EN GUATEMALA Y EN EL DERECHO COMPARADO**, presentado por **LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ LÓPEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **LL.M. INGRID MARIE VERDÍN MANSILLA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Guatemala, 14 de octubre de 2019

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

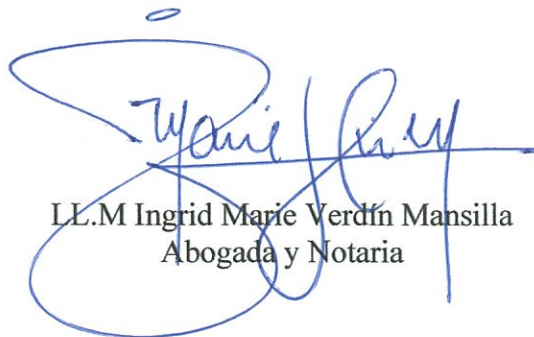
Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **revisor** de la tesis del estudiante **LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ LÓPEZ**, carné 201803128, titulada “La igualdad de derechos para ejercer la patria potestad en Guatemala y en el derecho comparado”.

Al respecto me permito manifestarles que, la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,



LL.M Ingrid Marie Verdín Mansilla
Abogada y Notaria

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ LÓPEZ**

Título de la tesis: **LA IGUALDAD DE DERECHOS PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD EN GUATEMALA Y EN EL DERECHO COMPARADO**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 28 de octubre de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



En la ciudad de Guastatoya, el día once de octubre del año dos mil diecinueve, siendo las diez horas en punto, yo, **CLAUDIO PAHOLO ALVAREZ MORALES**, Notario; me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guion cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por el señor **LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ LÓPEZ** de treinta y seis años de edad, soltero, Guatemalteco, Asesor de Ventas, de este domicilio, me identifico con Documento personal de identificación, (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil trescientos quince, sesenta y ocho mil cero cero dos, cero ciento uno (2315 68002 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala (RENAP). El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ LÓPEZ**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: **“LA IGUALDAD DE DERECHOS PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD EN GUATEMALA Y EN EL DERECHO COMPARADO”**; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa

en ambos lados, que numero, sello y firma, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie A cero y número cero novecientos dos mil ciento ochenta y ocho y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número cinco millones sesenta mil seiscientos noventa. Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma ante el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-)



ANTE MÍ:



Lic. Claudio Pabolo Alvarez Morales
ABOGADO Y NOTARIO

Dedicatoria

A Dios

Por ser la piedra angular de todo en mi existencia, acompañarme en este largo camino y permitirme lograr esta meta tan importante la cual sin su ayuda sería imposible, por darme la sabiduría y las fuerzas necesarias, pidiendo que en cada paso estés a mi lado, me ayudes a seguir tus pasos y actuar conforme a tus enseñanzas.

En honra a mi madre

Rosenda Velasquez López, quien me alienta, me acompaña y es la razón principal de todo, a quien dedico mi esfuerzo.

A mi amada esposa

Por su Amor y apoyo incondicional, ser mi inspiración, mi compañía, ser la motivadora que necesitaba para terminar esta fase de mi vida.

A mis hijos

Justin Mahonry, Amy Lynn Nicole, Ian Fernando Jacob, por que su existencia me inspira y es mi motivación para continuar y ser mejor cada día.

A mis hermanos

Alejandra Velasquez, Cristopher Iván Velasquez, Walter Ulises Velasquez, por tanto, apoyo incondicional y darme el aliento que necesito en todo momento.

A mi familia en general

Con mucho cariño y agradecimiento por acompañarme en cada paso, Tíos, Suegros, Cuñadas, Sobrinos, primas y primos y amigos en general.

A Universidad
Panamericana

Gracias por contribuir y permitir alcanzar mis metas.

A MI QUERIDA GUATEMALA

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Guardia, custodia y patria potestad	1
Definición	1
Antecedentes	5
Características de la patria potestad	7
Titularidad de la patria potestad	9
Tiempo y Convivencia	12
Extinción de la patria potestad	17
Derecho comparado sobre la patria potestad	24
Legislación en Costa Rica	24
Legislación en Argentina	31
Legislación en España	37
Aportes de beneficio a la legislación de Guatemala	43

Igualdad en el derecho de ejercer la patria potestad	43
Comparación entre Guatemala, Costa Rica, Argentina y España	48
Análisis de sentencias con relación a la patria potestad	54
Conclusiones	59
Referencias	61

Resumen

La legislación guatemalteca contempla la institución de la patria potestad, con el fin de velar por los derechos de los hijos menores de edad, regulaban así el caso en el que los progenitores se separen o divorcien y fuera necesario nombrar un titular para que ejerza la custodia principal del hijo menor de edad. En consecuencia de la fijación de la patria potestad se presenta como, problemática la desigualdad de derechos de los padres para ejercerla. En virtud, que la jurisdicción civil concedió como orden de prioridad a la madre en relación al padre sin que se tomara en cuenta la capacidad de ambos padres.

Se elaboró una comparación entre la legislación de Guatemala, Costa Rica, Argentina y España, en el caso en que la custodia se le otorgaba a uno de los progenitores, a un familiar o una institución estatal. En lo que concordaban todos los países, así como, quien la otorgaría sería un juez competente, tomando en cuenta el bienestar psicológico y físico del hijo, intentando asegurar el resguardo del hijo y de los bienes que pueda tener. El estado de Guatemala, toma en consideración la protección de la familia como génesis de la sociedad, para resolver las disputas en cuanto al ejercicio de la custodia.

La institución de la patria potestad apareció con la finalidad de que se protegiera a los hijos menores de edad y que quedara como titular de esta la misma persona que tuviera la custodia, en comparación con otros países, se fijaba esta en beneficio del hijo y sin que uno de los padres tuviera preeminencia en cuanto al otro, si no quien demostrare que podía darle al menor hijo una calidad de vida y bienestar emocional más saludable, fijada a uno de los progenitores con la ayuda y asistencia del otro, apareciendo el régimen de visitas siempre en beneficio del menor.

Palabras clave

Guardia y custodia. Derecho Comparado. Patria potestad. Progenitor. Igualdad.

Introducción

El bienestar y el desarrollo íntegro de la familia en la sociedad es uno de los fines primordiales del Estado de Guatemala. En relación al enfoque de esta investigación, se toma como punto de partida la institución de la patria potestad, ya que el Estado tiene como fin principal garantizar los derechos de los niños menores de edad, de manera que para proteger a los niños y sus bienes, por medio de un procedimiento legal buscando que esta sea nombrada por un juez competente, quien en algunos casos toma como prioridad a la madre para que esta sea la titular, entrando en el problema del cual se analiza, ya que se determinara si hay desigualdad entre los padres frente a los jueces para otorgarle prioridad a la madre sin elaborar un análisis en cuanto, a quien de los dos es el más competente y adecuado para ser el titular custodio del menor de edad.

La presente investigación, se enfocará en aquellos casos en los que el padre sea quien le ofrece una mayor estabilidad, ya sea emocional o económica o, en general, que ofrezca un mejor desarrollo íntegro al menor de edad. El presente trabajo, analizará los casos en los que la jurisprudencia ha otorgado la custodia con prioridad a la madre, para un mejor análisis de la institución, se analizarán también la legislación de Costa Rica, Argentina y España. Se procederá a establecer cuáles son los parámetros que tienen en cuenta los jueces para determinar la preferencia

para otorgar la patria potestad a un padre o al otro. El presente trabajo, tiene como objeto establecer, requisitos que deben cumplir los padres para solicitar la custodia con arreglo al principio de igualdad.

El presente trabajo busca que se analicen los criterios jurisdiccionales en cuanto a la custodia, tomando como referencia la igualdad de los derechos que poseen los padres, utilizando el derecho comparado y sus similitudes y diferencias en su aplicación por la práctica tribunalista. Así como, examinar la unificación de criterios para que se otorgue la custodia, derivado de la igualdad para su otorgamiento y por ultimo utilizar las sentencias dictadas con preminencia a la madre y a lo establecido que los niños deben de ser cuidados por sus padres y con igualdad de derechos ante ellos comparándolas con las dictadas en Guatemala.

Para este análisis y para poder llegar a la conclusión del problema se utilizara el método de investigación, demostrativo, expositivo y analítico por medio de la investigación de las diferentes figuras y como son contempladas en a la legislación de Costa Rica, Argentina y España, analizándolas y comparándolas con la de Guatemala, yendo siempre de lo general hasta lo particular, llegando de esta forma por medio de documentos y fichajes sobre el tema, por medio del método documental y de fichaje.

En el título primero se abordan los temas como la guardia y custodia para poner en contexto al lector respecto de las instituciones que se utilizarán y su regulación en la legislación guatemalteca, que en relación y comparación con otras legislaciones de Costa Rica, Argentina y España, con términos similares y sobre la patria potestad que se puede ejercer por ambos padres y siendo titular de la custodia únicamente uno de ellos. Así como los antecedentes y las características de estas, utilizando para este análisis el derecho comparado entre Guatemala, Costa Rica, Argentina y España, finalizando con los aportes a la legislación nacional, utilizando como punto de comparación la legislación de los países mencionados.

Se analizará la igualdad de los derechos de los padres en cuanto al otorgamiento de la patria potestad y la titularidad de la custodia del hijo menor, ejerciéndola de manera conjunta ambos padres, pero teniendo la custodia solamente uno de ellos, comparando la forma en la que se les da en los otros países y como se da en Guatemala, utilizando las diferentes sentencias dictadas, comparándolas con las dictadas dentro de la legislación guatemalteca.

La Igualdad de derechos para ejercer la patria potestad en Guatemala y en el Derecho Comparado

Guarda, custodia y patria potestad

Guarda y custodia

Se entiende que la guarda del menor así como su custodia, Vladimir Osman lo define “una institución fundamental que forma parte del derecho de familia... como acto solemne por medio del cual se constituye la unidad de vida de un hombre y una mujer de forma legal con el propósito de permanecer juntos...” (Vladimir Guerra, 2005, p. 55) se derivan de la fijación del titular de la patria potestad y de quienes tengan, ya sea de manera conjunta o individual a cargo del menor y los cuidados del mismo debiendo proteger y buscar el bienestar de este, velando por su desarrollo, quien vive con el menor hijo dentro del mismo hogar y sobre el que pesa la obligación del cuidado y resguardo por lo que se fija por medio de un proceso como resultado de un sentencia pronunciada por el juez.

