

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ANTINOMIA DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO CIVIL**

**MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ**

Guatemala, junio de 2016

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ANTINOMIA DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO CIVIL**



TESIS

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

Por

**MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2016

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

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo

**Segunda Fase:**

Presidente:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic.	Mario Mauricio Moscoso
Secretario:	Lic.	Jorge Mario Yupe Cárcamo

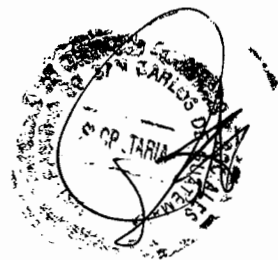
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).

**LIC. MIRIAM ALICIA SANTELIZ**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

Colegiado: 5957

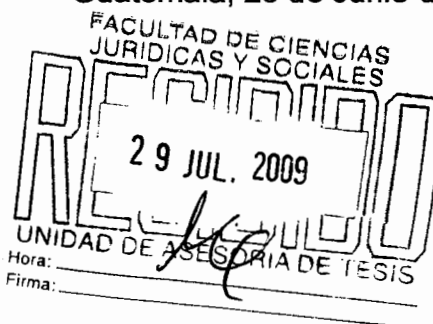
Ave. Elena "C" 15-65, Zona 1, Guatemala, Ciudad.

Teléfonos: 22515482, 58991000



Guatemala, 23 de Junio de 2009.

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy  
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de su despacho, he prestado asesoría a la Bachiller: **MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ**, en la preparación de su trabajo de tesis denominado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ANTINOMIA DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO CIVIL"**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a) El tema trabajado es importante, ya que como contribución científica se dirige a solventar la deficiencia legislativa en cuanto a la antinomia que regula el Código Civil, en cuanto a la patria potestad y la tutela. El contenido del trabajo de investigación tiene las características de ser novedoso y de actualidad y se refiere específicamente a que es necesario que la antinomia que existe entre la patria potestad y tutela de un mayor de edad sea solventada mediante la reforma de dichos artículos que la regulan.
- b) Los métodos y técnicas empleados en la investigación son idóneos, utilizando el método inductivo y analítico, los cuales permitieron a la estudiante la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- c) La estudiante observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la presentación, redacción y desarrollo del mismo.

**LIC. MIRIAM ALICIA SANTELIZ**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

Colegiado: 5957

Ave. Elena "C" 15-65, Zona 1, Guatemala, Ciudad.

Teléfonos: 22515482, 58991000



- d) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado.
- e) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros, además de incluir legislación comparada que hacen que el contenido del tema sea más completo.
- f) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho por el enfoque que se le ha dado y además porque es un tema de la realidad jurídica del país.

Por lo anterior expuesto, considero que el trabajo de investigación de la bachiller **MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,

Id y Enseñad a Todos

*Licda. Miriam Alicia Santeliz*  
*Abogada y Notaria*

Licda. Miriam Alicia Santeliz  
Colegiado 5,957  
Asesora de Tesis

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ANTINOMIA DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO CIVIL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc.Unidad de Tesis  
CMCM/mbbm

LIC. LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA  
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado: 5860

10 Av.4-46 Zona 1 departamento de Chiquimula

Teléfonos: 79422849, 44205494



Guatemala, 28 de agosto de 2009.

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



Respetable Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para dar cumplimiento a la resolución emanada por su digno cargo, a través de la cual se me designó revisor de la tesis de la Bachiller: **MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ**, con el tema intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ANTINOMIA DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO CIVIL", del cual al respecto me permito manifestar:

La Bachiller en su trabajo de tesis, abordó el contenido científico en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando doctrina, definiciones concretas y legislación comparada, en la cual se puede observar que el cuerpo legal en mención no regula claramente lo referente a la tutela o patria potestad de los mayores de edad en estado de interdicción.

Se utilizaron los métodos y técnicas de investigación: Inductivo y analítico que permitieron a la estudiante desarrollar el trabajo con precisión y con ello seleccionar la información necesaria al tema.

Se realizaron las observaciones y modificaciones recomendadas en cuanto a la redacción del presente trabajo de investigación.

En cuanto a la contribución científica, ésta enfoca realmente la problemática actual respecto al tema de la necesidad de solventar la antinomia contenida en el articulado civil.



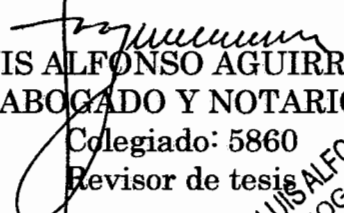
La estudiante enfoco sus conclusiones y recomendaciones sobre la importancia del tema elaborado, dando así un acercamiento a la posible solución de la problemática sobre los medios de impugnación.

Las fuentes bibliográficas fueron correctamente seleccionadas, ya que con ello se logró elaborar el contenido del trabajo de investigación de una manera adecuada.

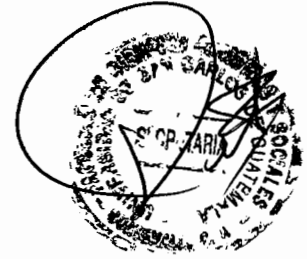
Por lo anteriormente expuesto considero que el trabajo de tesis de la Bachiller **MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ**, llena los requisitos necesarios exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y por lo cual me permito emitir mi **DICTAMEN Y OPINIÓN FAVORABLE** a efecto de que dicho trabajo sea discutido en Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

  
LIC. LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA  
ABOGADO Y NOTARIO  
Colegiado: 5860  
Revisor de tesis  
LIC. LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA  
ABOGADO Y NOTARIO





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de julio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARLEN JENNIFFER LETICIA SOLÓRZANO GÁLVEZ, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ANTINOMIA DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por regalarme esta maravillosa vida, por sus bendiciones, por estar siempre conmigo, ser mi guía y mi fortaleza.
- A MIS PADRES:** Leticia de Jesús Gálvez García y José Antonio Solórzano Ruíz, por sus sacrificios, enseñanzas, apoyo y amor incondicional.
- EN ESPECIAL A:** Morena Juárez y Oscar Argueta, por sus sabios consejos, apoyo incondicional y cariño sincero.
- A MI HIJA:** Madeleine Giselle Rivera Solórzano, por ser mi razón de ser, el mejor regalo que Dios pudo darme, esa luz preciosa que ilumina mi camino, que cambio mi vida y me convirtió en una mejor persona.
- A MI ESPOSO:** David Fernando Rivera Torres, por ser mi amigo, mi novio, mi compañero de vida y un padre ejemplar.
- A MIS HERMANOS:** Antonio Joshua Alexander Solórzano Gálvez y Jeffrey Estuardo Argueta Gálvez, por su amor fraternal y gratos momentos.
- A MIS ABUELOS:** Por su gran cariño, por aconsejarme, ayudarme e instarme a seguir siempre adelante.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** En especial a mi prima Carin Velásquez y a mis tías, con mucho cariño y respeto.



**A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA:**

Por ser el alma mater y por transmitirme  
los conocimientos necesarios para  
alcanzar este triunfo académico.

**A LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES:**

Por enseñarme los pilares  
fundamentales de mi carrera profesional.

**A LOS CATEDRÁTICOS Y A LOS  
PROFESIONALES DEL DERECHO:**

Por darme el pan del saber de cada día.

**A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:**

En especial a Rut y Cristian, por su  
amistad sincera y gratos recuerdos.

**Y A USTED:**

Por acompañarme en este día de dicha y  
felicidad.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. La patria potestad.....	01
1.1. Concepto.....	01
1.2. Definición.....	05
1.3. Características.....	06
1.4. Titularidad.....	07
1.5. Modificaciones que puede sufrir la patria potestad en la legislación comparada.....	10
1.6. Privación de la patria potestad .....	13
1.7. Antecedentes.....	16
1.8. La patria potestad en el derecho romano.....	17
1.8.1. Fuentes.....	19
1.8.2. Caracteres de la potestad paterna.....	20
1.8.3. Titulares.....	21
1.8.4. Efectos.....	22
1.9. La patria potestad en el derecho contemporáneo.....	24
1.9.1. Fuentes.....	25
1.9.2. Titulares del derecho.....	26
1.10. Otros efectos de la patria potestad.....	27
1.11. Estudio comparativo de la patria potestad en el derecho romano y contemporáneo.....	30
1.12. Desarrollo histórico.....	33
1.13. Utilidad en el derecho romano.....	35

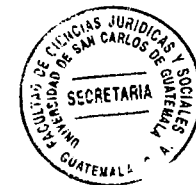


## CAPÍTULO II

	Pág.
2. La tutela y la curatela.....	37
2.1. Personas sujetas a tutela.....	37
2.2. Nombramiento de tutor.....	38
2.3. Discernimiento de la tutela según la doctrina.....	40
2.4. Juramento.....	40
2.5. Confirmación de la tutela.....	41
2.6. Funciones del tutor.....	42
2.7. Caracteres de la tutela.....	42
2.8. Control del juez y del Ministerio de Menores.....	43
2.9. Clases de tutela según la doctrina.....	45
2.10. Curatela.....	50

## CAPÍTULO III

3. Problemas jurídicos que provienen de la antinomia referente a la tutela y a la curatela.....	53
3.1. La doctrina legal en Guatemala.....	53
3.2. Casos en que procede.....	53
3.3. El estado de interdicción y la declaración de ésta en Guatemala.....	63
3.4. Declaración de incapacidad en el derecho comparado.....	65
3.5. Procedimiento de incapacidad iniciado a instancia de parte según la práctica americana.....	66
3.6. Capacidad.....	67
3.7. Incapacidad.....	67
3.8. Los inhabilitados.....	70
3.9. Los dementes.....	72



## CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Solución al conflicto entre la curatela y la patria potestad.....	73
4.1. Problemas jurídicos referentes a la tutela y la patria potestad.....	73
4.2. Antinomias gnoseológicas.....	76
4.3. Diferenciación entre antinomia y paradoja.....	77
4.4. Diferenciación entre antinomias lógicas.....	79
4.5. La patria potestad prevalece ante la tutela.....	80
4.6. Criterio utilizado para resolver las antinomias.....	81
4.7. Patria potestad y sus aspectos importantes en el derecho comparado.....	83
4.8. Tutela.....	97
4.9. Curatela.....	99
4.10. Solución a la antinomia.....	103
4.11. Aspectos doctrinarios de las reformas.....	114
4.12. Controles y contrapesos.....	115
4.13. Reforma al Artículo 301 del Código Civil, Decreto 106.....	118
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>121</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>123</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>125</b>



## INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo que establece el Decreto Ley 106 Código Civil, al momento de que una persona declarada en estado de interdicción (que pueden ser los mayores de edad de acuerdo con el Artículo nueve del cuerpo legal en mención) debe tener como tutor al cónyuge, pero si no tuviese, serían los padres, lo cual contraviene otra norma establecida en el mismo cuerpo legal ya que precisamente en ese caso se regula también que el mayor de edad declarado en estado de interdicción debe volver a la patria potestad, lo cual crea como consecuencia una antinomia (del latín antinomia, a su vez del griego anti que significa contra y nómos lo cual significa ley) es decir, la contradicción aparente o real entre dos leyes o entre dos pasajes de una misma ley.

A la luz de lo que establece el Código Civil existe una contradicción, tal como quedó apuntado, la cual no se puede resolver auxiliándose de la teoría Kelseniana, que consiste en la jerarquía de las leyes según la pirámide que éste creó (la pirámide kelseniana), ya que dicha antinomia se encuentra regulada en el mismo cuerpo legal, razón por la cual se hace necesario resolverlo atendiendo a la doctrina.

El problema es enfocado desde el punto de vista jurídico en cuanto a la antinomia existente en los Artículos 252 y 301 del Código Civil, es decir, la problemática evidente referente a la incertidumbre jurídica de no saber si el mayor de edad declarado en estado de interdicción ha de permanecer bajo la patria potestad o bajo la tutela de sus padres.

En ese orden de ideas es de gran importancia que lo referente a la antinomia en mención sea solventada mediante la reforma al Código Civil, ya que de esta forma se habrá de evitar dicho problema dentro del marco jurídico además de proporcionar certeza jurídica a dichos asuntos.

La hipótesis, es lograr que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no exista contradicción alguna y que de esta forma se logre que el principio de claridad y



seguridad jurídica no se vea afectado de forma alguna, ya que como se llegó a conjeturar dentro del trabajo de investigación, si un ordenamiento jurídico es deficiente es probable que no atienda a la realidad de una sociedad determinada y conlleve falta de certeza jurídica.

Los objetivos de la investigación son: Establecer que la legislación necesita que las normas sean cumplidas desarrollando sistemas que se acoplen a la realidad; y demostrar que la reforma esclarecerá en definitiva la discusión jurídica respecto de la patria potestad o curatela.

Los supuestos de este trabajo son los siguientes: Que suele causar confusión dos normas jurídicas que se contradicen entre si, lo cual atenta contra los principios del derecho; que las reformas a las normas que contienen deficiencias legislativas son la forma de subsanar dichos errores legislativos; y mientras más claro es un ordenamiento jurídico, menos interpretaciones contrarias surgirán.

El presente trabajo se desarrolla en cinco capítulos, los cuales se desarrollan de la siguiente forma: El capítulo uno, todo lo referente a la patria potestad en cuanto a sus aspectos doctrinarios; capítulo dos, lo relativo a la tutela y la curatela; capítulo tres, hace referencia al problema jurídico entre dos normas jurídicas que regulan respecto de la patria potestad y tutela hacía una persona declarada en estado de interdicción; capítulo cuatro, formas de atender a las antinomias dentro de los ordenamientos jurídicos, tomando en cuenta el orden jurídico guatemalteco.

Así mismo, el método utilizado para el desarrollo del presente trabajo fue el analítico, deductivo, mientras que las técnicas fueron el uso de libros y referencias.