La patria potestad puede ser compartida por los progenitores, así como los tiempos de convivencia con el menor, la persona que tiene convivencia dentro de un hogar con el menor es quien tiene la custodia del mismo que sí bien es necesario que para los asuntos de trascendencia deba de tener la

autorización de ambos padres, solo uno de ellos tiene la custodia y, como consecuencia, la guarda del menor.

Teniendo derecho a la guarda y custodia como prioridad los padres ya que nace del parentesco de descendencia con el hijo, siendo el ideal que uno de ellos la ejerza, en los casos en los que el juez resuelva que no son apropiados para tenerla por haber realizado conductas que atenten contra el interés del niño, porque hayan muerto o que por cualquier razón le sea expuesto al juez que no puede cuidarlo, se le concede a los familiares iniciando con los abuelos, hermanos mayores de edad, tíos o el familiar que sea más cercano en línea directa, si no se encuentra un familiar del menor se da el caso que la custodia y la guarda quede a cargo de una institución pública, debiendo ser esta la última opción ya que el menor no cuenta con ninguna red de apoyo familiar que asuma los cuidados y atención que necesita.

Entiéndase por guarda y custodia cuando se vive, cuida y se asiste a los hijos por los padres que convivan con estos dentro de un mismo hogar y pudiendo ser está totalmente independiente de la patria potestad ya que esta puede darse de manera compartida, entregársele a un solo de los cónyuges, compartida por ambos progenitores o si se da el caso que sea dada a una tercera persona por la imposibilidad de ambos padres, dándoles derecho a quien no la ejerza de visitarlo con horarios previamente

establecidos por un juez ya sea de mutuo acuerdo o por la fijación que este haga en base a los presupuesto que se le presenten y con el fin del resguardo del menor buscando que esté no se vea afectado por consecuencia de esta fijación.

Patria potestad

La patria potestad según el Decreto Ley 106, Código Civil en su artículo 288 establece “conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” como una institución jurídica; deviene del resguardo que los padres deben a los hijos menores que se procrean con el fin de cuidar por el buen desenvolvimiento y desarrollo de los hijos por parte de los padres, por lo que se nombra a uno de ellos en caso de separación para velar por el bienestar de ellos, protección y la educación así como la administración de los bienes, si en el caso el menor los tuviera, todo con la finalidad de que los padres asumen la dirección en el actuar y la administración de los bienes de menores de acuerdo a la medida que estos lo vayan requiriendo.

Se puede tomar como consecuencia de lo establecido como el génesis de la sociedad, la familia, y ya que se inicia con el cuidado de los menores hijos, al respecto es según lo establece en el Manual de derecho civil: “Es

una función concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos para correcta administración de los bienes” (Brañas Alfonso, 1998, p. 311); siendo la función de los padres orientar a los hijos en relación a la protección y bienes de los mismo y del correcto uso de los bienes que puedan tener bajo su resguardo, como finalidad de los padre, teniendo relación con lo establecido en la legislación de la materia.

Entre las diferentes definiciones se concuerda que, la patria potestad tiene como finalidad principal velar por el pleno desarrollo de los menores hijos, dicha figura es de carácter jurídico por estar establecida en la legislación vigente, sin embargo se puede observar que es una institución de carácter jurídico social ya que comprende además de los derechos y obligaciones de los padres ante los hijos menores, desde el punto de vista social ya que los orientan y los forman como ciudadanos como parte fundamental de la sociedad, siendo obligación de los padres en lo referente también a las personas que no tienen el goce total de sus derechos civiles y que se ven limitados en su capacidad, por medio de la patria potestad en ese caso de cuidado y capacitación a estas personas.

Antecedentes

Como diferentes instituciones del derecho guatemalteco la patria potestad tiene su origen en el derecho romano ya que los antiguos romanos consideraban esta como el conjunto de derechos que tiene el jefe de la familia sobre las personas que forman parte de ella, girando alrededor de este aunque no solamente era entre el pater de familia y los hijos sino a los descendientes de estos y los unidos por vínculos legales, como un conjunto de derechos que tenía como titular el padre de la familia, por lo que el pueblo romano reconocía una mayor autoridad al jefe de la familia, teniendo el derecho sobre los hijos de disponer tanto de la vida como la muerte sobre ellos, entre otras como venderlos y poder disponer de los bienes o derechos que adquirirían los hijos, terminando únicamente con el fallecimiento del jefe.

Con el paso del tiempo la patria potestad fue evolucionando, limitando así el derecho del padre de familia sobre los hijos, ya que se limitaba la disposición que tenían estos sobre la vida de los hijos estableciendo penas, cuando se hacía sin la autorización del magistrado o la alta autoridad y luego en la ley de las siete tablas se estableció que después de la tercera venta que el padre hiciera de manera consecutiva tenía como consecuencia la libertad del hijo del poder del padre, a diferencia de los romanos que

solo terminaba con la muerte del progenitor, posteriormente se estableció que después de la primera venta se producía la libertad del hijo.

Como consecuencia de los diferentes abusos de los padres, en el tiempo de Justiniano el derecho que tienen los padres sobre el hijo se ve modificado y queda como reducido este, teniendo la vigilancia de la autoridad en cuanto a la corrección de manera moderada, teniendo una distinción a los derechos de los hijos desligados de los derechos de los padres.

Con la evolución del derecho tomando en cuenta el reconocimiento de los derechos a las personas tanto los menores como los incapaces, quienes son sujetos de la patria potestad, así como de la representación de esta figura y su regularización en la ley, la reconoce como una facultad y obligación de los padres o de quien tenga la titularidad de la patria potestad atendiendo a los intereses de los hijos y la correcta disposición de los bienes que tengan estos, a diferencia del derecho antiguo, esta figura se crea para el resguardo de los hijos y no tanto como un beneficio de disposición total de los hijos para el padre de familia, reconociendo así mismo que no solo se le concede al padre de familia si no tomando en cuenta la capacidad de la madre en ser la titular de esta figura, con la finalidad de garantizar el desarrollo integro de los menores hijos o incapaces sobre los que se recae.

Otográndole por medio de esta figura diferentes derechos a los sujetos de la patria potestad así como obligaciones a los titulares de la misma como lo es la corrección y la disciplina de manera sensata y racional, la educación de manera obligatoria, la representación legal y la administración de los bienes que tengan quienes estén sujetos a la patria potestad, todo en relación al correcto desenvolvimiento de los menores hijos que estén bajo el resguardo de los padres a los que se les concede el ejercicio de su guarda y custodia.

Características de la patria potestad

Como toda institución del derecho está también posee diferentes características que, si bien son similares a las de otras instituciones, es de suma importancia delimitarlas para el mejor entendimiento de la figura a estudiar tiene origen doctrinal y pudiéndolas enmarcar en la legislación, descritas en el Código Civil, decreto ciento seis en el cual se describen estas dentro de su articulado identificando y estudiando las más importantes en la presente investigación.

Se da como una consecuencia de la filiación entre los padres y los hijos, refiriéndose a que la puede ejercer únicamente la persona que la ostenta y nombrada únicamente, basándose en la filiación y el nombramiento a una persona cuando sea necesario por la separación de los padres para el

ejercicio de la misma siendo únicamente la persona nombrada y facultada para ejercerla.

La patria potestad únicamente radica en la persona a la que le fue otorgada y que la legislación no permite que la misma se dividida y que sea ejercida únicamente como un todo por parte de la persona nombrada para ejercerla, no pudiéndose hacer de forma dividida, como una de las más importantes es que no es inalienable, ya que la patria potestad no es de disposición o de objeto de un negocio, por lo que no puede ser transmisible y como consecuencia no puede ser vendida o sujeta de un negocio comercial con el objeto de transmitirla a cambio de una cantidad pecuniaria.

La patria potestad va evolucionando y descomponiéndose con el transcurso del tiempo ya que la misma se pierde en el caso de los menores, por la adquisición de la mayoría de edad, con la que se adquiere la capacidad legal de poder ejercer los derechos otorgados por la ley y adquirir obligaciones, sin el consentimiento de los padres, cuando esta es ejercida por ambos padres se da como una función dual, ya que se lleva a cabo en conjunto y no solo uno de ellos, siempre y cuando así lo establezca la ley y no se encuentre únicamente facultado a uno de los padres.

Titularidad de la patria potestad

Siendo esta institución el poder que se tiene sobre los descendientes y que por medio del ejercicio se le otorga al titular diferentes deberes y derechos, en la doctrina se discute sobre este considerando que se derivan de ella, inmersos en los derechos subjetivos ya que se está sobre un interés individual, frente a los intereses del menor sujeto de la patria potestad, distinguiéndose la titularidad en el ejercicio, de la cual existen distintos supuestos.

El ejercicio de la patria potestad se puede dar en conjunto, para lo que Echevarría Guevarría, (2011) indica: “Los hijos se mantienen en la vivienda familiar y son los padres los que alternan la residencia. Este sistema requiere capacidad económica en los padres para mantener los tres domicilios en forma simultánea”; Si los progenitores del menor convienen entre ellos ya sea por el matrimonio o por unión de hecho, que el ejercicio de esta institución respecto a los hijos menores de edad corresponde a ambos, denominado de manera conjunta, para lo que por la disposición de los menores se debe de contar con el consentimiento de manera expresa de los dos progenitores para cada acto que tenga relación con la vida civil del niño y la disposición que se tenga sobre los bienes de estos.

Los diferentes actos que se ejerzan por uno de los padres se presume que cuenta con el consentimiento del otro, con excepción de la oposición expresa, sin embargo no solo la oposición debe ser de manera expresa ya que en relación de determinados actos que son considerados de mayor trascendencia para el menor hijo la ley exige que este consentimiento sea expreso por parte de los dos progenitores, siendo así el verdadero ejercicio de manera conjunta de la patria potestad, en virtud que todos deben de convivir en el mismo hogar para la protección y la formación integral del menor, en consecuencia del ejercicio de esta institución los padres son civilmente responsables si como consecuencia de un hecho ilícito realizado por el hijo causare daños y perjuicios.

Tendiendo a la separación de los progenitores cuando dejan de convivir, como resultado de las desavenencias conyugales por lo que no se cumple con el requisito para un ejercicio en común, aunque este no es el más conveniente desde el punto de vista del desarrollo psicológico e integral ya que según la establecido en la Constitución de la República de Guatemala dentro de su considerando la familia es el génesis de la de la sociedad, interrumpiéndola por la separación de los padres, y derivado de esta es necesario regular la patria potestad de manera individual y evitar así el retardo de la toma de decisiones respecto al menor cuando este retraso puede perjudicarlo.

Derivado de esto se puede dar el ejercicio de la patria potestad de manera unilateral, ya sea por la separación de los progenitores, como por la ausencia de alguno o el fallecimiento por lo que los deberes y derechos se concentran únicamente en uno de los padres, en los casos en que no se cuente con la presencia de uno queda está sujeta al que si este presente o por la privación de la patria potestad o la suspensión de su ejercicio, se da el caso de que el hijo sea extramatrimonial y que no se haya reconocido por ambos progenitores.

Existen diferentes presupuestos en cuanto al ejercicio unilateral de la patria potestad ya que puede ejercerse por la cesación de la convivencia de los progenitores, cuando se tenga hijos legítimos, osea dentro del matrimonio, cuando los padres no convienen en el ejercicio de esta; se puede ejercer por aquel que tenga legalmente la tenencia del menor y está sin perjuicio del derecho que tenga la otra persona sobre la debida y continua comunicación así como la asistencia para la supervisión de la educación y la debida alimentación del menor, debiendo prestar ayuda a quien la ejerza.

Tiempo y Convivencia

En la institución de la patria potestad dependiendo de los diferentes escenarios en la forma en la que se otorga, puede ser compartida o puede ser de manera individual, a uno o ambos cónyuges para que se ejerza sobre el menor, el tiempo de convivencia de este depende de la modalidad en la que este se haya otorgado por el juez, anteriormente se describen diferentes y tanto el titular de la patria potestad así como el otro cónyuge además de tener diferentes obligaciones como velar por el bienestar, alimentación, educación, entre otras es compartida aunque el titular sea solo uno, de la misma forma los derechos, en lo que se encuadra el tiempo y la convivencia sin el menor hijo por parte de ambos padres.

Los que ejercen la patria potestad sobre el menor deben de tener en cuenta que la relación de los menores con la persona que no es la titular aun no tengan la custodia o la tenencia del menor tienen el derecho de convivir con sus hijos, y esto por la importancia de esta convivencia para el pleno desarrollo del menor y siendo esto algo por lo que debe velar el Estado, se fija la convivencia del menor con ambos padres de manera equitativa con el fin de no afectar al menor, aun cuando estos no vivan en el mismo lugar, con la excepción de que el juez considere que por la forma de vida o por alguna causa debidamente comprobada exista peligro grave en que el menor sujeto de la patria potestad conviva con su padre o madre.

Siendo esto establecido por el juez valorizando para esto las pruebas de descargo que se presenten por ambos padres así como las manifestaciones que estos hagan dentro de las diferentes audiencias, media vez este fije el tiempo de convivencia con ambos padres no se podrá impedir si no es con causa justa y esta causa debiendo ser valorada por el juez quien es el único que puede modificar lo establecido dentro del tiempo de convivencia cuando la manifestación de la causa, sea de sumo peligro o que afecte al menor y por lo que se debe de restringir el derecho de convivencia.

Esta restricción puede ser total, ya que el juez puede resolver que el padre que no tiene la titularidad de la patria potestad no pueda convivir con el menor, pudiendo ser esta porque se haya puesto en peligro bienestar físico del menor o pudiendo haber sido comprobado que este sufre de maltratos por parte del padre o de la madre entre otras que debe de ser debidamente probados, puede resolver también en restringirla de manera parcial o que el tiempo de convivencia sea bajo supervisión, todo esto dependiendo de la evolución y el bienestar del menor, siendo la prioridad de la fijación de esto y sobre lo que versa esta fijación.

La convivencia entre los padres con el menor sobre todo del que no tenga la custodia del mismo se puede fijar por el juez con la manifestación del acuerdo en el que los padres hayan llegado, siendo el procedimiento más sencillo, si no se llega a un acuerdo el juez lo fijara según los diferentes

medios de prueba y los motivos que cada uno exprese, en algunos casos cuando se considere necesario y el juez considere que el menor aunque no tenga la capacidad legal de decisión puede ser entrevistado y tomar en cuenta la opinión o lo manifestado por este para una decisión más certera y poder así dar una resolución más apropiada y que no se vean afectados los intereses del menor y el bienestar físico y emocional.

El tiempo y la convivencia en relación con el menor hijo que es sujeto de la patria potestad se da por acuerdo de los padres, en el que se fija para el que no tenga la custodia del menor, teniendo que ser de mutuo acuerdo y firmado ante una autoridad competente para ser ratificada en presencia del mismo determinándola como resultado de una sentencia por la que termina un procedimiento ordinario de divorcio o de un divorcio de mutuo acuerdo, pudiendo ser un proceso únicamente para definir la guarda y custodia del menor, con el fin de garantizar la relación que tenga el menor con el padre o la madre que no tenga la custodia.

Mutuo acuerdo entre los padres

En los casos analizados, partiendo de la separación de la convivencia de los padres, del menor debiendo acordar quien de los dos debe de ejercer la patria potestad. Según la legislación Guatemalteca en relación con esta materia, se debe de otorgar a quien tenga la tenencia física del menor,

como primer presupuesta y el ideal atendiendo al bienestar psicológico del menor, que esta sea de mutuo acuerdo, que se puede derivar de un convenio entre las partes para el ejercicio y de las responsabilidades y obligaciones que se tienen sobre el menor en ambos padres, tanto el que tenga la tenencia del mismo como la obligación de prestar asistencia y ayuda del otro progenitor.

Cuando no se logra llegara a un convenio entre los padres se puede dar por medio de una decisión judicial, por lo que los hijos por decisión de juez quedan en poder del cónyuge que este determine, con la excepción de que este ejerza actuaciones que tengan como causa que no se pueda otorgar la misma y que queden obligados a confiarlos a un tutor provisional, por la falta de capacidad de ambos padres.

Cuando esta se da de mutuo acuerdo, según lo establecido en el Decreto Ley doscientos seis (206) en su artículo ciento cincuenta y cuatro establece: “La separación de personas , así como el divorcio podrán declararse: 1. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada...” se da por la separación de la convivencia de los padres cuando esta cesación de convivencia también sea de mutuo acuerdo, por lo que los cónyuges deben de presentar ante el juez correspondiente un proyecto de lo convenido entre estas como punto principal si existieren menores, a quien quedan confiados los hijos, por

cuenta de quien deben de ser alimentados y educados y cuando sea por ambos cónyuges se debe de presentar en qué proporción contribuirá cada uno, y sobre la pensión que se deberá de pagar así como la garantía que se preste para el cumplimiento del convenio que lleguen los cónyuges.

Existe como una última, el ejercicio de la patria potestad de manera compartida y está establecida en el Código Civil como un efecto común de la separación y del divorcio, dependiendo de la forma o el caso en que esta se dé, ya que existe la suspensión o la pérdida de la patria potestad cuando la causa de la separación la lleve consigo y, haya petición expresa de la parte interesada, encontrando dentro del decreto ciento seis en el artículo trescientos diez (310) “causales que dan lugar a la suspensión de la Patria Potestad...”, teniendo como consecuencia el ejercicio de forma unilateral, únicamente por estas causas aunque dentro del procedimiento de un divorcio o una separación con un juez atendiendo a la intermediación del mismo dentro de la definición de cómo se llevara el ejercicio de la patria potestad buscando que el bienestar del menor se da de manera compartida, dándole a la parte que no tiene en su poder al menor el derecho de convivir con el menor y así mismo que quien la ejerza deba de contar con el consentimiento de la otra para las decisiones que por disposición de la ley se requiera.

Extinción de la patria potestad

Esta extinción se da como una consecuencia de la pérdida de la patria potestad, por diferentes motivos, según el Código Civil, Decreto Ley ciento seis en su artículo trescientos quince establece: “pérdida de la Patria Potestad, maltrato del hijo, abandono del hijo, depravación, haber sido condenando el padre a pena privativa de la libertad superior a un año...”, describiendo cada uno de ellos con posterioridad, siendo esta la privación de manera definitiva del ejercicio de la misma por lo que se es considerado que son únicamente por los casos como la muerte de los padres, hijos, el hijo sujeto a esta sea adoptado por lo que se traslada a los padres adoptivos y por qué el hijo obtenga la mayoría de edad y que según nuestra legislación ya no sea necesario por obtener la capacidad civil sobre su persona y no sea necesario que la ejerzan los padres, dentro de la doctrina se acepta una forma diferente que es la emancipación, figura del derecho romano, esta otorgada por el juez al hijo que aun teniendo la minoría de edad se le otorga el libre ejercicio civil siendo procedente declararla por medio de un proceso ante juez y declarada únicamente por autoridad competente.

Teniendo abundante doctrina sobre la figura de la patria potestad y perdida de la misma bajo la primicia, que puede ser de manera relativa, cuando acepta excepción alguna y de manera absoluta cuando no se puede

presentar ningún tipo de excepción, teniendo efectos terminantes o con diferentes modos de acabarse por lo que diferentes tratadistas expresan está perdida por medio de la teoría en relación a la extinción, dependiendo de las dos categorías mencionadas pueden ser por la culpabilidad de la persona que la desempeña o por la incompatibilidad de los que la desempeñan.

En el artículo anteriormente citado los presupuestos para declarar la pérdida de la patria potestad sobre el menor en la legislación vigente en materia civil siendo estas:

Por las diferentes costumbres del progenitor que tenga la custodia del hijo que sean depravadas o escandalosas y que se vea afecto el menor; Por conductas que sean de dureza excesiva con relación al trato de los hijos menores y que se ponga en riesgo la integridad física; También se da por el abandono de los deberes familiares que se tienen para con el menor y que se encuentre en descuido por el abandono de estos deberes.

Se pierde por la dedicación del padre o la madre que sea el titular del ejercicio de la patria potestad ante el hijo por medio de la mendicidad, órdenes, consejos o insinuaciones que vayan contra la moral y por ejemplos corruptos por parte de los progenitores y que puedan afectar el desenvolvimiento o desarrollo de los hijos.