Al haber desarrollado la presente tesis, se comprendió que el orden jurídico en Guatemala es deficiente en muchos aspectos, empero por razones eminentemente de deficiencia legislativa no solo del legislador en los años en el que fue decretado el Código Civil, sino en la actualidad en la que persiste dicha deficiencia legislativa.





## **CAPÍTULO I**

### **1. La patria potestad**

De conformidad con la legislación guatemalteca, no es más que el poder, ejercido por los padres para administrar y de representar a los menores de edad, o de los mayores declarados en estado de interdicción en los actos de la vida civil en que ello sea necesario. Así mismo constituye una figura de carácter jurídico muy importante para el ejercicio y cumplimiento de derechos y obligaciones respectivamente.

En nuestro medio es difícil ejercerla, toda vez el padre quiere corregir a su hijo, se encuentra muchas veces con las barreras que le impiden cumplirla al 100%, debido a que en la cultura guatemalteca, así como en otros países del mundo no es posible obligarlos para que cumplan todas las disposiciones que se les designen a los progenitores, solamente se les puede instruir y orientar en el transcurso de su vida.

#### **1.1. Concepto**

“Constituye una relación paterno-filial, que consiste en un régimen de protección de los menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. Ésta no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la misma se funda en las relaciones



naturales paternas, independientemente de que éstas nazcan dentro de las nupcias o fuera de él. “<sup>1</sup>

En Guatemala, muchas veces se da en forma imperativa por la ley, es decir que el guatemalteco en general, es irresponsable y el juez la otorga al progenitor que demuestre ser responsable, en todos los ámbitos, como la educación, el vestuario, la alimentación, etc.

En este sentido se puede entender, que es el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los descendientes que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado y desarrollo integral de los mismos. De manera que ésta va a comprender la guarda, representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

Es muy importante el cuidado de los niños, ya que la violencia está generalizada y es un riesgo que se da día a día. Esto es para salvaguardar la integridad física del menor, así mismo saber administrar los bienes que posean.

---

<sup>1</sup> Raz, Joseph. **La autoridad del derecho**. Pág. 51.



Se podría decir que los derechos que se les otorga a los progenitores, se constituyen propiamente en poderes sobre sus descendientes, porque las facultades que la ley les confiere a los padres no son en beneficio de ellos, sino de los hijos.

Esta figura es muy importante como parte fundamental en el desarrollo de los hijos, ya que los papás son responsables de que ellos sean unos hombres de bien, o al contrario unos malhechores.

Así mismo, ésta se ejerce por el padre y la madre, esto es, ambos tienen iguales derechos para ese ejercicio; mas esto no significa que siempre deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para cumplirla.

Entonces es de hacer notar que esta figura es adoptable a diferentes situaciones que se pueden presentar, tal es el caso de los padres divorciados o cuando uno o ambos tengan algún impedimento, trasladándose la misma a quien corresponde, el que deberá ejercerla con la misma responsabilidad que lo hacían el progenitor cumplidor.

Cabe destacar, que este precepto constituye una relación paterno-filial, pero ésta no es la única de este tipo, aunque es la más importante. Entre otras se puede mencionar:



- a) **Nombre civil:** Que queda determinado en principio por sus padres al darle un nombre de pila, y los apellidos son transmitidos al menor.
- b) **Obligación alimentaria:** El Código Civil y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establecen la obligación de los padres de mantener, educar e instruir a sus hijos menores, así como también a los mayores que se encuentran impedidos de atender por sí mismos a la satisfacción de sus necesidades (Artículo 282 Código Civil.; y Artículo 30 y 365 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.)
- c) **Honra y respeto** por parte de los hijos a sus padres.
- d) **Visitas:** Los progenitores tienen derecho de visitar a sus descendientes, inclusive si no ejercen la patria potestad.
- e) **Funerales y sepultura:** De los padres acerca de los hijos, en la medida en que éstos no lo hayan hecho, ni exista otra persona con derecho preferente, como es el caso del cónyuge.
- f) **Patria potestad.**

El que la ejerce, tiene la obligación de velar por ellos, tanto materialmente como espiritualmente, y esto es fundamental en una sociedad que hoy en día adolece de valores morales.

## 1.2. Definición

“Es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, mientras son menores de edad o están incapacitados, con el objetivo de permitir el cumplimiento a aquéllos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de los mismos. Cuando lo anteriormente dicho se efectúa es excelente, pero cuando no se cumple se incurre en algo que se puede llamar irresponsabilidad a sus obligaciones.”<sup>2</sup>

La reducción del poder de los padres viene establecida por las legislaciones, pues la función de ésta tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, se priven a los progenitores. Y ello siempre, por supuesto, a través de procedimientos judiciales (juicios ordinarios civiles), la misma se adquiere desde el momento en que se tiene un descendiente y es necesario que el papá o los padres que la ejerzan sean idóneos tanto en el cuidado, alimentación, vestuario, estudio, salud y todo lo necesario para que ese niño crezca en un ambiente de paz y armonía con la sociedad.

---

<sup>2</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 65.

### **1.3. Características**

- a) “Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.
- b) Es obligatoria, pues los padres la tienen, a no ser que la misma legislación los prive de la misma o los excluya de su ejercicio.
- c) Es personal e intransmisible, porque son los progenitores quienes deberán ejercerla, a no ser que la misma ley los excluya de su práctica.
- d) Es un régimen de protección, que ofrece las mayores garantías de resguardo de los menores no emancipados, porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.
- e) Es indisponible, porque el ejercicio de esta no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos en que la misma legislación lo permita. Es importante señalar que los cónyuges pueden disponer sobre la guarda del hijo en el escrito de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pero este es un caso en que la ley lo admite.
- f) Es irrenunciable y en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, adolecen de nulidad. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho patrimonial.
- g) Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los papás.



h) Es ejercida personalmente por el padre o por la madre.”<sup>3</sup>

En la actualidad es muy importante de que quien la ejerza cuide a sus hijos, ya que hay muchos padres irresponsables y no cumplen con esa obligación, y es el caso de papás alcohólicos, progenitores que consumen drogas o en el caso extremo madres que se prostituyen.

#### **1.4. Titularidad**

Corresponde tanto al padre como a la madre. En el caso de que el menor haya sido adoptado, le corresponderá al adoptante o adoptantes.

Con respecto a la titularidad fuera del matrimonio, establece el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 214: “Que en los casos de hijos comunes fuera de las nupcias, corresponde conjuntamente al padre y a la madre, cuando la filiación se establece simultáneamente respecto de ambos, porque si la filiación se establece de manera separada, según el Artículo 215: “No están obligados a revelar el nombre de la persona con quien hubieren tenido el hijo.”

---

<sup>3</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 66.

Además, esta norma determina que en todos los demás casos, que quien goza legítimamente un derecho declarado o reconocido corresponde sólo a aquel de los ascendientes respecto al cual se haya establecido primero la procedencia, a pesar de que el juez competente puede conferirla al otro padre, si este vínculo se establece con respecto a él mediante reconocimiento voluntario que dicho progenitor haga del hijo, y prueba que este último goza, en relación a él, de posesión de estado, oída la opinión de éste y la del padre que la tiene, y siempre que tal conferimiento resulte conveniente a los intereses del menor, de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta que se faccione al respecto.

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

En caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio, el juez competente debe dictar las medidas provisionales que se aplicarán hasta que concluya el juicio correspondiente, así como en lo que concierne al régimen de visitas y de alimentos. La sola iniciación y prosecución de un juicio de este tipo, no afecta a la misma, pero permite al prefecto decidir sobre la guarda de los descendientes menores,





la separación conyugal por mutuo consentimiento tampoco afecta esta figura jurídica en su conjunto, aunque sí afecte la guarda del menor.

En materia de divorcio la ejercerá normalmente la madre, hay excepciones en el cual se le otorga al padre, pero eso se da cuando ella no tenga los medios económicos, o cuando no sea una persona idónea.

“Si bien es cierto que la patria potestad no es renunciable, al disolverse el matrimonio, bien pueden los divorciados establecer la forma en que respectivamente habrán de ejercitar los derechos de patria potestad, compaginando de algún modo las dificultades que forzosamente tiene que acarrear la separación, por lo que si establecen que los hijos quedaran confiados a la custodia de la madre, es indudable que el padre no tiene facultad de poder conservar también a su lado a aquéllos, por tiempo indefinido.”<sup>4</sup>

Es indispensable entonces que el que la ejerza sea un padre idóneo y respetuoso ante el hijo y que le dé buenos ejemplos.

---

<sup>4</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 78.



### **1.5. Modificaciones que puede sufrir la patria potestad en la legislación comparada**

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, contempla con relación a la modificación lo siguiente:

“Artículo 356: La extinción se da cuando el menor llega a su mayoría de edad o está por emanciparse; por su muerte, por ser adoptado o también por fallecimiento del que la ejerce. Se realiza sobre los descendientes no emancipados, termina una vez que éstos cumplen la mayoría de edad, por adquirir la capacidad de ejercicio, esto es, a los 18 años cumplidos. Es a partir de tal acontecimiento en que cesa automáticamente la representación de los padres sobre los hijos.”

Esta comparación es aplicable también en la legislación guatemalteca, ya que esta figura jurídica puede alterarse por las mismas causas que la ley internacional en mención.

La pérdida, se da por causa grave que impida la convivencia del menor bajo el amparo de su padre. La privación procede cuando hay maltrato habitual a los hijos; cuando los hayan abandonado o los expongan a situaciones de peligro; cuando traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución;

cuando los padres tengan malas costumbres, ebriedad habitual u otros vicios, cuando pudiesen comprometer la salud, seguridad o moralidad de los menores; cuando sean condenados como autores o cómplices de un delito o falta cometidos intencionalmente contra el descendiente.

En la actualidad, también se da el maltrato hacia los hijos, por eso los derechos humanos juegan un papel muy importante, ya que los niños tienen la potestad de ir a denunciar a los causantes de dichos vejámenes.

Con la limitación, el juez sin privar a los padres de esta la limita, en vista de las circunstancias para el bien de los hijos.

La suspensión, se da por incapacidad o ausencia de los progenitores, por interdicción civil, si se prueba que los padres están impedidos de hecho para ejercerla. Aun cuando esta representación concluye por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la mayoría de edad del hijo y por la emancipación de éste, y se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, y por sentencia condenatoria que imponga como pena la cesación de ésta.

No debe perderse de vista, que en estos asuntos se habla de la falta de dicho ejercicio personalmente. Es innegable que ésta puede ocurrir, además de los casos de muerte,



interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos procesos en que existe imposibilidad material y notoria para ejercerla, como acontecería si el padre, en el momento preciso y urgente de representar en juicio a sus hijos se encontrara privado, por causa de enfermedad del uso expedito de sus facultades mentales, que lo colocará en situación de no poder desempeñar esa prerrogativa personalmente ni otorgar el mandato correspondiente. Pero cuando esta incapacidad es por un motivo ilícito, como el hecho de que el progenitor se encuentre prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera incluye su abstención para representar a sus menores, ya que tal abstención obedece a una razón inicua.

Cuando un padre por diversas razones no puede ejercerla, la ley le otorga una persona que lo sustituya.

Los efectos de la pérdida, privación, limitación y suspensión, afectan los poderes que tienen los padres sobre los hijos, sin alterar el vínculo filial que existe entre ellos.

Entonces se puede argumentar que la pérdida de esta potestad, se da no solo con la muerte del que la ejercía, sino también con el maltrato hacia el hijo o dejar de darle la alimentación ineludible.

## **1.6. Privación de la patria potestad**

Puede derivar de la siguiente forma:

- a) En primer término, en sentencia dictada en juicio principal de privación de la misma.
- b) En sentencia firme de divorcio o separación de cuerpos de los padres, en este último caso cuando el juez determine que alguno de los cónyuges está incurrido en la causal cuatro, cinco o seis del Artículo 155 del Código Civil.
- c) En sentencia penal, cuando se condena al padre o madre por la comisión de ciertos delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las instituciones sociales o cuando se condena a alguno de ellos por abuso en la corrección o disciplina o de sevicia en las familias cometidos contra el hijo, siempre y cuando constituyan hechos habituales.

Entonces se puede decir que se otorga judicialmente, en el caso que ninguno de los padres pueda ejercerla, o tengan impedimento.

Esta representación se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones. La pérdida de tal facultad entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos, como para el progenitor condenado por ello, para decretarla en los

casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Definitivamente es única, ya que ninguna persona que sustituye a alguno de los progenitores les dará el buen trato, la comprensión y el amor que un padre les brinda a sus hijos.

Según lo dispone el Artículo 352 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, del Decreto del Congreso de la República de Venezuela, el cual concuerda con el Artículo 274 del Código Civil, el padre o la madre o ambos pueden ser privados de esto, respecto de sus hijos cuando:

- a) "Los maltraten física, mental o moralmente.
- b) Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo.
- c) Incumplan los deberes inherentes a la misma.
- d) Traten de corromperlos a prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
- e) Abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
- f) Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco-dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor.

- g) Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo.
- h) Sean declarados entredichos.
- i) Se nieguen a prestarle alimentos.
- j) Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.”

A pesar que la ley establece los parámetros que un progenitor tiene para no perderla, hay un alto porcentaje de padres de familia que incurren en estos errores sin importarles las consecuencias en que puedan incurrir, y al final ambos pierden, y esto en realidad es lamentable.

No se viola garantía alguna del marido, por el hecho de declarar que la pierde, si fue condenado al divorcio, por injurias y abandono de hogar. Una reiteración por parte del padre, de las expresiones vejatorias en contra de la madre, que se dicen proferidas en presencia de sus hijos, si es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad, exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, conclusión ésta que teniendo en cuenta los estudios de psicología muy abundantemente divulgados, constituye una máxima experiencia que resulta por ende, contraria a la obligación elemental que incumbe a los progenitores de formar moralmente a sus descendientes.