Se pierde cuando uno de los padres cometa un delito contra el otro y este tenga una sentencia firme en la que se declare la comisión de este delito o que sea en contra de la persona de alguno de sus hijos, por lo que se presume que la integridad física del hijo sujeto a la patria potestad corre peligro.

Cuando quien tenga la custodia y la guarda del menor hijo, lo abandone y que por este abandono exponga la integridad física del menor y que se deba tomar la medida necesaria y extinguir la patria potestad con el fin de proteger al menor.

Además de la condena por delito en contra del otro progenitor o de los hijos se puede dar el caso que se pierda por la comisión de un delito u haber sido condenado por este mismo dos o más veces y que sea de orden común, en este caso si la pena impuesta es por más de tres años de prisión por cada uno de los delitos.

Cuando no suceden los diferentes motivos anteriormente descritos, se puede dar cuando por decisión de los padres el hijo menor se de en adopción, por lo que los padres pierden la misma y se les otorga el ejercicio a los padres adoptivos, entregándoseles también la guarda y custodia del menor, puede ser por orden judicial cuando el juez competente así lo declare y se deba de quitar a los progenitores, pudiendo

quedar también sujeta y entregada a los familiares en línea directa y como última instancia a las instituciones estatales encargadas del cuidado y protección del menor.

Cuando se da la pérdida de la patria potestad se queda sujeto al cumplimiento de las diferentes obligaciones y los deberes que tienen los padres con los hijos, la pérdida de esta es independiente a las obligaciones de los padres y a los derechos de los hijos, no impide el cumplimiento de los deberes legalmente y moralmente obligados y que son necesarios para el desarrollo de los hijos y así poder seguir velando por el bienestar de los menores.

La declaratoria la pérdida de patria potestad de manera relativa o absoluta, requiere que se consideren y se examinen las causales de la suspensión o de la pérdida, y si estos se considera que pueden ser perjudiciales para el menor o si son de móviles de privación de su ejercicio, para definir si esta es posible de recuperar que sería en los casos de suspensión que se puede recuperar cuando haya desaparecido el causal que le haya dado base a esta suspensión, dándose por lo general en casos en que sea por la ausencia o la desaparición de la imposibilidad.

Tomando estas primicias como base del análisis de la extinción de la patria potestad, en la que se pierde en definitiva, siendo la única forma en la que se extingue la adopción del hijo menor, ya que en los otros casos esta queda sujeta a rehabilitación, para que la persona que la haya perdido la pueda recuperar y que la siga ejerciendo cuando la causa que la haya motivado haya cesado y, que esta cesación sea comprobada ante el juez que es el competente en declarar la rehabilitación de la patria potestad por medio de un proceso jurisdiccional.

Lo relativo a la rehabilitación y a las causas por las que se puede otorgar y que deben de probarse son descritas en el Código Civil preceptuado en su artículo doscientos setenta y siete que establece: “el juez en vista de las circunstancias de cada caso, a petición de parte, restablecer al padre o madre en el ejercicio de la patria potestad”, dependiendo de los casos descrito a continuación y que son causales de pedir la rehabilitación y el ejercicio de la perdida patria potestad para el progenitor, siendo estos casos los siguientes descritos.

Cuando la suspensión se haya ocasionado por la cesación o porque la causa que lo motivo haya desaparecido y que la misma no sea por cualquier delito en contra de una persona que tenga relación directa con el hijo o que la causa haya afectado los bienes del hijo sujeto de la patria potestad, aunque esta causa haya desaparecido o que haya sido resarcida.

Si se da la pérdida por el delito cometido por el padre o la madre al que se haya suspendido en contra del otro cónyuge, descrito en la legislación y que no haya habido reincidencia y que hayan existido circunstancias consideradas atenuantes ya que según la legislación se da como una excepción que cierta clase de delitos se puede dar lugar a la rehabilitación, según sean las circunstancias susceptibles de la patria potestad.

Cuando la rehabilitación de la patria potestad sea pedida por los menores hijos que si bien siguen sin tener la mayoría de edad ya cuentan con catorce años en adelante o ya sea por su tutor, siempre que por disposición de la ley se pueda otorgar y que no haya impedimento para que el juez declare rehabilitado y que se le dé el ejercicio de la patria potestad al padre o la madre del hijo menor y que como consecuencia tenga la guarda y custodia del mismo.

Para que se pueda dar la rehabilitación es necesario que se compruebe que quien la haya perdido o al padre al que se le haya suspendido pruebe la buena conducta por un tiempo mínimo de tres años anteriores a la fecha en que la solicite ante el juez el cual lo debe de resolver de manera favorable o no y del que queda sujeta el proceso de rehabilitación, comprobándose la idoneidad del progenitor que haga la solicitud correspondiente ante el hijo sobre el que se pide que le sea rehabilitada la

patria potestad buscando así tener la custodia del mismo y el ejercicio de los derechos y deberes, comprometiéndose a su debido cumplimiento.

Además de la extinción de la patria potestad se puede dar la suspensión, como se menciona anteriormente y que según la legislación vigente y relativa a esta enumera las diferentes causas por las que se da siendo diferentes a las de la pérdida quedando estas sujetas a su resarcimiento y por consiguiente a la recuperación del ejercicio de la patria potestad por el titular que fue suspendido y de las cuales se analizan de la siguiente forma: La primera causal es por la ausencia del padre o madre sobre la que recae la patria potestad y el que ejerce la custodia de la misma, por la declaración de estado de interdicción por este mismo, ya sea por el uso indebido y de manera constante de estupefacientes, drogas o alcohol y por ultimo por tener el habito de juego, siendo todas estas causales dependientes de que sean probadas para que el juez que declare la suspensión de la custodia, guarda y por consiguiente la patria potestad ejercida ante el menor hijo, llevando este procedimiento por medio de la vía sumaria.

Todo lo relacionado con la patria potestad, lo relativo a su fijación y al ejercicio de la misma por parte del padre o la madre, en relación a la fijación de la guarda y la custodia, siendo procedente del ejercicio de la patria potestad, es llevado por medio de un juicio oral, cuando existan controversias entre los padres de quien le sea nombrado como el titular de

la patria potestad, siendo necesario que se solicite la intervención judicial para que el juez competente la fije para llevar el proceso correspondiente ya que, se hace en base de diferentes informes y solicitando que, se declare la patria potestad sobre el hijo sea de la manera más eficiente y que, él sea nombrado de los padres, según los informes prestados, sea el más idóneo para que ejerza la titularidad de la patria potestad y que a su vez el otro progenitor cumpla con las distintas obligaciones a las que queda sujeta para cubrir las necesidades del menor hijo.

Derecho comparado sobre la patria potestad

Legislación en Costa Rica

La patria potestad al igual que en Guatemala va dirigida a los hijos menores, en Costa Rica es una potestad familiar que es de carácter irrenunciable por ende no es intransferible y es imprescriptible ya que por ser un derecho de un menor de edad no prescribe, también es vista como temporal ya que se puede ejercer normalmente hasta que el hijo cumple la mayoría de edad, no prescribe pero tarda mientras el hijo es menor de edad, es relativa ya que se trata de un derecho absoluto siendo en beneficio de las personas que no cuentan con la mayoría de edad y que por lo mismo necesitan de cuidados y protección.

Siendo este un derecho con el fin del resguardo de un menor no es transable, no se puede vender ni se puede negociar con esta ya que es un derecho de los menores y una obligación de los padres o de quien sea el titular de esta la protección, cuidado y guarda del hijo, con el fin de velar por su pleno desarrollo y el bienestar, tanto físico como psicológico, con la ayuda del otro progenitor que aunque no sea el titular de la custodia de la patria potestad tiene obligaciones ante el menor y también el ejercicio de derechos, como convivir y pasar tiempo con el mismo.

En Costa Rica la patria potestad no es transable como fue expuesto, solo una autoridad judicial que sea competente o por la misma muerte del titular de la custodia, son las únicas formas en las que se puede perder, tomando como base en la importancia de la comparación entre este y Guatemala ya que se le denomina también como una autoridad parental que según la doctrina va más de acuerdo con el principio de igualdad de derechos y deberes, siendo situaciones jurídicas en general de las y los progenitores, tomándolo en igual consideración para su fijación y en iguales circunstancias sin que uno tenga preminencia sobre el otro.

El ejercicio de la patria potestad que sobre el padre y la madre quienes la ejercen y dentro de lo que comprende la representación legal del menor así con la administración de sus bienes teniendo como deber guardárselos para que sirvan en un futuro para el desarrollo del mismo, es decir que esta

autoridad y este ejercicio sobre el hijo menor deviene de la relación familiar, relación paterna y materna filial con el hijo menor sobre el que versa la patria potestad y sobre el cual compete que los padres les protejan, que como se mencionó administren sus bienes y que les representen legalmente, en este país cuando exista un interés que sea opuesto los hijos y las hijas serán representados por un curador especial y ya no por los padres como al inicio.

Se puede dar el caso de que la patria potestad se suspenda, debiendo ser al igual que en la legislación Guatemalteca por medio de una sentencia judicial para que se dé la privación de este que puede ser de manera temporal, ya sea por algún desacuerdo reiterados o porque haya concurrencia de cualquier causa que pueda entorpecer de manera grave el ejercicio de la patria potestad, para evitar que el hijo menor sufra perturbaciones que le sean dañinas o perjuicios, ya sea porque esté ausente o que por la incapacidad o imposibilidad del titular de la patria potestad opera su determinación por uno de los dos progenitores.

Cuando se declara el divorcio por medio de una sentencia que es llevado en el tribunal o el juzgado de familia se toma en cuenta los intereses de los hijos menores de edad y las aptitudes de los padres en tanto físicas como morales para poder determinar a cuál de los dos se debe de confiar la patria potestad, guarda, crianza y la educación de los hijos, dependiendo de cuál

de los dos sea más idóneo para ejercerla, tomando los dos con igualdad de derechos, aunque si ninguno de los dos tiene la capacidad para poder ejercerla los hijos deberán de ser entregados y confiados a una institución que por su naturaleza sea especializada o a una persona que sea idónea para que puedan asumir la función de tutor sobre los menores otorgándoles así la patria potestad.

Cuando se da el caso mencionado el tribunal o juzgado de familia adopta las medidas necesarias para que los padres puedan tener relaciones personales con los hijos, además de tener la obligación legal de que a pesar de tener una institución la patria potestad los padres deben de sufragar los gastos que la alimentación necesarios para cubrir las necesidades de los hijos y no se desentienden de los mismos, evitando así que no se cubran las necesidades necesarias y que los hijos menores sufran daños o que su desarrollo se vea afectado, estableciéndolo en la ley y creando la obligación de los padres.

Como se ha visto anteriormente la titularidad de la patria potestad se le da de manera conjunta a ambos padres sin que la madre tenga preeminencia ante el padre, si no son considerados por igual para que le sea otorgada en el caso de inconveniente en llevarla de manera conjunta, con la excepción del caso en que se dé la privación judicial que es decretada por un juez competente denominada también suspensión de la patria potestad, o

porque uno de los progenitores sea excluido del ejercicio de la misma y sea nombrado únicamente uno de los dos, siendo esto por medio de una resolución del juzgado o del tribunal de familia para que sea modificada y no se lleve de manera conjunta, aunque en el caso de la privación no es permanente si no que puede ser recuperada si se cumple con lo establecido en la ley y si con ello se prueba que es de beneficio para el hijo menor.

Para que se dé una pérdida de la patria potestad se denominan diferentes casos dentro de la legislación en relación con la familia como por el matrimonio o por la adquisición de la mayoría de edad del hijo o la hija, por la muerte de quienes ejerzan la patria potestad o sea de los progenitores del menor, se da por la declaración judicial de abandono que puede producirse por encontrarse al menor en riesgo y que no exista oposición de los padres cuando se encuentre suspendido el derecho y no se demuestre haber modificado la situación que pone en riesgo al menor de edad en el plazo que el juez les haya otorgado para hacerlo.

Se da también cuando una persona que es menor de edad haya sido también objeto de algún abusos deshonestos, violación, por corrupción o lesiones graves o gravísimas hacia el menor y que les sean hechas por las personas de quienes ejerzan, que el ofensor o el responsable de alguna de las anteriormente mencionadas sea la persona que goza de la patria potestad, alguno de los progenitores y que esta persona sea condenada por

esta misma causa, ya que la misma pone en riesgo el estado físico del hijo menor y que por culpa de uno de ellos se vea en peligro y que no cumplan con la obligación de protegerlos.

Todas estas circunstancias plasmadas en la legislación de ese país en el llamado Código de Familia que al igual que en Guatemala denomina las diferentes formas en que se da y las directrices para el actuar tanto de los progenitores como de los jueces competentes que son los encargados de otorgarla, señalando como se lleva a cabo, las obligaciones de los padres así como la manera en que se puede perder y dentro de la misma, la forma en la que se puede gestionar para que sea suspendida o modificada.

Cuando se incurra en una causal para la pérdida, suspensión o la modificación de la patria potestad que ya fue declarada se debe de gestionar ante un juez competente quedando está a juicio del tribunal o bien del juzgado de familia, de donde vive la persona que sea la menor de edad y sobre la que recae la patria potestad, siempre atendiendo a su interés superior o en el caso de divorcio la nulidad de matrimonio o la separación judicial de los padres ante el mismo tribunal, dentro del cual se toma en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores y que dentro de la sentencia se declare todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos así como la manera de administración

de bienes y las medidas que sean necesarias para las relaciones personales entre padres e hijos y de los abuelos de estos.

Cuando se da el caso de divorcio y que este sea voluntario pro medio de un acuerdo entre los padres queda salvo a esto que el tribunal puede si se considera conveniente desaprobado o poder modificar el convenio al que se llegó en el divorcio o la separación judicial cuando esta considere que no es en beneficio de los hijos, por lo que lo deja sin validez o lo modifica buscando que se beneficie a los hijos y que estos no sufran daños como consecuencia de este acuerdo, quedando lo resuelto conforme a la a las disposiciones que no constituye cosa juzgada por lo que no es definitivo y que el tribunal puede modificarlo, por medio de la vía incidental, siempre a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, buscando siempre la conveniencia de los hijos o por que se haya dado un cambio de circunstancia.

Como se puede observar dentro de lo descrito, en la legislación de Costa Rica se toma de manera igualitaria los derechos de ambos padres sin darle preminencia a la madre sobre el padre y así se hace de manera equitativa buscando siempre el bienestar del hijo menor y que no se vea afectado de manera negativa por lo que el juez a la hora de declararla toma quien de los dos es más idóneo para el cuidado y el resguardo de los hijos menores así como de quien de los padres le ofrece al hijo una mayor estabilidad

emocional y quien por acuerdo de ambos será el titular de la patria potestad, debiendo tener la aprobación del juez competente.

Legislación en Argentina

La figura de la patria potestad se encuentra dentro del Código Civil en el cual se define como un conjunto tanto de derechos que corresponden a los padres, sobre los hijos menores de edad y de los bienes de estas para su optima protección y formación, desde el momento de la concepción hasta que estos cumplan la mayoría de edad o que por orden de juez sean emancipados, dándoles plena libertad sobre sus bienes y derechos previo al cumplimiento de la mayoría de edad y perdiendo así los padres la custodia de los mismo y como consecuencia la pérdida de la patria potestad sobre ellos.

Lo niños menores que estén bajo la custodia de los padres, que estos ejerzan la patria potestad de ellos tienen la obligación y el derecho de la crianza de sus hijos y de velar por el alimento y de la educación de acuerdo a la condición y necesidad de los menores así como la fortuna de los padres, cubriéndolas no solo con los bienes de ellos si no también con los bienes de los hijos cuando se haga necesario y que las circunstancias los obliguen a utilizarlos para el bienestar y el óptimo desarrollo de los hijos menores, este régimen argentino tiene como fin que no sea solo uno de los

padres si no de ambos la toma de decisiones conforme al patrimonio de los hijos y de las decisiones trascendentales de la vida de los mismos.

Conforme a esto se le otorga la titularidad de la patria potestad de los hijos al padre y a la madre por igual para su ejercicio cuando los padres estén dentro de matrimonio los hijos se les da de manera conjunta a ambos padres pero en el caso de que estén separados o divorciados o que su matrimonio sea anulado, en el caso en que se regirá una presunción de que los actos puedan ser realizados por uno de ellos tenga que contar con el consentimiento del otro, con la excepción que este establecido dentro de la ley en los casos previstos por el Código Civil.

Cuando se otorga a un solo progenitor se da la división y que tiene como consecuencia el derecho de visita el otro que no ejerza la titularidad de la patria potestad que surge del derecho de guarda del progenitor que convive en el hogar con hijo menor al cual este sujeto la patria potestad, que en la legislación argentina se le denomina derecho de visitas, el cual comprende la comunicación adecuada y a su vez la supervisión de la formación del hijo pero no es solo eso la obligación abarca la posibilidad de que se participe ampliamente en la vida del hijo y así poder determinar de manera conjunta el lugar de su residencia, tomando de este código que dentro de una serie de presupuestos se debe de requerir el consentimiento expreso y de manera conjunta de ambos progenitores para que se autorice la salida

del niño de la república, entre otras circunstancias que requieren esa autorización.

La autorización expresa de ambos padres es necesaria también para la radicación eventual en el extranjero, para el sistema argentino la facultad de decidir en donde vivirá el niño no es solo decisión de quien tenga la custodia o el ejercicio de la patria potestad del niño sino que por ser una decisión de trascendencia en la vida del niño, se debe de contar con una decisión de manera conjunta entre ambos progenitores, no importando la manera en la que se otorgó la patria potestad o de quien sea la titularidad de la misma es necesario que se cuente con la autorización de ambos para algunas decisiones y que puedan afectar de cierta forma la vida del hijo.

Cuando se dé el caso que los padres no lleguen a un convenio sobre quien de los dos será el titular de la patria potestad y la custodia del hijo, se deberá llevar por medio de la intermediación de las autoridades judiciales competentes, estas trataran de persuadir a los padres para llegar a un convenio aunque en el momento de resolver se tiene un criterio restrictivo al otorgar solicitudes como la salida del país, debido a las dificultades que se puedan presentar a la adaptación del niño en un nuevo medio diferente al de costumbre y que pueda generar estas complicaciones que no se ejecute el derecho de vistas de la persona que no convive con el hijo.

Se toma en cuenta sobre la decisión de la salida del país del hijo o su radicación en el extranjero el Convenio de La Haya en el que se encuentra que la custodia es un derecho relativo para el cuidado de la persona menor y que en particular sobre el de poder decidir sobre el lugar en el que reside, se da el caso que aun la legislación de ese país no prevé la restitución se puede producir ella violación de un régimen de visitas cuando la posibilidad de decidir el lugar en el que el hijo reside por lo que el derecho argentino le da al progenitor que no convive con el niño ni que deja expedida la vía dentro del convenio al cual se llegó.

Tomándose para esto la jurisprudencia internacional como sostenimiento reiterado de la habilitación a la vía del Convenio de La Haya cuando una persona, un tribunal o una institución u órgano del cual se tenga el derecho para que pueda objetar el traslado del hijo menor fuera de la jurisdicción en la que se encuentra, deba de ser consultada previamente y que se pueda negar a él, por lo que la existencia de esta facultad se debe de decidir sobre la radicación del menor en el extranjero para que se pueda ejercer la custodia o la tenencia que fue prevista dentro del convenio y de la cual se deben de acoger para darle cumplimiento.

Dentro de la legislación de Argentina se encuentra que las relaciones familiares son verticalistas y que en el los padres sí se separan, se pone en la centralidad en el niño para que este mismo pueda ser escuchado por el

juez en el caso en que los conflictos de los padres subsistan, pasando de la figura de la patria potestad a la de la responsabilidad parental que no es solo una solución sin ningún perjuicio de que las palabras tienen una carga sobre todo simbólica muy importante, por lo que se intenta garantizar el derecho que tienen los hijos a ser cuidados por ambos progenitores y así evitar que solo uno tenga la tenencia y que el otro solo lo visite.

Uno de los conceptos que acoge la legislación es que se permite que siempre que se tome en cuenta el bienestar del niño, y que teniendo esto en cuenta, se dé por razones justificadas, que los padres pueden convenir la responsabilidad del ejercicio parental dada a un pariente o a un tercero que se idóneo, pudiendo ser un acuerdo de un año el cual se podrá prorrogar y que se deberá contar con el aval del magistrado quien debe de oír lo expuesto por el menor para poder otorgarla y tomando en cuenta lo que este diga para dar su decisión.