Por otra parte, ésta debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la ley civil de honrar y respetar a sus ascendientes; podrían cumplir mal tal obligación en relación con su progenitora, si el padre les imbuye desde sus primeros años, ideas que redunden en el mayor menosprecio y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente dicha del progenitor, si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, más no la reiteración necesaria para que constituya una conducta. Entonces también el padre puede ser un instrumento de descrédito entre ambos y perjudicar al hijo, porque el menor de edad tendrá la idea que su progenitora es una persona no idónea para enseñarle el camino correcto a seguir.

### **1.7. Antecedentes**

Es una figura jurídica que a lo largo de la historia del derecho ha sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes. Esto recuerda que las leyes son positivas, pero qué pasa cuando no se cumplen, será que hay que cambiarlas, definitivamente son las personas las que tienen que cambiar por el bienestar de la familia.

En el derecho romano significaba un amplio poder que los padres o abuelos ostentaban sobre hijos o nietos, a tal grado que esa potestad disciplinaria podría inclusive llegar hasta la disposición de la propia vida.



Este derecho se fue suprimiendo poco a poco hasta llegar a la actualidad, en donde el poder del padre sobre los hijos no queda más que un moderado derecho de castigar cuando existe una causa justificada.

Precisamente, el presente trabajo trata de buscar una comparación de la figura jurídica de como se reconocía y aplicaba en el derecho romano y lo que actualmente representa; es decir, como la conciben los juristas y que alcance le han dado los legisladores dentro del sistema jurídico.

Es necesario que en Guatemala se mantenga el estado de derecho en relación a este tema y aplicar la ley a progenitores que no cumplen con los requisitos indispensables para darles a sus menores lo necesario para que ellos se puedan realizar como ciudadanos honorables.

### **1.8. La patria potestad en el derecho romano**

Los romanos la consideraban como el poder atribuido al padre de familia, es decir, la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción.

“En las instituciones de Justiniano se decía: In potestate nostras sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procravimus (están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de

justas nupcias). Como puede apreciarse en este principio queda manifiesto la idea del poder, el cual se manifiesta abiertamente en la familia, mediante la autoridad máxima del padre.

Desde luego, para ejercitarla en el derecho civil romano era requisito ser ciudadano romano, en cuyo caso según el derecho antiguo el paterfamilias era el propietario de los hijos, tenía el derecho de vida y muerte; podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que estos hubieran causado; castigarlos y matarlos, según disponía la Ley de las XII Tablas; como el padre era el propietario de su descendiente los bienes que este adquiría también pasaban a su poder.

Este imperio de los progenitores sobre los hijos duró casi todo el régimen republicano, pero posteriormente fue modificada; por lo que en la época imperial romana el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, mas no en el propietario de ella. <sup>5</sup>

En la ley romana, se establecía que el papá era la máxima autoridad en el hogar y eso se respetaba, en la actualidad eso no se da en muchos países y Guatemala no es la excepción.

---

<sup>5</sup> Ross, Alf. **Sobre el derecho y la justicia.** Pág. 71.

### 1.8.1. Fuentes

Éstas se clasifican en:

- “Las justas nupcias,
- La legitimación y
- La adopción.

En el derecho romano estaba originada por las justas nupcias, lo cual hacía que todos los que nacían de los cónyuges cayeran bajo su poder, así como los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo; sin embargo, esto no se aplicaba a los descendientes de la hija que pasaban o se sometían a la potestad del abuelo materno. La mujer aún cuando fuera sui juris jamás ejercía la misma sobre los menores.

Los romanos, consideraban al matrimonio o nupcias en general a la unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia (nuptiae- viri matrimonium, individuum vitae consuetudinem continentis). Así lo definían como una asociación de toda la vida.

Desde el punto de vista etimológico, el término matrimonio proviene de matris (madre) y monos monere (oficio, ocupación o protección) o bien de mater (madre) y monus (uno) o sea una sola madre.

La filiación, es el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, produce efectos extensos según la naturaleza de la unión donde resalta. Se considera más plena aquélla que emana de la *iustae nuptiae* y que vale para los hijos la calificación de *liberi iusti*.

La adopción, es un acto solemne que hace caer a un ciudadano romano bajo la potestad de otro, en donde se establecen entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación *ex iustis nuptiis*. Existen dos clases de adopción: La de las personas *sui iuris*, a la cual se le llama adrogación y la referente a los *alieni iuris*, que es la adopción propiciamente dicha.<sup>6</sup>

Esta institución presenta en Roma un lugar importante, debido a los intereses políticos y religiosos, y dada que la familia civil solo se desarrollaba por los varones podía suceder que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse y para evitarlo se acudía a la adopción. En este siglo, esa ley es obsoleta y no es aplicable en la legislación guatemalteca.

### **1.8.2. Caracteres de la potestad paterna**

“Ésta pertenece al padre sobre los descendientes que forman parte de la familia civil.

De acuerdo a ello, puede resumirse en tres proposiciones:

---

<sup>6</sup> Ross, Alf. *Ob. Cit.* Pág. 75.

- El jefe de linaje es el dueño del culto doméstico.
- Los hijos de estirpe son incapaces, como los esclavos, de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el ciudadano, sui juris de sexo masculino.
- La persona física de los sujetos de esta potestad, está a la disposición absoluta del paterfamilias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte.”<sup>7</sup>

Si esta ley se aplicara en Guatemala, se viviría en un país donde el hombre decidiera sobre las obligaciones de la esposa y de los hijos, se viviera en una situación difícil y de retroceso para la sociedad, ya que no es posible que el padre decidiera prácticamente sobre la vida de su familia. Como esta potestad está en interés del padre, no podrá pertenecer a ninguna mujer, ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la madre.

### 1.8.3. Titulares

“En el derecho romano, ésta pertenece al jefe de familia sobre los hijos que forman parte de la familia civil. El derecho de autoridad que se tiene sobre los hijos es propio de los ciudadanos romanos. Justiniano, dice en sus instituciones que este precepto es del ascendiente sobre los descendientes que son procreados en justas nupcias, además también pueden estar bajo el dominio paterno, el abrogado y el adoptado.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág.79.

<sup>8</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág.83.

En esta época predominaba el patriarcado, no había igualdad de derechos y obligaciones en el hogar.

Para tener este mando era necesario ser sui juris, de aquí que el menor que tiene varios ascendientes varones en la línea paterna, estará bajo la autoridad del más lejano- abuelo, bisabuelo- no hay edad que libere al hijo de este imperio, pero aunque está sometido en el orden privado, no le afecta en sus derechos públicos, lo que hace su situación superior a la del esclavo.

Entonces ésta era netamente paternalista, la madre no tenía ningún derecho sobre los hijos, se le discriminaba por el hecho de ser mujer.

#### **1.8.4. Efectos**

“El paterfamilias, es la única persona que tiene la plena capacidad de goce y ejercicio, todos los demás miembros de la domus dependen de él; los esclavos, los hijos, la esposa o nuera in manus, adquieren solo para el patrimonio del padre de familia, en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etc.”<sup>9</sup>

Según lo supra citado, se puede notar que dentro de los lineamientos establecidos en el derecho romano, el padre de familia era la máxima autoridad, todo lo que él decía

---

<sup>9</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág.85.

era ley y se debía cumplir por su esposa e hijos, también elegía todas las decisiones en relación a la forma de dirigir a la estirpe.

El progenitor tiene sobre los hijos el poder disciplinario casi ilimitado, no solo sobre las personas sino también sobre el patrimonio de éstos.

Con lo anteriormente escrito, se puede observar que desde la antigüedad se tenía al padre de familia como una sola figura para administrar los bienes de un linaje, no obstante que éstos adquirieran más bienes, ya que éstos siempre pasaban a formar parte de su patrimonio. En este imperio no existían los derechos humanos, ni la propiedad privada, ya que el único que tenía posesiones era el hombre.

El paterfamilias era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el filius families, pero podía entregar al culpable para que pagara su culpa mediante trabajo.

Entregar al delincuente para pagar por sus delitos mediante trabajo, se aplica en parte en Guatemala, ya que en algunas comunidades se aplica el derecho consuetudinario, la ley de la costumbre, y a la tradición de dichos pueblos para reprender al culpable.

Durante la fase imperial, esta representación se convirtió en figura política en la que establece derechos y deberes a padres e hijos. Así, por ejemplo, en la época de Marco Aurelio se reconoce en la relación padre-hijo un recíproco derecho a alimentos.

Estas leyes, se consideran hoy en día como algo fuera del marco legal de cualquier país que sea democrático.

### **1.9. La patria potestad en el derecho contemporáneo**

“Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas al padre y a la madre, respecto a los hijos menores considerados tanto en su persona como en su patrimonio. Aquí se distinguen dos aspectos: Uno referido a la protección de las utilidades materiales (asistencia protectora) y otro a la de los intereses espirituales (asistencia formativa).”<sup>10</sup>

Entonces esta figura recae principalmente sobre los progenitores, pero eso no exime a los parientes más cercanos en la línea de consanguinidad directa, debido a que existe otra figura llamada tutela que sirve para la protección de los menores a falta de los padres.

---

<sup>10</sup> Ross, Alf. Ob. Cit. Pág.92.



### 1.9.1 Fuentes

- a) “La principal fuente es el matrimonio, es decir los hijos nacidos dentro de éste; sin embargo, también son fuentes la adopción y la legitimación. Asimismo tienen los mismos derechos, los menores fuera de las nupcias, por lo que de la misma forma deben ser reconocidos por los progenitores.
- b) La filiación, corresponde al lazo natural que relaciona al descendiente con sus autores, produce efectos extensos; la más plena es sin duda aquélla que emana del matrimonio, es decir debe ser legalmente cierta.
- c) La adopción, se da cuando una persona es reconocida legalmente por otra como hijo, estableciéndose las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación del matrimonio.
- d) La legitimación, corresponde al reconocimiento jurídico de una relación de padres e hijos cuando ello se da fuera de las nupcias.”<sup>11</sup>

En el caso del adoptado, es especial, ya que ambos progenitores la ejercerán, y aunque tienen los mismos derechos que los nacidos en matrimonio, hay algunas restricciones, como por ejemplo: La herencia, pues quedan sin efecto a que puedan ser nombrados herederos.

---

<sup>11</sup> Ross, Alf. Ob. Cít. Pág. 100.

### **1.9.2. Titulares del derecho**

Ésta no es absolutamente, en el sentido de que no pertenece ineludiblemente a los progenitores, esto se debe a que la patria potestad honesta, organizada en la época moderna no es en interés de los padres, como existía en el curso de la historia, sino más bien en el de los hijos.

Esta potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce sucesivamente por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela de ésta. Y en ausencia de ellos la persona que tenga medios económicos para el sostenimiento de los menores, tanto descendientes maternos como paternos.

Sobre el hijo adoptivo, la ejerce únicamente la persona o personas que le adoptan, como consecuencia natural de la adopción. Tratándose de menores nacidos fuera de matrimonio, cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos, ambos la ejercerán. Cuando estén viviendo separados y lo hayan reconocido en el mismo acto, convendrán cuál de los dos podrá ejercerla, y en el caso de que no lo hicieran resolverá el juez de primera instancia del lugar. Si los padres de esta persona vivían juntos y se separan, los dos continuarán ejerciéndola, en caso de que no se pongan de acuerdo será el juez quien decida.

### **1.10. Otros efectos de la patria potestad**

Los efectos pueden distinguirse en dos relaciones:

- Con las personas; y
- Con los bienes

Efectos con relación a las personas: Respecto a los sometidos a ésta, los hijos cualesquiera que sea su estado y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este deber predominantemente ético, no se extingue con la emancipación.

Con respecto a estos valores, es algo que en la actualidad se ha ido perdiendo, ya que hoy en día una parte de jóvenes no respeta, ni acata órdenes de las personas que han dedicado su vida a cuidarlos y a proporcionarles alimentos (vestido, alimentación, educación, entre otros).

Mientras el hijo esté bajo esta figura, no podrá dejar la morada sin permiso de ellos, o en virtud de decreto de la autoridad; tampoco puede comparecer en juicios ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del o de los que la ejerzan, resolviendo el juez en caso de discrepancia.

Estas prescripciones tienden a evitar los daños que podrían ocasionar la inexperiencia de quienes se encuentran sometidos a los efectos de esta institución, si pudiese dejar

su hogar sin autorización, al contraer obligaciones que pudieran comprometer su patrimonio.

Esta figura tiene como objeto primordial la protección de los menores, debido a que los mismos no cuentan con la experiencia necesaria para llevar a cabo actos en el ámbito jurídico, dado que de efectuarse los mismos, éstos no serían aptos para contraer obligaciones de cualquier índole, ya que lo que se busca es salvaguardar el menoscabo de su patrimonio.

“Respecto a las personas que la ejercen: La obligación de educar convenientemente al menor incumbe a las personas que le tienen bajo su patria potestad y su incumplimiento entraña responsabilidad. Los padres y los representantes de los menores tienen el deber de hacer que sus hijos o representados en edad inferior a 15 años concurren a las escuelas del Estado, a particulares autorizados para cursar la educación primaria y secundaria, sancionándose administrativamente con multa al incumplimiento de esta obligación.”<sup>12</sup>

En Guatemala, esto no se cumple a cabalidad, ya que en las áreas rurales, los niños en edad de escolaridad no tienen la oportunidad de ir a la escuela, ya que tienen que trabajar y ayudar a sus padres.

---

<sup>12</sup> Raz, Joseph. Ob. Cit. Pág. 112.

Los que ejercen esta figura tienen la facultad de castigar y corregir a sus hijos moderadamente. La moderación a que hace referencia el Código Civil, significa que en ningún caso esté autorizada con exceso de lo que en el orden natural de la conducta humana pueden presumirse de quienes la practican.

La obligación de dar alimento a los hijos, se acentúa en el caso de que se hallen sometidos a esta institución. Este compromiso se extiende tanto a papá como a mamá y a descendientes maternos y paternos.

“Efectos con relación a los bienes: Administración y usufructo: Los bienes del menor mientras estén bajo esta potestad son de dos clases: Los que adquiera con su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título; los de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. La mitad del usufructo de los bienes que éste adquiera por título distinto del trabajo, corresponde a las personas que la ejecuten; sin embargo, si los descendientes adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca a él o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.”<sup>13</sup>

Entonces cuando el hijo es menor de edad y adquiera bienes, el padre o la madre están en la obligación de la guarda y custodia de ellos.

---

<sup>13</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 113.

Los jueces tienen la facultad de tomar, a instancia de las personas interesadas del menor, cuando hubiere cumplido 14 años o del Ministerio Público (ahora es la Procuraduría General de la Nación), las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes la ejercen, derrochen o disminuyan los bienes del hijo. Los padres también tienen la obligación de que el menor no destruya el patrimonio adquirido, serán responsables de velar por la buena conducción y la enseñanza hacia sus hijos.

### **1.11. Estudio comparativo de la patria potestad en el derecho romano y contemporáneo**

A diferencia de la concepción que en el derecho romano se tenía, como un conjunto de prerrogativas a favor de los padres; en la actualidad, es por el contrario, una obligación en el sentido verdadero del término a cargo de los padres y a favor de los hijos, cuyo objeto es la educación de éstos, obsérvese igualmente que está ligada a la noción de la minoría de edad.

Esta diferencia es evidentemente verdadera, ya que en el derecho romano esta figura jurídica era imperativa, y ahora se basa en los sentimientos de fraternidad y de amor, en donde el principal interés son los hijos.

“Más que un poder, actualmente es una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo

en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de las personas y bienes del menor, a lo que no es extraña la intervención del Estado. Esta mediación se acentúa cada vez más como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad en la institución familiar.

El derecho romano era una institución de anarquía, y en la época contemporánea es una institución de potestad paterna y materna y una buena relación padre e hijo.”<sup>14</sup>

Actualmente es una institución civil, acusadamente matizada por el influjo de la moral, y en la cual los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que le corresponden.

Esta figura es de mutua colaboración, ya que en la vida moderna tanto padres como hijos trabajan por el bienestar familiar.

En resumen, es posible decir que:

- En el derecho romano, el poder era atribuido al padre de familia sobre los hijos nacidos de justas nupcias por la legitimación o por la adopción, y duraba toda la vida no solo sobre la persona sino también sobre su patrimonio. Actualmente, esto es solo historia, ya que en la sociedad ha sido abolido que el progenitor ejerza sobre la vida de los menores, hoy en día es aplicable hasta los 18 años.

---

<sup>14</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 126.

- El padre o abuelo tenía un poder disciplinario casi ilimitado sobre el hijo, derecho de vida y muerte, podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que éstos hubiesen causado. (Ley de las XII Tablas). Hoy en día esta potestad es limitada.
- En la época imperial romana, esta figura jurídica fue modificada, aquí el progenitor se convirtió en jefe supremo de la familia, mas no en el propietario de ella. Esta modificación era parcial ya que todavía ejercía un dominio absoluto sobre los bienes de la esposa e hijos.
- En el derecho contemporáneo, estaba ligada a la minoría de edad; es decir, concluye cuando el descendiente alcanza la mayoría de edad (18 años). Esto es lo que se aplica en estos días y es bastante aceptable por los países democráticos y respetuosos de la ley.
- En el derecho actual, de ese amplio poder del padre sobre los hijos no queda más que un moderado derecho de castigar. Esta sanción se transcribe hoy por hoy como muy superflua, ya que hay menores que han sido irrespetuosos y no cumplen con sus obligaciones.
- Actualmente, para quienes la ejercen no solo son prerrogativas, sino también compromisos legalmente reconocidos (dar alimentación, educación, protección, etc.). pero igualmente siempre existen padres que no cumplen con este requisito.
- En el derecho vigente representa toda una institución civil por el influjo de la moral y no es renunciable.



Ésta es una obligación que aquel quien se encuentra ejerciéndola cumpla no solo en lo material, como la alimentación y vestuario, sino también en que el hijo se desenvuelva en esta sociedad como una persona útil a su familia, así como a la sociedad.

### **1.12. Desarrollo histórico**

El derecho francés, el español, y el de muchos países europeos tienen su origen en derecho romano, por eso es importante conocerlo, esto con el propósito de ampliar conocimientos en el tema, objeto del presente trabajo, con relación a la legislación internacional y la regulación existente.

“El derecho, en sentido positivo, es el conjunto de reglas que rigen a la sociedad. El ser humano desde que nace es libre, y esa libertad está garantizada en todos los países democráticos, los límites consisten hasta el punto en que no se le haga daño a otra persona. Pero esto muchas veces se convierte en libertinaje.

Desde el punto de vista subjetivo, son las prerrogativas que tienen los humanos por ser personas, se adquieren por naturaleza, por ejemplo: El derecho de propiedad, así también, el derecho a la vida, a la libertad, el derecho a elegir y ser electo.

El derecho natural, es el que se deriva de Dios y de la naturaleza. El positivo está fundamentado en éste, aunque no todo lo que está previsto en el otro es justo. Por ejemplo: Si se habla de quien ejerce la patria potestad no es una persona idónea, esto

quiere decir que el niño o adolescente no tiene lo necesario para vivir, esto no es justo, comparado con padres que son responsables y no tienen hijos, porque no pueden tenerlos.

Toda naturaleza comprende el derecho natural y cuando se leen principios como por ejemplo, todo el que causa un daño a otro está obligado a repararlo, existe una lógica en ella.<sup>15</sup>

Por supuesto que tiene sentido, ya que imagínese que una persona que provoca daño quede exenta de responsabilidades, eso sería ilógico desde todo punto de vista, ya que si ésta contrae una obligación la tiene que cumplir, por los efectos jurídicos que la misma conlleva.

El derecho natural, es justo y equitativo, pero insuficiente para regir las relaciones en la sociedad, porque es muy subjetivo que depende de la visión de cada persona; entonces éste se refleja en el derecho positivo, que para que sea tal, tiene que inspirarse en el derecho natural, pero la fuerza del mismo la adquiere del derecho positivo, Ejemplo: Cuando el Congreso aprueba las leyes y sus sanciones son positivas. El primero sólo tiene una sanción moral, mientras que las sanciones positivas las imponen los mecanismos legislativos.

---

<sup>15</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 132.

Entonces, esto se convierte prácticamente en un derecho que sea a conciencia, la ley obliga a ciertas medidas, por ejemplo: Que usted dé alimento y vivienda, pero el legislador no verifica si come los nutrientes necesarios, o si la vivienda es apta o no para que ese niño pueda vivir lo humanamente posible, esto es muy subjetivo relativamente.

El sistema jurídico nunca será perfecto, pero cada día hay que ir mejorando las lagunas, las cosas arcaicas, pero los encargados de elaborar las leyes deben poner suma atención, en especial a aquellos asuntos que deben ser modificados. Ejemplo, es el Código de Comercio que es totalmente anticuado, hace tiempo que debió modificarse, o emitir una ley en donde se haga cumplir la veracidad y eficacia de los que tengan la patria potestad para que cumplan al 100% con todas sus obligaciones.

### **1.13. Utilidad del derecho romano**

“Es indispensable para comprender la historia y la literatura romana. Va hasta la muerte del emperador Justiniano. La autoridad histórica comprende: Los títulos del Código Civil. Es necesario conocer las leyes antiguas en que se basan las nuevas, para interpretar realmente su espíritu.”<sup>16</sup>

Comúnmente el abogado no sabe el origen de las leyes, esto es muy importante, y el derecho romano ayuda a comprenderlo. Hoy se habla de que puede darse el caso de

---

<sup>16</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág. 115.

una unidad del derecho internacional privado, debido a la influencia incisiva de éste en muchas de las legislaciones. Por eso es tan primordial conocerlo.

Si se conociera el origen de dichas leyes, fuéramos más humanos, en el sentido jurídico de su aplicación.

Como quedó establecido alrededor de todo el desarrollo de la primera parte del presente trabajo de investigación, la patria potestad es aquel vínculo paternal o maternal, a través del cual une a los ascendentes con los descendientes, en cuanto que los hijos no pueden ejercer derechos del todo o cumplir con sus obligaciones sin su representante legal. Así mismo, es el vínculo entre los padres e hijos, entre adoptado y adoptante, es el resultado de la espiritualidad y de la comunicación que se tenga con ellos, que se debe respetar y ejercer con todo el ánimo de convivencia en paz, en tranquilidad y cumpliendo todos los parámetros establecidos no solo por la ley, sino con el sentido común, entonces se puede concluir que es el resultado de lo que los progenitores puedan transmitir, la forma correcta de coexistir, de ser ciudadanos útiles a la familia y a la sociedad.

## CAPÍTULO II

### 2. La tutela y la curatela

La tutela, es posible decir, que no es más que la forma de ejercer derechos y cumplir con las obligaciones de los menores de edad, cuando estos no gozan de la patria potestad. Así como ésta existe una diversidad de definiciones que en el transcurso del presente trabajo se han de desarrollar; también están las clases que se acoplan a las necesidades, la cuales pueden ser: Legítima, testamentaria, judicial, legal, especial, específica, según sea el caso, y asimismo existe la curatela.

“La curatela, es la institución responsable de cuidar a la persona, y administrar los bienes de quienes no tienen capacidad para cuidarse así mismos, ni tienen a nadie que ejerza sobre ellos la patria potestad; o la responsabilidad de quienes por ser pródigos o ebrios habituales no pueden disponer de dicha hacienda.”<sup>17</sup>

#### 2.1. Personas sujetas a tutela

- a) “Menores de edad no emancipados legalmente. Se entiende que esta persona es todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad.
- b) Locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no puedan entender o comunicarse efectivamente por cualquier medio.

---

<sup>17</sup> Ross, Alf. Ob. Cit. Pág. 124.

- c) Pródigos declarados mediante sentencia. Estos son las que gastan o disipan sus bienes sin medida ni razón.
- d) Ebrios habituales declarados en fallo judicial. Éste es el que hace uso de bebidas embriagantes, al punto de que pierde la capacidad para administrar sanamente sus bienes.
- e) Drogodependientes declarados en juicio.”<sup>18</sup>

## 2.2 Nombramiento de tutor

“Para el nombramiento se tiene que acudir ante un juez superior y debe participar en el procedimiento un procurador de familia o un fiscal. El tribunal solo lo nombrará después de considerar toda la prueba y los mejores intereses de la persona que habrá de someterse a esta institución. A fin de determinar quién debe ser la persona apta para el cargo, se debe tomar en consideración lo siguiente:

- a) En el caso de menores de edad no emancipados
  - Si el padre o la madre ha seleccionado un tutor por testamento, él tiene que aceptar y ser considerado un buen candidato por el juzgado.
  - Si no hay una persona por testamento, el tribunal considerará a cualquiera de los abuelos o de los hermanos de los menores, tomando siempre en consideración el mejor bienestar de éstos.
  - En el caso de huérfanos, abandonados o incapacitados, el juez puede otorgar la tutela a una institución destinada al cuidado de éstos.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Carranza, Roberto. *Patria potestad y tutela*. Pág. 53

Ésta se aplica únicamente en el caso que los padres tengan algún impedimento para ejercer la misma.

b) “En el caso de las personas declaradas por el tribunal, como locos o dementes, sordomudos que no puedan entender o comunicarse, pródigos, ebrios habituales o drogodependientes y, como tales, incapaces de administrar sus bienes.

I. Puede corresponder a:

- El cónyuge.
- El padre o la madre.
- Cualquiera de los hijos o de las hijas.
- Uno de los abuelos o de las abuelas.
- Alguno de los hermanos o de las hermanas.

II. En determinados casos, el juzgado puede disponer que el incapaz sea internado o que reciba tratamiento en forma ambulatoria en una institución pública o privada que pueda proveer su rehabilitación. <sup>20</sup>

Eso siempre y cuando se tenga los medios necesarios para poder cumplirla a cabalidad.

c) “Cuando no haya tutor por testamento o no esté disponible ninguna de las personas a quien corresponde por ley, o cuando a quien correspondería la misma no reúna las cualidades necesarias, el juez puede nombrar a un sujeto particular de reconocida honradez que esté dispuesto a aceptar el cargo.”<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 54.

<sup>20</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 55.

<sup>21</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 56.

Esto se aplica solo si, no hay un familiar cercano que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor.

- d) "Si se trata de personas que reciban ayuda del departamento de familia, o beneficios de la administración federal de veteranos y se demuestra que no están capacitados para administrar sus bienes, el tribunal puede nombrarles un tutor especial."<sup>22</sup>

### **2.3. Discernimiento de la tutela según la doctrina**

"Para que esta persona entre en funciones, el cargo debe serle discernido. Esto, concretamente, es el acto por el cual el juez enviste a una persona en el carácter de tutor.

### **2.4. Juramento**

Previo al discernimiento, la persona nombrada por el juez (legítima o dativa) o confirmado por el juzgado (testamentaria), debe asegurar bajo promesa el buen desempeño de su administración. Sólo después de dicho requisito se realizará el apoderamiento judicial. Por cierto, que si por error procesal del tribunal se omitiera este compromiso y se discerniera la tutela, este acto conservará su validez, y el tutor será

---

<sup>22</sup> Carranza, Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 67.





responsable de los perjuicios que con sus actos cause a su pupilo, aunque no hubiese prestado el juramento.<sup>23</sup>

Entonces es por eso que es tan importante que los jueces elijan a la persona idónea, para que el menor no enfrente problemas posteriores a la toma de posesión del tutor en sus obligaciones.