Se establece también sobre la separación de los padres en la que se debe de decidir sobre la convivencia del hijo por más tiempo en la casa de uno y bajo la figura de cuidado personal incitativo o que se pase periodos de tiempo en cada una de las casas, denominándole a esto cuidado personal alternado, dando así las dos figuras comunes en las que el hijo tendrá la convivencia con sus padres y dándoles la opción con igualdad de derechos a que se lleve así el ejercicio de la custodia del menor, tratando de

garantizar así el derecho de los hijos a ser cuidados por ambos padres tomando así todas las decisiones respecto a ellos de manera conjunta.

Dentro del Código se contempla que en el caso en que se deba de decidir que solo uno de los progenitores tenga el ejercicio de la titularidad de la patria potestad del hijo, el otro tiene el derecho y la obligación de mantenerse en comunicación constante con el menor, dentro de lo cual al elegirse quién de los padres tendrá la custodia del hijo, se tendrá en consideración que progenitor facilita el derecho del hijo a mantener un trato de manera regular con el otro, teniendo así los hijos el derecho de ser cuidados y criados por los dos padres, sin tomar en cuenta quien de los dos conviva con el dentro del hogar y quien solo tenga el derecho de visitarlo.

Dentro de esta legislación se toma como presupuesto los padres adolescentes, se les da a estos el pleno derecho sobre sus hijos con algunas excepciones en las que se deberá de solicitar a los padres de los progenitores adolescentes que presten su autorización, sobre todo en relación a una operación que pueda afectar la salud del hijo o en el caso en que los padres pretendan dar al menor en adopción que tendrán preminencia los padres de estos, los abuelos del hijo, en el que se puede presentar un tercero que sea conviviente con el menor para que no siendo

su padre biológico pueda tomar decisiones, teniendo así la figura de progenitor afín.

La figura del progenitor a fin es reconocida para efectos jurídicos, quienes a pesar de compartir la crianza en la vida cotidiana del menor con el progenitor con el que se conviva implicando esto que antes una ruptura de la pareja se puedan expulsar de la vida de los hijos, si no se trata en definitiva de que se pueda sumar afectos y así adicionar que el cuidado de los hijos de manera conjunta y tomando en cuenta que se debe de hacer por medio de decisiones en las que versan la opción de ambos progenitores y así llevándose el ejercicio de la titularidad de la patria potestad.

Legislación en España

En cuanto a la patria potestad en la legislación de España el ejercicio de esta y la relación entre los padres y los hijos genera entre ellos derechos y de la misma forma obligaciones concebidos en la función del resguardo de los hijos, cuando esta figura surge no expresaba otra cosa que la soberanía del jefe de la familia en cuanto a los hijos y que subsistía por mucho tiempo, luego con la aparición del Estado se va degradando este sometimiento y evolucionando la figura llegando a la interpretación y al ejercicio de la actualidad.

Se concibe la patria potestad como una función que se da a beneficio de la descendencia de los padres, mencionados como hijos, para su protección, resguardo y que por consiguiente se vele por el desarrollo de estos, y ya no como un derecho del padre sobre ellos para que pueda disponer de los mismo sin limitaciones, en la legislación española es normal y bien visto fijar la patria potestad bajo diferentes características como que constituye un deber y una obligación que no se permite que se excuse y que solamente se puede realizar de forma personal, teniendo un carácter inalienable, para que sea eficaz contra ella únicamente el instituto de la adopción.

Esta representa un deber que es positivo y de tracto continuo por lo que no se puede interrumpir de ninguna manera, que exige y que requiere que se haya un despliegue totalmente eficaz y de manera constante de una conducta que llene el cometido de la patria potestad y del ejercicio de la misma para los hijos menores por parte de los padres titulares de la misma para que sea una forma eficaz de cumplirla.

Esta corresponde a ambos padres, quienes la ejercen de manera conjunta para ejercerla directo a los hijos que estén bajo su guarda y no emancipados, cuando no este suspendida o no estén privados de ejercerla, a menos que por las circunstancias especiales el ejercicio sea solo de uno de ellos y no de ambos, establecido en la legislación española y en la que permite diferenciar del ejercicio en conjunto al ejercicio individual por

uno de los padres el cual se puede dar con consentimiento del otro, por que medie una resolución judicial, ya sea por la ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro padre por lo que se ejerce de manera unilateral.

Esta situación del ejercicio de manera unilateral se previene en la legislación y se ajusta al uso social o a las diferentes circunstancias que sean de urgencia, siempre respecto a terceros y que el que interviene siempre sea con el consentimiento del otro padre, ya que conforme al Código civil en su artículo 154 establece: “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”, como el deber de los padres a los hijos encierra estas circunstancias con el fin de que los menores tiendan a obtener un desarrollo de beneficio para ellos y que sea otorgado por ambos padres aunque no ejerzan la patria potestad en conjunto.

Se les da también el derecho de a los padres de poder corregir a los hijos pudiendo solicitar el auxilio de una autoridad sobre el ejercicio de la patria potestad, siendo también exigente a los hijos el obedecer a los padres mientras que estos estén bajo su potestad, y respetándolos, contribuir de manera equitativa y que según sean las posibilidades el levantamiento de las cargas que sean familiares que convivan con ellos, siendo este ejercicio de manera personal incluso si el padre es menor de edad, si es menor de

edad este la ejerce con asistencia de sus propios padres, tutores o de los jueces si sea el caso.

En función del beneficio del hijo se puede regular la intervención judicial para quien ejerza la patria potestad, puede ser a un pariente o en su caso al Ministerio fiscal, para que este dicte las medidas cautelares que sean necesarias y que así se asegure la prestación de los alimentos al menor si se da el caso de incumplimiento por los padres, buscando prevenir que se perturbe de manera dañosa al niño buscando evitar el perjuicio a este por los cambios que se den sobre la titularidad de la patria potestad.

En esta legislación los padres son los representantes legales de los menores que están sujetos a la patria potestad pudiendo esta extenderse con la excepción respecto a los diferentes actos que sean relativos a los derechos de la personalidad del menor y de otros que pueda realizar este, cuando pueda existir un conflicto con los intereses entre los padres y el hijo y por los bienes que se encuentran excluidos de la misma administración de los padres que aunque los representen se les excluye de esto por disposiciones que esta establecidas en la ley, cuando se dé la incompatibilidad se establece que se nombra un defensor judicial para que pueda intervenir punto por punto y no de manera general siempre que este conflicto surja entre padre y los hijos, cuando se dé este caso podrá ejercer la patria potestad el progenitor que este excluido de la contradicción.

En cuanto a la administración de los bienes de los hijos y de las excepciones de poder disponer de ellos se puede dar por los que se hayan adquirido por un título gratuito si cuando se da hubiere tenido este ordenamiento, cuando los que sean adquiridos por sucesión en la que uno de los padres hubiesen sido desheredados o por la causa de indignidad y con respecto a los que el hijo haya adquirido por su trabajo siendo solamente sometidos al consentimiento paterno si el menor es mayor de los dieciséis años y que se pretenda realizar la administración extraordinaria. Cuando hayan frutos que devengan de los bienes que pertenecen al hijo y del producto de su trabajo, cuando los padres o el que actué como guardador destine los frutos de estos a levantar las cargas familiares, no deben rendir cuentas de lo consumido por las atenciones, los padres que crecen de representantes, no pueden renunciar a los derechos de los hijos ni los podrán agravar o enajenar, los bienes inmuebles ni los establecimientos mercantiles, con la salvedad de la suscripción preferente de las acciones, únicamente por causas justificadas por utilidad o necesidad con la autorización del juez dándole audiencia al Ministerio Fiscal para su autorización, debiendo tenerla también para repudiar herencias.

Este ejercicio se puede ver privado o excluido, también suspendido en relación a las facultades que los padres deban respecto a los hijos, mas no así de sus deberes, la exclusión puede ser operada cuando el progenitor

hay sido condenado por una sentencia firme de carácter penal por relaciones que obedezcan a la generación o contra ella, pudiendo darse el caso que se determine que la filiación contra la oposición de los padres, se da el caso de la privación ya que se haya producido una sentencia firme dictada en un proceso por incumplirse los deberes adquiridos por la patria potestad y que por sentencia caída en un pleito de matrimonio sobre una nulidad, separación o divorcio sobre ese, en donde se puede recuperar por la decisión judicial que se de en beneficio del hijo cuando la causa que lo motivo haya cesado.

Según la legislación española cuando se dé la separación de los padres en matrimonio , por medio del divorcio la patria potestad de los hijos se sigue dando de manera conjunta a ambos padres pudiendo darse el caso de que el juez pueda decidir otorgársela únicamente a uno de los padres siempre que esta sea de beneficio para el hijo, tomándolos a ambos en igualdad de derechos para dárselas, debiendo estar ambos en el deber de seguir contribuyendo al mantenimiento y la educación de ellos, siendo este revestida por medio de la figura de pensión alimenticia.

La pensión alimenticia es fijada para el padre que no tenga la custodia del hijo, o para el que no conviva con él, no importando a quien se le otorga la titularidad de la patria potestad, debiendo estar a cargo de uno de los padres, pudiendo hacerse también en todo o por una parte la asunción

directa de los gastos que se efectúen por los hijos menores y que no se pueda abonarse asimismo como una forma de derecho o de que habitación de estos.

Aportes de beneficio a la legislación de Guatemala

Igualdad en el derecho de ejercer la patria potestad

Utilizando como punto de partida la naturaleza por la que fue creada la figura de la patria potestad, ya que esta es concedida tanto al padre como a la madre para que en conjunto o por separado según sea el caso, con el fin de darle al hijo menor el cuidado y la orientación necesaria de manera correcta así como la administración de los bienes que este pudiera tener, enmarcada en un conjunto de preceptos en la razón de otorgarles una debida protección como orientación y asistencia en las cuestiones necesarias para la protección de hijo objeto del ejercicio de esta.

Se da como una función de los padres de manera tutelar hacia los hijos menores, creándoles así una obligación por parte de los padres dependiendo de la situación en la que se encuentren y de quien tenga la tutela del menor y derechos en cuanto al hijo y al que ejerza la tutela de solicitar la ayuda del otro progenitor, siempre con la finalidad de otorgarle protección al menor de edad y que se cumpla con la formación adecuada

y necesaria según sea el caso, fijado siempre por medio de una sentencia de juez cuando se debe de fijar únicamente a uno de los progenitores por la separación de convivencia de estos por lo que se solicita la intervención judicial para que se pronuncie y por medio de esta quede legalmente fijada.

En cuanto a los derechos y obligaciones que se les confiere a los padres sobre todo al titular de este ejercicio. El cual para su fijación se toman independientemente de los intereses de éste, se considera como interés principal el del hijo menor en cuestión. Para que estos puedan interceder en actos en la vida del menor hasta cumplida la mayoría de edad. Para esto queda fijado cuando es necesario a un solo de los progenitores para que este tenga la guarda y custodia del hijo menor ajustándose a la convivencia del hijo con garantizando su seguridad y protección.

Se observa que según lo expuesto es necesario que se tomen en cuenta ambos padres para que se pueda fijar la guarda y custodia del hijo y que se pueda atender a los intereses y al lugar de convivencia que sea más propicio para este atendiendo a sus necesidades y que el otro que no tiene la custodia del hijo pueda así cumplir con sus obligaciones de carácter filial. Cuando se fija el titular por un juez se ve la situación de la preeminencia de la madre sobre el padre para otorgarle la custodia del mismo, pudiendo objetarse la igualdad de género que se utiliza para la fijación de la Misma obteniendo una custodia provisional de su menor hijo

a la madre sin tomar como media el bienestar del hijo, debiendo según la legislación utilizar la igualdad entre los padres para que esta sea fijada, bajo el precepto que ambos son iguales en derechos y obligaciones.

Utilizando el criterio jurisdiccional acostumbrado se le da cierto privilegio a la madre para que esta sea la nombrada como la titular de la guarda y la custodia del hijo menor para lo que Pérez Contreras en el libro Reflexiones manifiesta: “Preferencia a la madre, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad”; ya que según lo expuesto por el autor y la legislación tanto de carácter constitucional como ordinaria, ambos padres son iguales en derecho y obligaciones ante los hijos menores.

Debiendo utilizar como base esa legislación para la fijación de la titularidad de la custodia del hijo menor para que sean considerados ambos padres de manera igualitaria sin que se genere problemática entre lo establecido en la legislación y lo establecido generando que se contravenga lo que se encuentra previamente y legalmente establecido en la legislación y lo cual no va de acuerdo en todos los casos con la importancia de otorgarla al conyugue que tenga las condiciones óptimas para que el pleno desarrollo del hijo menor y que por medio de diferentes

preceptos se tomen como punto de partida para que se fije quien de los padres tienen la titularidad de la custodia del hijo menor.

Usando como base que ambos padres según la legislación son iguales en derechos y obligaciones y según la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo cuatro que establece “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” siendo esta la base de la cual se despliegan las leyes ordinarias y de la cual deben de atender lo que establece, para en todo caso y cuando se dé la necesidad de recurrir a una decisión judicial es la que se toma como base para lo resuelto, no necesariamente viendo reflejada la misma en dichas sentencias.

Tomando las garantías constitucionales como base para el ejercicio jurisdiccional sin importar la rama en la que esta se desenvuelva, sobre todo en el objeto de esta investigación la igualdad entre el hombre y la mujer en relación a las responsabilidades y derechos sobre los hijos menores, sin que para la fijación de estas se tenga preferencia de sexo para que pueda ser fijada, sobre todo considerando que se puede dar la circunstancia que aunque se le dé preeminencia a la madre esta no sea la más apta de los dos progenitores para ejercer la guarda y custodia del hijo menor.

Se analiza también que según el cuerpo constitucional de Guatemala regula los derechos inherentes a las personas humanar y que dichos derechos son garantías otorgadas por la misma y de los que no se excluyen otros que aunque no se vean expresamente fijados en esta, y que utilizando estos son nulas las disposiciones que disminuyan los derechos que son garantizados, dl mismo cuerpo legal posteriormente se menciona sobre la protección a la familia, quedando como obligación del estado garantizarla y mencionando en ella la igualdad de los derechos de los cónyuges, sobre la paternidad de manera responsable.

Siguiendo con lo establecido en la legislación encontramos que el la ley civil Guatemalteca se establece sobre la protección de la mujer y los hijos y que desde que sea presentada la solicitud del divorcio en la que automáticamente los hijos y la madre quedan bajo la protección de la autoridad para que se protejan así como a los bienes y que se dicten las medidas necesarias, no así estableciendo la protección del padre teniendo como referencia esto para que se pueda fijar de manera provisional en el lapso en el que se otorgue de manera definitiva a uno de los conyuges, con la excepción que por causas graven se queden obligados a confiar a los menores a un tutor provisional.

Esta fijación se hace necesaria únicamente cuando los padres no lo hacen de mutuo acuerdo para lo que se hace necesario la intervención jurisdiccional y que se establece según la legislación que depende del sexo de los hijos la fijación provisional de la custodia que los hijos sin distinción de sexo quedan bajo el resguardo de la madre durante la tramitación del divorcio y cuando los hijos hombres sean mayores de diez años quedan bajo la custodia del padre, viéndose reflejada que la fijación provisional de esta no se hace de manera equánime y con igualdad de los derechos sobre los menores hijos por ambos padres.

Comparación entre Guatemala, Costa Rica, Argentina y España

En Costa Rica se toma la patria potestad como una situación jurídica que tiene como consecuencias diferentes efectos jurídicos dentro de los que se ven afectados los derechos subjetivos como las obligaciones, deberes, poderes y sobre todo potestades de los padres sobre el menor hijo, así como el derecho sobre bienes inmuebles, es considerado como un derecho, y se ve reflejada como un conjunto de situaciones que modifican los derechos convirtiéndolos en potestades sobre el menor, por lo que se entiende que la patria potestad es un conjunto de potestades de los padres que quedan obligados hacia los hijos.

En Guatemala la patria potestad es tomada como un conjunto de derechos y obligaciones de los padres en relación a los hijos, por lo que se ven obligados a velar por la protección y el desarrollo integro de los hijos menores, por lo que se toman de dos forma diferentes, en uno como potestades y en el otro como obligaciones, aunque con la misma finalidad y teniendo una fijación jurisdiccional en la cual se nombra a uno o a ambos padres para su ejercicio, visto como una situación jurídica regulada y nombrada por un juzgado competente.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad en Costa Rica se toma por igual a ambos padres y debiendo de impedir de manera justificada que uno de ellos no es competente para su ejercicio, pudiendo este eliminar los motivos por los que no se considera idóneo para su ejercicio de manera judicial, obteniendo el progenitor de la misma manera el derecho sobre el menor, denominado derecho de visita, teniendo la obligación de velar por el bienestar del hijo menor, en Guatemala el progenitor que no tenga el ejercicio de la patria potestad también tiene el derecho de visitarlo aunque no esté denominado como derecho de visita se tiene también establecidos los horarios y los días en los que se puede ejercer.

Estableciendo en su ordenamiento jurídico Costa Rica que el padre y la madre tiene igualdad de derechos sobre el hijo menor y que se ejercerá de manera equitativa la fijación de la patria potestad con la excepción de la

aplicación provisional que de igual forma se hará de manera igualitaria para fijarla, y que en caso de conflicto predominara lo que decida el padre sobre el hijo mientras que el tribunal no lo resuelva de manera distinta por medio de un procedimiento, tomando como prioridad el interés del hijo menor así como el resguardo y la protección del mismo.

En relación a la fijación provisional en Guatemala se toma como preferente que la custodia del hijo sea ejercida por la madre y que con excepción de una sentencia firme se traslade al padre, en comparación con Costa Rica que el padre es quien decide quien ejercerá la custodia de manera provisional hasta que esta sea fijada por un tribunal que en este país esa sentencia no tiene carácter de cosa juzgada ya que la misma puede ser modificada por petición de uno de los progenitores.

Comparación entre Guatemala y Argentina

La patria potestad en Argentina es definida dentro del Código Civil Argentino que la establece como un conjunto de deberes y al igual derechos de los padres sobre la persona y bienes de los hijos así como de su protección y la formación integral de los hijos menores mientras no alcancen la mayoría de edad o no sean emancipados, tomando lo establecido en esta legislación con similitud a la de Guatemala en cuanto

al fin de la patria potestad y sobre la protección y la formación integral del menor, coincidiendo en que esto es una obligación de los padres.

Se toma dentro de la legislación que la patria potestad es un régimen en el cual se tiene como finalidad que no sea ejercida únicamente por uno de los progenitores si no por ambos en cuanto a las decisiones que son relevantes a la vida y el patrimonio de los hijos, otorgándole la titularidad a ambos en conjunto mientras no estén separados, mismo caso que en Guatemala ya que se otorga a ambos progenitores mientras estos convivan en conjunto con el hijo menor.

En Argentina cuando se da la separación o falta de convivencia de los padres, el ejercicio de la titularidad de esta será correspondiente al padre o a la madre que ejerza en ese momento la tenencia del hijo menor dándole al otro el derecho de visita que se toma como un derecho tanto del progenitor que no tiene la titularidad de visitar al hijo menor como también un derecho del hijo menor de tener convivencia cercana con el padre o la madre, sin ningún perjuicio del derecho que tiene el otro progenitor, surgiendo este derecho como contrapartida del derecho de quien tenga la guarda del hijo menor.

En Guatemala la titularidad de la custodia del hijo menor aunque sea de manera provisional es fijada de manera judicial, en España esta titularidad se puede dar en el caso en que los padres se separen por la simple presunción que los actos de quien tenga la tenencia del hijo menor tienen el consentimiento y aprobación del otro progenitor mientras este no manifieste su inconformidad ante el órgano competente, salvo en los presupuestos que se encuentran previstos en la normativa legal de este país, tomando sin preferencia uno del otro para el ejercicio.

Se refleja de esta manera que aunque en relación a la definición de la figura de patria potestad por ambos países es coincidente, la manera en la que es ejercida por los padres difiere, en cuanto a su nombramiento o titularidad de la misma ya sea de manera provisional o permanente se tiene de maneras distintas y en las que no se coincide, teniendo la misma finalidad del resguardo y protección del hijo menor así como la convivencia de este con ambos padres.

Comparación entre Guatemala y España

Al igual que en Guatemala la patria potestad en España es también conocida como la responsabilidad que tienen los padres en relación a los hijos menores de edad en donde se constituyen derechos y los deberes de estos, con el fin de garantizar la protección sobre la persona menor de edad

y sobre la propiedad de bienes que estos pueda tener, siempre apegado a la legislación y por medio de una resolución judicial por la que se nombra al titular de la misma.