## **2.5. Confirmación de la tutela**

Designada la persona por el progenitor, el juez ante quien se presente el testamento o la escritura pública deberá confirmarla. Es decir, analizará tanto el aspecto de la validez del documento, como la idoneidad del individuo nombrado; y para ello tendrá en cuenta todas las inhabilidades que tenga, además hará un análisis de la conducta y las calidades morales del sujeto propuesto. Si no se realiza este proceso se tendrá problemas en la realización de la misma.

Si a través de este análisis se llega a la conclusión de que resulta inconveniente para el menor la designación, no se confirmará la tutela, pues lo que debe prevalecer en esta materia es el interés de la persona por encima de lo que fue la voluntad del progenitor.

---

<sup>23</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 73.

## **2.6. Funciones del tutor**

“Debe dar protección y cuidados al pupilo, para lo cual tiene facultades de dirección, de corrección, de exigencia sobre la conducta personal de éste, similares a las de los padres; debe administrar y cuidar los bienes del menor; y además es su representante legítimo.”<sup>24</sup>

Por lo anteriormente descrito, el tutor debe ser una persona de honorabilidad amplia y demostrada, no solo en sus diligencias intelectuales, sino en sus actos emocionales y patrimoniales.

## **2.7. Caracteres de la tutela**

De acuerdo con lo que ya se explicó, es una función supletoria, pues opera cuando el menor no tiene padres en ejercicio de la patria potestad; además es unipersonal, ya que sólo puede ser ejercida por una sola persona. Se trata de una situación personalísima e inexcusable, ésta debe ser ejercida por sí mismo, por más que el tutor pueda designar mandatarios para realizar determinados actos y sobre todo para la representación en juicio de éste.

---

<sup>24</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 85.

Entonces la persona designada tiene que reunir las cualidades específicas de un ciudadano honrado, honorable, de buena reputación, responsable, que no ingiera bebidas alcohólicas, ni consuma drogas o estupefacientes.

## **2.8. Control del juez y del Ministerio de Menores**

“El ejercicio de esta institución, se halla permanentemente bajo el control del juzgado, ya que los menores que carecen de padres o cuyos progenitores han perdido la patria potestad o su ejercicio quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial y éste es ejercido a través de los jueces.”<sup>25</sup>

Entonces deberían supervisar a las personas que la ejerzan periódicamente, y no dejar al pupilo desamparado, ya que no se sabe si se le está proporcionando lo necesario para vivir.

- “El tutor debe ser una persona física. La razón de ser de la tutela, exige que ésta se encomiende a individuos tangibles y no a sociedades o establecimientos de beneficencia; es recomendable que sea solo una persona y no toda una sociedad, ya que de esta forma solo un sujeto debe asumir la responsabilidad de la tutoría.

---

<sup>25</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 89.

- Incapacidad para ser tutor. En principio todas las personas mayores de edad pueden ser las elegidas para el cargo; sin embargo, pueden negarse o excusarse de tal posibilidad en determinados supuestos, los cuales se puede agrupar del siguiente modo:
  - a) Por razones físicas o psíquicas. No pueden ser aptos, el mudo y los privados de razón.
  - b) Por cuestiones que no permiten asegurar una buena administración. Los que no tienen domicilio en el país, los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, los que tienen que desarrollar por largo tiempo una labor fuera de la nación, los que prestan servicios en las fuerzas armadas (incluso los profesionales médicos agregados), los que hubiesen hecho profesión religiosa.
  - c) Por motivos morales. Los que no tienen un trabajo o medios de subsistencia conocidos, los que son de mala conducta notoria, los que hubieren malversado bienes de otro menor o hubieran sido removidos de otra tutela, los condenados a pena infamante, los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía, los que hubieren sido privados de la patria potestad de sus hijos.
  - d) Por oposición de intereses. Quienes tengan controversias con el menor o sean acreedores o deudores de éste.<sup>26</sup>

Entonces para ser idóneo, debe ser una persona individual, de amplia y conocida honorabilidad, siendo ésta de buenas costumbres y buenos hábitos.

---

<sup>26</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 94.

“Casos en que los padres están privados de la administración. Cuando los progenitores conservan el ejercicio de la patria potestad pero están privados del manejo de los bienes de los hijos, corresponderá designar tutor especial; esto sucederá cuando entre otros supuestos se dona o deja por testamento un bien al menor, con la condición de que no sea dirigido por sus ascendientes. Si uno de los papás se encuentra en alguna de las situaciones descritas, ésta se concentra en el otro. Sólo si ambos están privados, se nombra una persona exclusiva para ello.”<sup>27</sup>

Éste es un caso específico, ya que si los padres tienen impedimento para ejercerla, se confiere la tutoría a una persona apta para ello, a efecto que el derecho del menor sea protegido.

## **2.9. Clases de tutela según la doctrina**

- “Tutela testamentaria: Los padres, en ejercicio de las facultades que le concede la patria potestad, pueden designar tutor para sus hijos, para que ejerza este cargo después de su fallecimiento, la designación puede hacerla cada uno de los progenitores, en su testamento o en escritura pública.”<sup>28</sup>

Si cada uno de ellos, en actos separados, ha designado a una persona, se nombrará al elegido por el progenitor que ha muerto en último término.

---

<sup>27</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 96.

<sup>28</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 98.

- “Tutela legal: Si los padres no hubiesen elegido a alguien, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juzgador deberá nombrar a alguno de los parientes; es decir, los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor, sin distinción de sexos. Obviamente, entre éstos, el mismo elegirá al que resulte más idóneo para atender al pupilo y a sus intereses económicos.
- Tutela dativa o judicial: Si no existe ninguno de los familiares o si el juez encuentra que ninguno de ellos es apto para ejercer el cargo, será él quien directamente designará el tutor; no podrá nombrar a los que fueren deudores, acreedores o socios suyos, ni a sus parientes dentro del cuarto grado, ni a sus amigos íntimos, ni a los allegados de éstos hasta el cuarto grado, ni tampoco a las personas que tuviesen algunas de esas vinculaciones con otros miembros de los tribunales de la misma jurisdicción donde actúa el juzgador que hace el nombramiento.
- Tutela especial: Ésta se establece para un acto o un negocio específicamente determinado. Es así que se designará tutor especial al menor, aún estando bajo patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres, y se da la tutela específica, cuando los intereses económicos del tutelado están opuestos a la persona designada, o a los de otro pupilo de su mentor.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Carranza, Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 100.

Cuando éste es designado para actuar en juicio, en representación del menor toma el nombre de tutor ad litem.

“Fianza: Por regla general, excepto que se le haya relevado de dicha obligación en el testamento, o que así lo disponga la ley como excepción, los tutores deben prestar un aval para garantizar la buena administración de los bienes de la persona tutelada, ya que ellos son responsables de los perjuicios que causen por el incumplimiento de los deberes.”<sup>30</sup>

Esta garantía se debe otorgar en casos en que el tutor nombrado, responda a daños contra terceros en cualquier circunstancia que se haya dado el detrimento ocasionado.

“Registro de tutelas en el mundo: Para que la persona designada pueda comenzar a ejercer el resguardo, su nombramiento tiene que inscribirse en una entidad, que está bajo el cuidado del secretario del tribunal.

Deberes del tutor:

- a) Representar al tutelado.
- b) Alimentarlo y educarlo.
- c) Procurar que este adquiera o recobre su capacidad.
- d) Hacer inventario de todos los bienes del pupilo.
- e) Administrar los intereses del menor como un buen padre de familia.

---

<sup>30</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 101.

f) Dar cuenta de su administración al concluir la tutela.

**Guarda del menor:** El mentor tiene el derecho y el deber de ejercerla, es decir, tener consigo al pupilo viviendo en su misma casa. Y por supuesto cumplir con todo lo establecido en lo material y lo espiritual.

Sólo se prevé el desmembramiento de la guarda, en el caso del menor que recibe alimentos de un pariente, quien entonces puede solicitar al juez que aquél viva con él y pueda encargarse, asimismo, de su educación.

**Educación y alimentos:** El encargado no está obligado a suministrar de su propio peculio, lo necesario para enseñanza y manutención del pupilo, pues para tales gastos se aplicarán las rentas necesarias de los bienes del menor.<sup>31</sup>

Incluso si las rentas no alcanzaren, el juzgador puede autorizar a esta persona para que emplee parte del capital en alimentación e instrucción. Si el pupilo no tuviere bienes, el tutor con autorización del juez demandará a los parientes del menor por alimentos. Si no hubieren familiares en condiciones de suministrar sustento, el mentor podrá con autorización judicial, contratar el aprendizaje de un oficio (con consentimiento de éste) y también ponerlo en otra casa, lo que significa que podrá colocarlo en la morada de un tercero o en última instancia en un establecimiento

---

<sup>31</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 106.



público o privado de beneficencia que asuma la guarda de éste y, por tanto todos los gastos en que se incurran.

Siempre y cuando el tutor cumpla con sus obligaciones que le fueron otorgadas y no las confiera a terceras personas.

“Obligación de llevar cuentas: El mentor está forzado a documentar las rentas que percibe el menor y los gastos que hace en beneficio de éste.

Inventario y avalúo de los bienes del pupilo: El encargado, antes de que se entreguen los bienes del menor, tras el discernimiento de esta figura jurídica, debe hacer este procedimiento, para después entrar en su administración, y no será necesario si ya se hubiese hecho judicialmente.”<sup>32</sup>

Los padres, al designar a alguien en testamento o escritura, no pueden eximirlo del compromiso de inventariar los bienes. Pero eso no lo exonera de sus obligaciones de mantener al pupilo en todo lo acordado. En caso de que ésta obligación no hubiere sido hecha por el tutor en el plazo señalado por el juez, podrá ser removido de su cargo.

“Ampliación del inventario: Si con posterioridad a la entrega de los bienes a la persona designada, el pupilo adquiriese nuevos bienes, por sucesión o cualquier otro título,

---

<sup>32</sup> Carranza, Roberto .Ob. Cit. Pág. 107.

aquél deberá clasificarlos por medio de un incremento en el registro anterior. Esto también tiene que registrarlo donde corresponda.”<sup>33</sup>

## 2.10. La curatela

“Se entendía que era un cargo público, que obligaba a una persona designada por la ley o por el magistrado a dirigir la administración de los bienes de un sui juris púber e incapaz de ejercer por sí solo sus derechos.”<sup>34</sup>

Esto no es posible en estos días, porque todos deben ser capaces para resolver las vicisitudes que se presenten, sin embargo, existen personas que tienen alguna discapacidad que requieren de la ayuda de alguien idóneo para que cuide de su persona y de su patrimonio.

“En un principio no hubo curatela testamentaria, sino exclusivamente legítima o dativa, pero si el paterfamilias nombraba curador por testamento a la persona bajo su potestad, el pretor confirmaba ese nombramiento. El curador administraba los bienes de la persona en curaduría, pero sin dar auctoritas.

La Ley de las XII Tablas se organizó sólo para remediar la incapacidad de los furiosi, sin intervalos lúcidos y de los pródigos que disipaban los bienes recibidos ab intestato de sus ascendientes paternos. Los restantes dementes y pródigos no estaban en esta

---

<sup>33</sup> Carranza, Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 110.

<sup>34</sup> Ross, Alf. *Ob. Cit.* Pág. 135.

figura jurídica, lo cual explicaba la finalidad de la curatela en aquellos tiempos, la cual no estaba encaminada a proteger los intereses de los incapaces, sino los de la familia agnada.

El derecho romano hizo distinción entre el furiosi y el mente capti. El primero, era el completamente privado de razón, tuviera o no momentos de lucidez; en tanto que el segundo, era el poseedor de un poco de inteligencia o de facultades intelectuales escasamente desarrolladas. Pero al ocuparse la ley decenviral únicamente del furiosi sui iuris y púber (sin la protección, consecuentemente, de un paterfamilias o de un tutor), determinó que permanecía sometido a la curatela legítima de los agnados y, en subsidio de los gentiles, quedando claro que desde el momento mismo de la manifestación de la locura en el púber sui iuris se le abrían las puertas a ésta institución, sin necesidad del previo decreto de interdicción judicial.

Al curador del furiosi le asistía la obligación, tanto de administrar los bienes de éste como de velar por su curación, sin que el pupilo, mientras durara la locura pudiera ejecutar acto jurídico alguno, por lo que, contrario sensu, al recobrar toda su capacidad intelectual podía obrar por sí solo, como si nunca hubiera estado loco.

En suma, tratándose del furiosi, el curador debía limitarse en cuanto a los bienes, administrarlos sin llegar a la auctoritas, quedando con la obligación de rendir cuentas al concluir la curatela, e incluso en todas las ocasiones en que el pupilo por recobrar la cordura reclamaba la administración de sus bienes.

Debido a los pretosres la curaduría en mención, se extendió a personas urgidas de protección, por padecimiento de enfermedades permanentes, como los mente capti, los sordos, los mudos, y en general, todos aquellos que a raíz de enfermedades graves y, pese a ser púberes sui iuris no estaban en condiciones de velar personalmente por sus intereses.”<sup>35</sup>

Para finalizar el segundo capítulo, se puede llegar a la conclusión que como se ha desarrollado, la tutela también reviste una gran importancia, en virtud de que es una figura jurídica en la cual los menores ejercen sus derechos y cumplen con las obligaciones atinentes a través de sus representantes legales, que en este caso procede en defecto, siempre de la patria potestad. Es por ello que es un sustituto perfecto uno del otro. En caso de inobservancia a la ley, el tutor será removido del cargo y será asignado judicialmente a una persona idónea. Así mismo, quedó claro que también se encuentra la curatela, que es la institución supletoria de la capacidad de obrar de las personas, referida a diferencia de la tutela, en todos los ordenamientos legales dualistas al respecto a los mayores de edad y lo ejerce el llamado por ello curador como quedó descrito en este apartado, por eso es importante tomar en cuenta la curatela aunque sea solo una figura doctrinaria, debido a que esta institución no está regulada en la legislación guatemalteca.

---

<sup>35</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág. 143.

## CAPÍTULO III

### **3. Problemas jurídicos que provienen de la antinomia referente a la tutela y a la curatela**

“Cuando varias normas regulan una misma disposición jurídica de forma distinta se encuentra una antinomia, esto es, anti: Contra y nomos: Norma, es decir, dos o más normas que regulan de forma contraria un asunto de carácter jurídico. Cuando este tipo de situaciones surge en el mundo legal, causa hasta ciertos casos zozobra, ya que no se discierne cuál o en qué caso es correcta la aplicación de una o de otra.”<sup>36</sup>

#### **3.1. La doctrina legal en Guatemala**

Los aspectos doctrinarios se encuentran plasmados en el Código Civil, Decreto Ley 106, que a continuación se desarrollan:

#### **3.2. Casos en que procede**

“ARTÍCULO 293. El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres.”

---

<sup>36</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. **Elementos para una teoría general del derecho civil**. Pág. 330.

En Guatemala las normas jurídicas en materia de la tutela, proveen una eficaz protección de los intereses de los menores de edad y mayores declarados en estado de interdicción.

El tutor es el representante legal del menor o incapacitado

“ARTÍCULO 294. La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.”

El tutor, está obligado a alimentar, educar y cuidar de la salud del menor, así como, de sus bienes, a inventariar todo lo que constituye su patrimonio, obligación que no puede ser dispensada ni aún por los que tienen derecho a nombrar tutor testamentario, a rendir cuentas, al juez periódicamente y representarlo en todo los asuntos que la ley así lo exprese. Entre los derechos del tutor está el de corregir y castigar al menor en forma moderada, y además percibir una retribución sobre los bienes que administre. Y el protutor, es aquella persona que es colocada al lado del tutor para cuidar de que éste cumpla a cabalidad sus obligaciones y suplirlo en la representación del menor, cuando se trate de actos en los que el tutor y el pupilo tengan intereses opuestos.

“ARTÍCULO 295. La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.”

La tutela es un cargo público al igual que la protutela, y que por ello el Código Civil, Decreto Ley 106, establece los requisitos para poder ejercerla, los casos en que existe causal de excusa, a quien designa el juez entregar la tutela.

Según la legislación guatemalteca las clases de tutela son:

“ARTÍCULO 296. La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial.”

#### Tutela testamentaria

“ARTÍCULO 297. La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.”

Dicho de otra manera, la tutela testamentaria, es el derecho individual que le asiste a los padres de elegir a un tutor para sus hijos entre sus parientes o amigos, facultad que tiene únicamente el padre que fallece de último. Se llama testamentaria, primero, porque el nombramiento está contenido en el testamento, y segundo, porque se da hasta el momento en que fallecen los padres.

“ARTÍCULO 298. Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden

también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.”

La ley también faculta a los abuelos para nombrar a uno o más representantes de los menores, así mismo, señala que a falta de uno de ellos, puede ejercerlo otro tutor o protutor, tomando en cuenta el orden en que se les nombró.

### Tutela legítima

“ARTÍCULO 299. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

- 1°. Al abuelo paterno;
- 2°. Al abuelo materno;
- 3°. A la abuela paterna;
- 4°. A la abuela materna; y
- 5°. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para el amparo de los hijos fuera del matrimonio. Sin embargo, si existen motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el mismo, teniendo en cuenta la solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.”



La tutela legítima, es la que ejerce el pariente sobre un incapaz llamado por la ley, a falta de tutor testamentario. Se prefiere a esta tutela de la testamentaria por presumirse que ningún otra persona se interesará más por el bienestar del menor que los parientes. Tiene lugar, cuando el padre o la madre no nombraron tutor en su testamento, o murieron ab-intestado, o bien cuando el tutor testamentario muere, se incapacita, se excusa o es removido por justa causa.

### Tutela judicial

“ARTÍCULO 300. La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto, el Ministerio Público y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista.

Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el artículo anterior.”

La tutela judicial, es aquella discernida por el juez y no por designación testamentaria, ni por ministerio de la ley. Constituye pues, el recurso final cuando los ascendientes no nombran un tutor a sus hijos, y cuando éstos menores o incapaces carecen de parientes cercanos, en quien pueda delegarse la tutela legítima, o bien porque éstos familiares sean incapaces o se excusan.

## Tutela de los declarados en estado de interdicción

“ARTÍCULO 301. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde:

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

En cuanto a este artículo se establece la curatela, la cual es una institución de derecho civil, que consiste en el cuidado, solicitud y administración de una persona, o de una cosa con la finalidad de custodiar, o proteger los bienes o patrimonio necesitados de administración y vigilancia. Tiene como objetivo principal, la protección de las personas mayores de edad que están incapacitadas o declaradas en estado de interdicción.

“ARTÍCULO 302. Si hallándose en ejercicio un tutor legítimo o judicial apareciere el testamentario, se transferirá inmediatamente a éste la tutela.”

Prevalecerá la tutela testamentaria sobre la legítima o judicial cuando aparezca un testamento con el nombramiento del tutor, sin importar que ésta última se este ejerciendo, debido a que se respeta la última voluntad del progenitor.

Otros aspectos importantes establecidos en el Código Civil, Decreto Ley 106, referentes a la tutela:

Derecho de los menores que han cumplido 16 años

“ARTÍCULO 303. A los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento; y si carecieren de tutor testamentario tendrán derecho a proponer candidato entre sus parientes llamados a la tutela legítima, o a falta de éstos, a persona de reconocida honorabilidad para que ejerza la tutela judicial.”

Los menores que tengan 16 años tendrán una capacidad relativa para administrar su bienes conjuntamente con el tutor y su tutor judicial será un pariente por orden legítimo o una persona honorable, siempre y cuando no exista un tutor testamentario para representarlo.

Aspectos referentes al protutor

“ARTÍCULO 304. El protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio. La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúna las condiciones de notoria honradez y arraigo.”

Una vez que se haya designado tutor, es necesario que se nombre y se le discierna el cargo a un protutor. En la práctica se acostumbra solicitar el nombramiento de un tutor y un protutor de una sola vez, proponer para el efecto a las personas sobre quienes se desea, recaiga el nombramiento y posterior el discernimiento del mismo. Según el Artículo 321 del Código Civil, el protutor también está obligado a constituir garantía en

el caso de que el incapaz tenga bienes, salvo en el caso de que sea protutor testamentario y el propio testador lo hubiere relevado de ésta obligación.

“ARTÍCULO 305. El protutor está obligado:

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

La legislación guatemalteca, carece de normas coercitivas que obliguen al protutor a resarcir lo daños y perjuicios que ocasione a su representado, al igual que carece de normas que regulen la forma como va a desempeñar sus funciones, por lo que será problema de cada protutor idearse la forma en que va a desempeñar sus funciones, sobre todo lo relativo a la administración de bienes, es decir la forma en que va a supervisar ésta.

Tutores específicos

“ARTÍCULO 306. Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos.”

Esta tutela no debe confundirse con la tutela especial, que es cuando hay conflicto entre los hijos con los que ejercen sobre los mismos la patria potestad, el cual se fundamenta en el Artículo 268 del mismo cuerpo legal.

“ARTÍCULO 307. Mientras no se nombre tutor y protutor y no se discernan los cargos, el juez, de oficio, o a solicitud del Ministerio Público, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado de la persona del menor o incapacitado y la seguridad de sus bienes.”

En el presente artículo, se refiere a que mientras no se hayan establecido a las personas idóneas para desempeñar los cargos de tutor y protutor, el Juez competente deberá realizar las gestiones pertinentes, con el fin de resguardar de forma personal y patrimonial al menor o incapacitado.

#### Tutores legales

“ARTÍCULO 308. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.”

Esta tutela, es el único caso en donde no es obligatorio el discernimiento del cargo para ejercerla.

“ARTÍCULO 309. Los institutos de asistencia pública pueden confiar el menor internado, que carezca de padres, ascendientes y hermanos, a personas de notoria moralidad, que dispongan de medios económicos para proporcionarle alimentos, instrucción y educación. La dirección del establecimiento debe estar frecuentemente informada de las condiciones en que se desarrolle la vida del menor, y en caso de abandono, o cambio de circunstancias, recogerlo e internarlo de nuevo.”

De lo anterior se puede decir que tutor legal es el Estado, por medio de sus instituciones benéficas, sobre los menores de edad que han sido abandonados o no tienen padres o bien tiene padres pero son incapaces.

Como es evidente, la tutela debe ser discernida de conformidad con lo siguiente:

#### Discernimiento del cargo

“ARTÍCULO 319. El tutor y el protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez. Ninguna tutela puede ser discernida sin estar llenados todos los requisitos que para su ejercicio exige la ley.”

Nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea que ésta sea otorgada por los padres o por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, quien será el que autorice al tutor nombrado o confirmado para ejercer dichas funciones; quiere decir que este discernimiento equivale a la toma de posesión de un empleado público. En el ámbito jurídico, el discernimiento del cargo de tutor y de protutor lo hace

un Juez de Familia, y es requisito indispensable que la tutela sea registrada mediante inscripción en el Registro Nacional de las Personas, (RENAP).

### 3.3. El estado de interdicción y la declaratoria de ésta en Guatemala

a) “Interdicción: Es el acto judicial, mediante el cual se priva a una persona (demente o incapaz) de actuar por sí misma en la vida jurídica. El interdicto no puede obligarse por sí mismo sin la autorización de otra persona (curador).”<sup>37</sup>

b) Efectos de la interdicción:

Declarada por el juez e inscrita en el registro Nacional de Personas (RENAP), todos los actos que haga el interdicto son nulos de nulidad absoluta. Los actos ejecutados o celebrados antes de la declaración de interdicción son válidos, a menos que se pruebe que el que lo ejecutó o celebró estaba entonces incapacitado.

c) Quiénes se pueden declarar en interdicción:

- Al o la demente (absolutamente incapaz).
- Al o la disipadora, que por hechos repetidos de dilapidación manifieste su total falta de prudencia en la administración de sus asuntos o negocios. Con todo, el disipador conservará siempre su libertad y tendrá libre disposición de una suma de dinero para sus gastos personales, proporcionada a sus facultades,

---

<sup>37</sup> Ross, Alf. Ob. Cit. Pág. 205.

señalada por el juez.

- d) Ejercicio del derecho a solicitar la interdicción de un incapacitado: Ésta se hace por medio de una demanda judicial interpuesta ante el juzgado civil, dentro de cuya jurisdicción esté ubicado el domicilio del incapacitado.
- e) Estado de las personas: Como atributo de la persona, tiene el alcance actual de fijar su posición dentro de la familia (hijo, padre, madre, cónyuge, hermano, etc.), y dentro de la sociedad (ciudadano, habitante, soltero, casado, etc.), un emplazamiento al que corresponde una serie de normas que asignan al sujeto facultamientos e incapacidades, derechos y deberes. Estas capacidades pueden ser reconocidas o negadas.
- f) Clases de capacidad:
- Capacidad de derecho: La aptitud que tiene una persona para ser sujeto en las relaciones de derecho por medio de representante legal. Ej.: Los menores de edad.
  - Capacidad de ejercicio: Es la capacidad de hecho, el poder realizar actos con eficacia jurídica. Es decir, se tiene que ser mayor de 18 años y no estar en estado de interdicción.
  - Capacidad relativa: Es la aptitud que tienen ciertos menores de edad para contraer derechos y adquirir obligaciones por si mismos. Ej.: Los mayores de 14 años pueden contratar su trabajo.



### **3.4. Declaración de incapacidad en derecho comparado**

“La incapacidad debe iniciarse antes de que la persona afectada llegue a la mayoría de edad, puesto que al llegar ésta, los padres pierden la patria potestad y por lo tanto su hijo tiene capacidad legal para decidir por sí mismo sobre su vida y sus bienes.

El procedimiento de incapacidad se sustancia por los trámites del juicio verbal y está contemplado en la nueva LEC, (Ley de Enjuiciamiento Civil de España), como un procedimiento especial que se sustancia ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia del presunto incapaz.

Están legitimados para interponer la demanda de incapacidad:

- a) El cónyuge o quien se encuentra en una situación de hecho asimilable.
- b) El ascendiente, descendiente o hermano.
- c) En caso de que no existiera ninguna de las personas mencionadas anteriormente, iniciará el procedimiento el Ministerio Fiscal (salvo en el caso de los menores de edad, cuya incapacidad solo podrán promover los padres o los tutores).
- d) Una persona que sea honorable, vecina o amiga de la familia, también puede interponer una demanda.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Raz, Joseph. **Ob. Cit.** Pág. 256.

### **3.5 Procedimiento de incapacidad iniciado a instancia de parte según la práctica americana**

“Existiendo los sujetos antes mencionados, el procedimiento se inicia con un escrito (demanda), en el que se pone en conocimiento del juez la existencia de un retraso mental en determinada persona. En este caso, es necesaria la concurrencia de un abogado y procurador.

De este escrito se da traslado a la persona que se pretende incapacitar, en su domicilio, para que en el plazo de 20 días conteste al mismo, si lo considera oportuno.

Como es lógico, y por desgracia, en la mayoría de las ocasiones la persona a la que va dirigido el escrito, por tener una minusvalía psíquica no tiene capacidad para contestar a la demanda, por lo que se debe dejar transcurrir el plazo antes indicado, sin hacer nada al respecto. Cuando, transcurridos los 20 días, en el juzgado vean que la persona a la que se pretende incapacitar no ha contestado a la demanda, se comunicará al fiscal, que será quien en el procedimiento represente al demandado o presunto incapaz.