En España se toma la patria potestad siempre en beneficio del hijo menor para que quien la ejerza sea el más afín a este, de acuerdo a su personalidad y que quien la ejerza lo haga con respeto a la integridad psicológica y física, teniendo como preferencia para nombrarse a los progenitores ya sea por separación, ruptura, divorcio, entre otras y que a falta de convivencia estos deberes sobre el menor y sus bienes la tienen ambos progenitores, salvo por algún caso excepcional y que sea declarado de manera judicial. En relación a la convivencia y quien la ejerce al igual que en Guatemala, la tendrá el progenitor con quien el hijo menor conviva aunque cabe la excepción que si el juez por medio de una solicitud de uno de los padres debidamente fundada donde medie el interés del hijo, podrá atribuir a quien lo solicite la patria potestad para que la ejerzan en conjunto ambos padres o de distribuirla entre ambos y que se tengan las funciones compartidas en cuanto a su ejercicio, con el fin siempre de garantizar el bienestar físico y psicológico del hijo menor, salvaguardándolo en donde se considere que se encuentra de una mejor manera y con la protección necesaria de ambos padres.

Aunque en el derecho español cuando los padres no se hacen responsables de la patria potestad o se niegan a ejercerla se puede nombrar otros familiares, instituciones o personas, que quedan sujetas a una supervisión judicial para que esta se ejerza de la manera más responsable sobre los menores, esta puede ser también entregada por el caso se da un cumplimiento inadecuado o mal cuidado de los hijos menores por los padres de familia en cuanto a los hijos.

La patria potestad es en general de acuerdo al derecho español correspondiente a los dos progenitores, por lo que, aunque solo uno de ellos tenga la titularidad, la facultad que se tiene sobre decidir y de resolver todas las cuestiones que puedan afectar o que sea importante en la vida o el desarrollo del menor, tendrán injerencia ambos padres sin importar quien tenga la titularidad.

Análisis de sentencias con relación a la patria potestad

En Guatemala, las sentencias en cuanto al ejercicio de la patria potestad regularmente se le concede a la madre, tomando como ejemplo la sentencia 5269-2012 del catorce de febrero del dos mil trece, proferida por el Juez Octavo de Primera Instancia de Familia del departamento de Guatemala, que declaró sin lugar la demanda oral de guarda y custodia promovida por el padre, el Tribunal cuestionada manifestó que: “...no se

probó los hechos constitutivos de su pretensión, ya que durante la secuela procesal respectiva no demostró ninguno de los supuestos contenidos en el Código Civil, en referencia a la causas por las cuales pudiera perder la patria potestad"; en el que alega la desigualdad en la que fue otorgada, ya que se tomó como primera opción a la madre y a la que se le entrega, aunque no se tenga la certeza que se la mejor opción para el hijo menor, debiendo el padre demostrar que no es competente ya que cuenta con la preminencia bajo el contexto que si se otorga de manera igualitaria ambos deberían probar que son competentes para que el juez pudiera determinar el titular.

Esta se da para su ejercicio sin importar el lugar en el que se encuentre la persona que tiene la custodia del hijo menor quedando siempre a consideración que ambos padres tienen injerencia en las decisiones en relación a los hijos, similar de lo anteriormente expuesto en España según la sentencia seiscientos/dos mil doce del Tribunal Supremo, de lo Civil del veintiséis de octubre de dos mil doce con expediente mil doscientos treinta y ocho/dos mil once, España en su parte conducente establece: *“Tomarán de común acuerdo todas las decisiones relativas al ámbito escolar, sanitario, actividades extraescolares, formativas y de ocio, celebraciones religiosas y lugar de residencia de la menor, y en su defecto serán sometidas a decisión judicial”* como se puede observar en relación a la

patria potestad en ambos países se puede ejercer de manera compartida lo que se asemeja de manera sustancial con el derecho guatemalteco.

En España se da la figura de la patria potestad de manera compartida y que ambos padres deben de tomar en conjunto las decisiones en relación a lo que tenga importancia para el bienestar del hijo menor. En Guatemala, se da un presupuesto similar y que aunque el titular sea una sola persona las decisiones se toman en conjunto para que buscar la estabilidad emocional y psicológica del hijo, dentro del cual se puede solicitar la suspensión del régimen visitas, solicitada también dentro de un proceso ordinario, según lo expuesto en otros capítulos los motivos lo promueven son susceptibles de rehabilitación, dando sin lugar la solicitud de privación total de la patria potestad y régimen de visitas, tal y como se resuelve en la sentencia del el 16 de mayo de 2017 identificada con el número 265/2017, que en su parte conducente resuelve: *“la que con desestimación total de la misma, se absuelva al demandado de todos los pedimentos de la demanda”*, ya que en concordancia con la legislación de Guatemala, todo impedimento puede ser rehabilitado en cuanto al régimen de visitas, en resguardo del menor.

Con relación al derecho en Costa Rica, el procedimiento de la fijación de guarda y custodia del hijo menor se lleva de manera similar que en Guatemala con la única excepción que en este país se lleva por medio de

un proceso sumario para que sea de manera más breve posible y que se le consigna como un proceso de guarda y crianza de menores, teniendo una pequeña variación con el nombre que se le consigna según el derecho guatemalteco.

Dentro de la legislación en Costa Rica, la fijación del titular por medio de una sentencia judicial del Tribunal Superior Civil en la resolución de las catorce horas del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en la parte resolutive consigna “*conceda la guarda y crianza de sus dos menores hijas, y subsidiariamente se le concede un régimen de visitas*” al igual que en el Guatemala se resuelve sobre los dos presupuestos en relación a la custodia y guarda del hijo menor y al régimen de visitas que es también nombrado y resuelto por el juez.

Dentro del derecho guatemalteco todo lo relacionado con la patria potestad, la custodia del hijo menor y el régimen de visitas y la manera en la que se van a llevar a cabo se resuelve dentro de un mismo proceso, dentro de la sentencia citada en el párrafo anterior encontramos que se consigna “*corresponde al trámite del proceso abreviado por tratarse de una modificación a la patria potestad... La pretensión subsidiaria sí se trata de una pretensión sumaria, pero ésta depende de la principal*” una de las diferencias entre los dos países es que según lo consignado en esa

sentencia se podrá llevar dos procedimientos diferentes ya que uno dependerá del principal pero siempre dentro de un proceso diferente.

Dentro de la misma sentencia se hace referencia a la separación de procesos en los cuales se llevan temas diferentes pero de igual manera referentes a la patria potestad, sin hacerse mención de quien de ambos padres tiene preeminencia, sin embargo se hace de manera separada para poder establecer el régimen de visitas optando así a una sentencia más certera y conveniente para el menor hijo y que ambos padres puedan cumplir con los deberes que les asigna la ley de la materia civil.

Dentro de las sentencias en relacional tema se tiene como obligación de los padres el corregir a los hijos cuando sea necesario, tema que ha sido de controversia y a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de su resolución del 27 de enero de 2009 en cuanto a la solicitud de opinión en relación a los castigos corporales a los menores como método disciplinario, tomando como punto de partida que dentro de las obligaciones de los padres en ejercicio de la patria potestad, es velar por el pleno desarrollo del menor y de su educación, en su parte conducente establece: “*regular la patria potestad y la tutela de tal forma que aseguren la protección de las niñas y los niños frente a todas las formas de castigo corporal*”, por la que procede aplicarlos pero en medida del resguardo de la integridad física y así asegurando el bienestar del menor y su protección.

Conclusiones

Se analizaron los diferentes criterios jurisdiccionales en relación a la custodia tomando como referencia la igual de derechos de los padres utilizando el derecho comparado y sus similitudes y diferencias en su aplicación por la práctica jurisdiccional guatemalteca a la hora de determinar el ejercicio de la custodia de los hijos sujetos a la patria potestad, al momento de darle preeminencia a la madre ante el padre en desigualdad del ejercicio de la patria potestad.

Se examinaron y se unificaron los criterios que se utilizaron dentro de las sentencias dictadas en los países de Costa Rica, España y Argentina, utilizados para otorgar la custodia como consecuencia de la patria potestad de los hijos así como la guarda y custodia de los mismos; derivado del principio de igualdad de derechos de ambos padres para su ejercicio, Se advirtió que la jurisdicción civil en los países que se analizaron no toman en cuenta al padre como titular sino que se le otorga preferencia a la madre del menor para ejercitar la custodia y cuidado de los menores; esto propicia una inminente desigualdad entre los padres.

Se compararon diferentes sentencias dictadas en las que se le confiere la guarda y custodia con preferencia a la madre; usándolas como punto comparativo, a lo establecido, que los niños deben de ser cuidados por sus

padres y con igualdad de derechos. Ante ello, las sentencias utilizadas para realizar el análisis comparativo de jurisprudencia evidencia que la madre tiene preferencia al ser fijada sobre el padre por lo que, como consecuencia, se contradice así la debida aplicación de derecho de igualdad en la fijación de la custodia del hijo menor de edad.

Referencias

Orellana, G (2003). *Derecho Procesal Civil*. Guatemala: Vásquez.

Aguilar Guerra Vladimir Osman. (2005). *Derecho de Familia*. Guatemala: Editorial Serviprensa.

Brañas Alfonso. (1998). *Manual de Derecho Civil*. Guatemala: Editorial Fénix.

Ruggiero. (1980). *Compendio de Derecho Civil Español*. Madrid, España: Editorial Artes Gráficas Grefol.

Materiales Legales

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. (1981).

Enrique Peralta Azurdía. Decreto ley 107. Código Procesal Civil y Mercantil. Guatemala. (1995).

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89. Ley del Organismo Ejecutivo. (1989).

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89. Ley del Organismo Ejecutivo. (1989).

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 27-2003. Ley de Protección de la Niñez y Adolescentes. (2003).

Corte de Constitucionalidad. 16 de julio de 2012. Sentencia 5269-2012. Guatemala.

Tribunal Supremo, de lo Civil. 26 de octubre 2012. Sentencia 600-2012. España.

Tribunal Superior Civil. 23 de diciembre 1992. Resolución 1894-1992. Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de enero de 2009. 132° período ordinario de sesiones. Washington D.C.