El fiscal siempre se opondrá a la incapacidad, mientras no se demuestre lo contrario. La forma de demostrar lo contrario son unas pruebas que deben realizarse ante el juzgado, y son las siguientes: Las personas con retraso mental tienen capacidad jurídica, es decir, pueden ser titulares de pisos, acciones, etc.; sin embargo, no tienen capacidad de obrar, no pueden realizar contratos de compraventa, arrendamientos, etc.

sin la asistencia de otra persona. Por ello, es necesario iniciar una serie de trámites jurídicos, para proteger a los hijos, tanto en el ámbito económico como personal.

### **3.6. Capacidad**

Aptitud que tiene una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones.

- **Capacidad jurídica o de derecho:** Es el grado de aptitud que tiene la persona, para ser titular de derechos y obligaciones.
- **Capacidad de obrar o de hecho:** Es la aptitud que tiene la persona de actuar por sí misma en la vida civil, es decir, de ejercer y cumplir, en forma personal y directa, sus respectivos derechos y obligaciones, las cuales no deben estar fuera de la ley.<sup>39</sup>

Las personas que padezcan de ceguera, son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan como tal, todos los que en el Código Civil no están expresamente declarados incapaces.

### **3.7. Incapacidad**

- **“Incapacidad de hecho:** La ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí mismas, declarándolas incapaces, fundadas en la falta o insuficiencia de su desarrollo mental (como las personas por nacer, los menores y los dementes)

---

<sup>39</sup> Carranza, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 127.

o la imposibilidad de poder manifestar su voluntad (como los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito), considerando que el elemento volitivo (voluntad) es básico en la formación de todo acto jurídico. En resumen, impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones.

Ésta puede ser:

- I. Absoluta: Son las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. Los últimos dos casos deben haber sido declarados por el juez.
  - II. Relativa: Son los menores adultos, entre 14 y 21 años.
- Incapacidad de derecho: La ley prohíbe a determinadas personas a realizar ciertos actos en razón de incompatibilidad de orden moral o jurídico. Por ejemplo: Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad. Ésta es siempre relativa.

**Sistema de protección:** A fin de remediar la incapacidad de hecho de las personas y por exigencia del principio de igualdad ante la ley de todas ellas, por lo cual queda suplida esa incapacidad, en derecho se conocen dos modos principales:

1. Representación asistencial: Tiene lugar cuando se asigna a una persona, para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido. Él actúa por iniciativa y sin concurso de la voluntad del representado.

Además de los representantes necesarios, los incapaces son heterogéneamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los interdictos demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

La representación ostenta los siguientes caracteres:

- a) Es legal, porque proviene de la ley.
  - b) Es necesaria, porque no puede prescindirse de ella.
  - c) Es dual y conjunta, ya que está conferida a dos representantes, el legal individual y el heterogéneo.
  - d) Es controlada, ya que está sujeta a la aprobación judicial.
2. Sistema de asistencia: El incapaz no es sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos, sino llamado conjuntamente con otro al desempeño de ese ejercicio. El elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor<sup>40</sup>.

En la incapacidad de hecho, es frecuente el funcionamiento conjunto de ambos sistemas. Hay conjugación de representación y asistencia en todos los variados supuestos de actuación de los representantes con previa autorización judicial, pues entonces la asistencia es desempeñada por el juez.

---

<sup>40</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. **Ob. Cit.** Pág. 190.

Dentro del funcionamiento de la representación legal, el nuevo Artículo 57 del Código Civil, del Congreso de la República de Argentina, preceptúa que los representantes de los incapaces son:

- a) “De las personas por nacer, sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre.
- b) De los menores no emancipados, sus padres o tutores.
- c) De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.”

La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código, pero quedan exceptuados de la representación genérica que envisten los representantes, los llamados personalísimos, que son aquellos que por su naturaleza sólo están librados a la discrecional voluntad del autor. Los actos de esta índole son: El matrimonio, el reconocimiento de filiación, el testamento, la acción de divorcio, la revocación de donación por ingratitud del donatario, y se dice que son voluntarios ya que se derivan de lo que se puede o no se puede hacer.

### **3.8. Los inhabilitados**

En diversas legislaciones se establecen las causas que motivan la inhabilitación de las personas, entre las más importantes están:

- a) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, estén expuestos a obtener actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;

- b) A los disminuidos en sus facultades, cuando el juez estime que el ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente dañino a su persona o patrimonio;
- c) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá si la persona imputada tuviera cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción, para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

De esta manera, se tiende a proteger más a la familia directa del pródigo que a él mismo. No existe una tutela legal, por más dilapidación de bienes en que incurra, excepto que se trate de un enfermo mental.

“Procedimiento: En este caso debe ser declarado por el juez, remitiéndose la ley al trámite de interdicción por insania. Haciendo referencia a los casos de demencia y rehabilitación, necesitándose una nueva sentencia para el último caso.

Los efectos: El juez nombra un curador al inhabilitado, quien no podrá disponer de sus bienes por acto entre vivos, pudiendo hacerlo únicamente en la administración. El representante presta su conformidad autorizando al incapaz a otorgarla, se requiere de la voluntad de ambos, si el acto carece de valor es nulo.

En cambio, cuando opera la representación sola, se manifiesta la voluntad del representante (curador), no la del representado (demente o sordomudo interdicto). Como consecuencia de esto, se puede decir que el inhabilitado es una persona capaz de hecho con algunas limitaciones.

### **3.9. Los dementes**

Se incluye entre los incapaces absolutos de hecho, a los dementes. Se refiere a los dementes declarados por resolución judicial firme, es decir, a los interdictos. Debiendo entenderse la primera frase, como referida a la incapacidad de hecho de la persona. El demente no interdicto es capaz de hecho, sin perjuicio de no ser válidos los actos jurídicos que realice, ni poder imputársele responsabilidad por ilicitud, ya que el carecer de uso de razón (discernimiento) no tiene voluntad jurídica.<sup>41</sup>

Así como se ha desarrollado el presente capítulo, se ha de entender ahora la forma en la que una antinomia puede causar zozobra en la vida civil de las personas y de cómo es posible brindarle una solución eficaz a dicha situación, tomando en cuenta los parámetros no solo legislativos sino doctrinarios.

---

<sup>41</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág. 280.



## CAPÍTULO IV

### **4. Solución al conflicto entre curatela y patria potestad**

Las soluciones a los conflictos de carácter jurídico que nacen de problemas por razón de antinomias son esenciales para el correcto desarrollo, en el presente caso, de la vida civil de las personas, es por ello que a continuación se propone una solución para que la patria potestad en el presente caso siga avante en determinados casos.

#### **4.1 Problemas jurídicos referentes a la tutela y la patria potestad**

En Guatemala, en virtud de existir dos normas que establecen diferentes disposiciones respecto de un mismo tema, existe lo que se llama antinomia.

En ese orden de ideas, el Artículo 301 del Código Civil establece:

“ARTÍCULO 301. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde.

1º. Al cónyuge;

2º. Al padre y a la madre;

3º. A los hijos mayores de edad; y

4º. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.”

Mientras que el Artículo 252 del mismo cuerpo legal establece: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”

Como es evidente, existe una antinomia entre las normas relacionadas. Para una mejor comprensión de dichos aspectos es necesario entender algunos caracteres y diferencias de las antinomias, por lo cual se desarrolla la siguiente:

“Según Ferrater Mora, en un sentido amplio se denomina antinomia: A todo conflicto entre ideas, proposiciones, actitudes etc. Por ejemplo: antinomia entre razón y fe, entre amor y deber, entre moral y economía, etc. En sentido estricto, el término griego antinomia, designó primero en el horizonte del sentido de las leyes (ámbito del derecho y regulación de la vida común - en la Polis), del conflicto entre dos leyes.

Esto planteó el tema inicialmente en el horizonte de problemas de la retórica, es decir, en el ámbito de la comunicación. Para Plutarco (Mor. IX 742 A) se puede arbitrar una antinomia, cuando hay que dirimir el conflicto entre dos posiciones en disputa y cada una se apoya en el modo de hablar de la otra parte (los griegos pedían restitución a los troyanos por la derrota de Paris y los troyanos no querían ceder porque no los habían matado).

Quintiliano (Inst. Oratoriae VII, vii, i) considera existir una antinomia cuando hay dos aspectos (status): uno sobre la letra y otro sobre la intención de la ley; lo que conduce a opiniones contrarias sobre lo que la ley estatuye y a la construcción subjetiva, por cada parte, de una ley distinta. Cada parte sostiene que hay un conflicto objetivo, como si se tratara de que realmente existan dos leyes contrarias. Sin embargo, argumenta Quintiliano, sólo hay una ley, pues si el derecho (ius) fuera distinto, unas leyes cancelarían a otras. Esto es, la manifestación del conflicto comunicacional antinomia (en el horizonte del tema leyes), es posible sólo si por interpretaciones o construcciones diversas sobre lo que implica una ley (aunque evidentemente, la misma formulación o dimensión sintáctica de la ley tenga mucho que ver con ese conflicto al dejar mayor o menor ámbito de libertad a la interpretación - en semántica - y al uso pragmático de la ley).

En el horizonte de sentido de la reflexión filosófica y lógica, el término antinomia se usa en referencia al significado de las proposiciones, a veces como sinónimo del término paradoja.”<sup>42</sup>

La conjunción de una afirmación y de su negación es una antinomia, si es que puede mostrarse la verdad de ambas. El término se usa en este sentido, para designar una proposición, que es al mismo tiempo y considerada en sí misma (no en sus presuposiciones o en sus consecuencias como sucede con la paradoja), verdadera y falsa.

---

<sup>42</sup> Rousvelisth, Robert. **Análisis jurídico de las antinomias**. Pág. 43

“Se suelen distinguir en estas antinomias tres tipos distintos:

- a) Gnoseológicas, en el sentido kantiano;
- b) Lógicas, que se manifiestan en matemáticas (en la teoría de conjuntos);
- c) Semánticas (en general, puramente referidas a la dimensión sintaxis o gramática).<sup>43</sup>

Las lógicas y las semánticas, son las más estudiadas en la perspectiva de la filosofía analítica, centrada en la crítica de la dimensión lenguaje.

#### **4.2. Antinomias gnoseológicas**

Podría hablarse aquí, con más propiedad terminológica, de antinomias de teoría filosófica del conocimiento. El ejemplo más conocido de este planteamiento se encuentra en las críticas de la razón de Kant, donde las antinomias surgen por el uso dogmático del saber y sólo se resuelven cuando se aplica la crítica radical a las operaciones de la cognición.

“Para Kant, la antinomia de la razón pura consiste en el uso de ideas trascendentales, con el fin de obtener conocimientos sobre el cosmos empírico. En cada una de sus teorías, se da un conflicto o antitética (tesis conjuntamente con su antítesis), entre dos juicios dogmáticos, sin que exista más fundamento para uno que para el otro.

---

<sup>43</sup> Rousvelisth, Robert. **Ob. Cit.** Pág. 47.

Las cuatro antinomias son:

- 1ª Tesis: El mundo tiene comienzo temporal y límites en el espacio. Antítesis: El mundo no tiene ni comienzo ni límites.
- 2ª. Tesis: Toda substancia consta de partes simples, y no existe sino lo simple o lo compuesto desde lo simple. Antítesis: Nada del mundo se compone de partes simples.
- 3ª. Tesis: Existe libertad, en el sentido transcendental de la posibilidad de un comienzo absoluto e incausado de una serie de efectos. Antítesis: Todo sucede según leyes naturales (está determinado).
- 4ª. Tesis: El mundo tiene como parte de él o como su causa un ser necesario. Antítesis: No existe un ser necesario, ni como parte ni como causa del mundo.

La tesis se prueba por la refutación de la antítesis y viceversa. Por ejemplo, (primer antinomia) si se admite la antítesis, entonces ni podría hablarse de un acontecer en el mundo, pues todo acontecer requiere un comienzo y un fin. Pero si se admite la tesis, entonces hay que admitir un estado anterior de nada, donde tampoco puede advenir o comenzar nada. <sup>44</sup>

#### **4.3. Diferenciación de la antinomia y paradoja**

“Aunque no hay unanimidad en la distinción entre antinomia y paradoja (la forma de distinguir las depende de posiciones teóricas también antinómicas), se puede seguir la

---

<sup>44</sup> Rousvelisth, Robert. **Ob. Cit.** Pág. 49.

forma de diferenciarlas común a los constructivistas de Erlangen, que en vez de referirse a los contenidos conceptuales, orientan su observación y modo de analizar el problema a las operaciones (construcciones), en el curso de las cuales se manifiestan los conflictos o contradicciones.

Una antinomia, surge así en una operación-construcción, que partiendo de presuposiciones consideradas como evidentes o libres de toda sospecha conducente, a través de inferencias lógicas, a dos proposiciones contradictorias (A A), con lo cual (por una reductio ad absurdum), se llega a inaceptabilidad del mismo punto de partida (o si hay varias proposiciones iniciales a la inaceptabilidad de alguna o algunas de ellas).

Una paradoja, en cambio, se caracteriza por conducir, en una operación construcción de correcta inferencia lógica, desde las premisas o presuposiciones iniciales, a consecuencias inesperadas o contra-intuitivas.

También debe distinguirse antinomia de contrariedad (lógica). Dos proposiciones pueden ser contrarias entre sí, sin que eso implique una antinomia. La antinomia surgiría sólo al relacionar dichas propuestas, estableciendo que es posible probar la validez de ambas. Es decir, no basta que los contenidos conceptuales sean incompatibles, sino es precisa además la relación con las operaciones de demostración realizadas, de tal modo que se demuestre que ambas son simultáneamente verdaderas para el observador que las considera.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Rousvelisth. Robert. Ob. Cit. Pág. 55.

#### **4.4. Diferenciación entre antinomias lógicas**

“Son las más discutidas hoy en el contexto de la reflexión metateórica o de la filosofía analítica de la ciencia (en este caso, de las ciencias formales), son las que se plantean al explicar la dimensión calculatoria de un sistema formal (matemáticas, lógica formal), como sucede en el caso de la teoría de conjuntos, con los conceptos de número y conjunto. Las operaciones de observación, en las que se manifiestan las antinomias lógicas, no tienen en cambio referencia alguna a los conceptos de verdad, significado o definición.

Las antinomias de la teoría de conjuntos, se dividen en clásicas y en nuevas. Las primeras son la de Burtali-Fortis, la de Cantor y la de Zermelo-Russell.

En contraposición a las lógicas, se encuentran las antinomias semánticas, que aparecen cuando hay que emplear formulaciones referidas a conceptos, como los de verdad, sentido, significado, definición, etc.

Según F.P. Ramsey (1926), se plantean sólo cuando explícitamente se hace una referencia a los medios lingüísticos con que se formulan estas antinomias. Las distintas variantes de la paradoja-antinomia del cretense Epimenides, que afirma que él siempre miente, son formulaciones de lo que los latinos denominaban insolubilia (formulado modernamente: La frase que estás leyendo afirma ser falsa). Más reciente es la antinomia de Grelling.

La resolución de las paradojas semánticas exige una crítica, a nivel de análisis del lenguaje, de la relación de auto-referencia en la formulación antinómica. A. Tarski, con su teoría semántica de la verdad, mostró que la resolución de éstas requiere diferenciar claramente entre lenguaje-objeto y meta-lenguaje. Así, por ejemplo, el predicado heterológico no podría aplicarse como si fuera él mismo en distintos niveles de expresión, porque en cada nivel tendría otro sentido.

Este análisis se da por medio de la relación concatenada de las paradojas semánticas, expuesta en parte por la formulación antinómica. <sup>46</sup>

#### **4.5. La patria potestad prevalece ante la tutela**

En el presente caso, en el cual existe antinomia dentro de un mismo cuerpo legal, siendo éste, el Código Civil, la forma de darle solución al problema es de la mano de la doctrina.

Un ordenamiento no es coherente, cuando existe el denominado conflicto de normas. Existe antinomia, cuando dos o más normas que pertenecen al mismo ordenamiento imputan al mismo caso soluciones incompatibles entre sí, y que dan lugar a que la aplicación simultánea de las normas produzca resultados incompatibles e imposibles.

---

<sup>46</sup> Rousvelisth, Robert. **Ob. Cit.** Pág. 71.



“De ahí, que se tenga que elegir entre unas y otras. Existe conflicto entre una obligación y una prohibición, en relación a una misma materia hay una incompatibilidad. También existe contradicción entre una obligación y permiso negativo, y entre prohibición y permiso positivo, siempre que regulen la misma materia. Según el profesor Ross, puede existir antinomia total, que es cuando existe una incompatibilidad absoluta, ya que coinciden totalmente los campos de aplicación.

- Una incompatibilidad parcial-parcial: Cada norma tiene un campo adicional de estudio.
- Una incompatibilidad total-parcial: Se da cuando el ámbito de aplicación de una norma, está incluido en otra, pero esta última tiene casos adicionales. <sup>47</sup>

Entonces la incompatibilidad parcial-parcial, es algo que definitivamente le falta un adicional para su completa aplicación, y la total parcial, es cuando una norma encuadra en otra.

#### **4.6. Criterio utilizado para resolver las antinomias**

- “Principio de jerarquía normativa: Establece que la norma superior prevalece sobre la inferior. Así, la Constitución predomina sobre toda norma jurídica y éstas se deben ajustar a ella, no pudiendo ser contradictorias entre sí.

---

<sup>47</sup> Rousvelisth, Robert. **Ob. Cit.** Pág. 86

- Principio de cronología o temporalidad: Toda medida posterior de igual rango deroga a la anterior.
- Principio de especialidad: Supone que la legalización especial, prevalece sobre la general.

Puede ocurrir que, para solucionar las antinomias nos encontramos con conflictos de opiniones. Para Bobbio, establece que cuando se dé el problema entre el criterio jerárquico y el cronológico, siempre se resolverá a favor del primero (será aplicable la norma superior). Si el conflicto se da entre el cronológico y especial, o especial y jerárquico, la solución dependerá del juicio sobre el especial (será el juez quien decida).

A parte de estos principios, existen otros que debemos tener en cuenta, que son:

- a) La aplicación analógica.
- b) La supremacía de la ley.
- c) La sujeción al sistema de fuentes, con el principio de iura novit curia.
- d) Publicidad de la norma, condición "sine qua non", condición esencial para que las normas tengan validez.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Pág. 167.

#### **4.7. Patria potestad y sus aspectos importantes en el derecho comparado**

Es el conjunto de los derechos de los progenitores, respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados. Antes los descendientes no gozaban de derechos ante los padres.

Más tarde, se consideró a ésta, como al conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos.

1º) “Derechos y deberes: Se confieren prerrogativas a los titulares, no sólo atendiendo a sus intereses, sino principalmente considerando a los del menor. Los derechos que se confieren implican correlativos deberes.

2º) Titularidad y ejercicio: Es el conjunto de los derechos y deberes que en principio corresponden a ambos padres, independientemente el ejercicio, es la facultad de actuar concretamente en virtud que corresponden en unos casos, a uno u otro, o a ambos progenitores.

3º) Régimen actual de ejercicio: Combina los sistemas de ejercicio vinculado e indistinto. Corresponde al padre y a la madre simultáneamente. Sin embargo, se

presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro.<sup>49</sup>

Cuando los padres no conviven, la patria potestad se concentra en el progenitor con quien vive el menor, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Esto es muy importante, ya que en muchos casos uno de los padres no permite al otro ver a los hijos, y así se crea un conflicto no solo entre ellos, sino con los pequeños.

No funciona la presunción legal de consentimiento de un progenitor, respecto de los actos que el otro realiza, cuando mediare expresa oposición. En caso de que reiteradamente existan desacuerdos entre los padres, el juez puede, o bien concentrar en uno de ellos el ejercicio de la patria potestad, si advierte que es el otro el que constantemente causa los desacuerdos, o bien distribuir las facultades entre ambos ascendientes, teniendo en cuenta las características y mayores aptitudes de cada uno.

Efectivamente, es el juez el que resuelva este tipo de diferencias, entre padres que no están juntos, ya que en consecuencia puede producir un problema mayor, en donde el único perjudicado sea el hijo.

---

<sup>49</sup> Flores, José. **Derecho de menores en México**. Pág. 275.

**4º) “Actos que requieren consentimiento expreso de ambos padres:**

- Autorización para contraer matrimonio (al emanciparse el menor, queda sustraído de la esfera de la patria potestad de ambos padres). Si el menor, pretende casarse y no cuenta con la autorización de los padres, el juicio de disenso tramitará con los dos; y en caso de que uno de ellos hubiera prestado su asentimiento sólo tramitará con el otro.
- Habilitación (para su emancipación también se requiere el consentimiento del menor).
- Aprobación para ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
- Permiso para salir de la república.
- Autorización para estar en juicio.
- Disponer de inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos, cuya administración se ejerce con autorización judicial.
- Ejercer actos de administración de los bienes de los menores.

**5º) Padres incapaces, privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad:** Las facultades se concentran íntegramente en el cónyuge no afectado. Si esto sucede con ambos padres, al menor se le nombrará un tutor.

**6º) Hijos extramatrimoniales de menores no emancipados:** El progenitor que es menor no emancipado, no tiene el ejercicio de la patria potestad, en cuanto implique tomar

Decisiones de trascendencia jurídica. Se prefiere designar como tutor, al ascendiente que ejerza la patria potestad sobre el papá o mamá menor que tiene al hijo bajo su cuidado.

7º) Alimentos: La obligación alimentaria, pesa tanto sobre el padre como la madre. En caso de no contar con los bienes económicos, también recae sobre los abuelos paternos o maternos.

8º) Caracteres y efectos de la obligación: El deber de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad. Así también como el cuidado y guarda de los bienes que poseen.

- A diferencia de lo que sucede en los juicios de alimentos, que se plantean entre otros parientes, cuando es el hijo menor de edad el que pide alimentos a sus padres, no debe demostrar su necesidad de ellos.
- La cuota fijada puede aumentar por muchas circunstancias, pero además por tener más edad el alimentado, con los mayores gastos que ello significa.
- No puede alegar el progenitor falta de trabajo para oponerse a la fijación de la cuota. Si ese fuera el caso se tendría que establecer judicialmente.
- Se suspende el derecho de visita, por incumplimiento del alimentante, cuando la falta es maliciosa, tendiente a perjudicar al hijo.

- La obligación de dar alimentos es algo que se tiene que dar por parte de la persona que ejerce la patria potestad, no puede eximirse esa responsabilidad.
- 9º) Concubinato e injurias cometidas por el progenitor que tiene la guarda: Dichos actos no pueden servir para privar de alimentos al hijo menor que vive con el progenitor que los realizó.
- 10º) Poder de corrección: El derecho de los padres de corregir a sus hijos menores debe ser ejercido con moderación, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. En realidad no hay necesidad de usar la violencia, para reprender a los hijos.
- 11º) Trabajo de los hijos menores: Los padres no pueden exigir al descendiente que desarrolle una actividad laboral en su beneficio, pero sí la colaboración propia de su edad, sin por ello tener que remunerarlo. Los hijos tienen la obligación de ayudar a sus padres, siempre y cuando no sea un trabajo que requiera más de lo que ellos puedan cumplir.

- 12º) **Actuación del menor en juicio:** Se exige la autorización de ambos padres, tratándose de menores adultos. Y esto es, muy importante ya que los padres tienen que dar autorización, para los actos legales que ellos tiendan a comparecer o realizar, ejemplo: Casarse, comprar una casa etc. No se necesita autorización, cuando el hijo es demandado criminalmente.
- 13º) **La guarda del menor:** Los padres pueden exigir a las autoridades públicas, toda la asistencia que le sea necesaria para hacer volver al hogar a los hijos que lo hubiesen dejado. También tienen la facultad de acusar criminalmente, no sólo a los corruptores o seductores de sus menores, sino también a las personas que los retuvieron. En caso de separación de los progenitores, la guarda se confiere a uno de ellos.
- 14º) **Localización y restitución de menores, que se encuentran en el exterior:** Existe un mecanismo de actuación del juez exhortado por otro de distinto país, para la localización de menores que residan habitualmente en el país del exhortante y presuntivamente se encuentren en forma indebida en territorio del exhortado. También se prevé el trámite de restitución de menores.
- 15º) **Responsabilidad por los hechos ilícitos de los hijos:** Ambos padres son solidariamente responsables de los daños que causan los que habitan con ellos. Si los perjuicios los causan menores de 10 años, la responsabilidad será directa



y exclusiva de los progenitores. Si es mayor de 10 años, el hijo también responderá personalmente y con sus bienes ante el damnificado, y la responsabilidad de los padres es sólo indirecta o refleja, por lo cual podrán reclamar en contra del menor, si es que tiene patrimonio, resarcimiento por lo que tuvieron que pagar al tercero. Si el descendiente habita sólo con uno de sus progenitores, quien ejerce su tenencia es el único responsable, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro ascendiente.<sup>50</sup>

La responsabilidad de los padres, queda reemplazada por la persona que se halla al frente de un establecimiento de cualquier clase, y el menor se encuentra de una manera permanente bajo su vigilancia y autoridad. Si éste trabaja, y el daño lo causa trabajando, será responsable el patrono.

Se exime de responsabilidad a los padres, cuando prueban que les ha sido imposible impedir el hecho de su hijo. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre ellos. Si el progenitor no puede contener el daño, aunque lo tenga vigilado, en este caso el padre queda exento de toda culpabilidad.

16º) "Representación en juicio: Los padres son los representantes legales de sus hijos, y en consecuencia pueden estar en juicio por ellos, como actores o

---

<sup>50</sup> Flores, José. **Ob. Cit.** Pág. 278.

demandados. No podrán estar por cuestiones vinculadas a las actividades remuneradas que desarrolla el menor que ya cumplió 18 años, o relacionadas con los bienes que él ha adquirido con su trabajo. Sin perjuicio de la representación que ejercen los padres, los menores son heterogéneamente representados por el Ministerio Público de Menores.

- 17º) **Administración:** Se requiere el consentimiento de ambos padres para todos los actos vinculados a la administración de los bienes de los hijos. Sin embargo, uno de ellos puede delegar en el otro la facultad de administrar, aunque se necesitará el consentimiento expreso del que hizo esa delegación, para todos los actos que requieren autorización judicial. En caso de graves desacuerdos sobre la gestión de éstos, el juez designará a uno de los progenitores administrador, siempre y cuando llene los requisitos indispensables para realizar dicho cargo.
- 18º) **Normas:** Se aplican las de la patria potestad y luego las del mandato. Como preferencia serán los padres que ejerzan la patria potestad, y luego como segunda instancia las del tutor.
- 19º) **Bienes excluidos:** Los padres no tienen la administración de los bienes que fueron donados o dejados por testamento a los hijos, bajo la condición de que aquéllos no los administren. En tal caso se nombrará un tutor especial, el cual

solo será exclusivo para administrar los bienes específicos dejados en el testamento.

- 20º) Arrendamientos: Las rentas de los bienes de los hijos acabarán, cuando concluya la patria potestad. En dicho caso será específico en el de arrendamiento, y dejará de administrar los padres cuando el menor cumpla los 18 años.
- 21º) Enajenación de bienes y otros actos de disposición: Los padres necesitan autorización judicial, en el caso de los bienes muebles no registrables. La enajenación hecha sin aprobación legal imposibilitará la recuperación del bien, pero existirá responsabilidad patrimonial ante el hijo por parte de los progenitores. Por ejemplo: Si un padre desea vender una casa o un automóvil, tendrá que pedir autorización del juez competente para poder realizarlo, de lo contrario será responsable y responderá con sus propios bienes.
- 22º) Actos que no pueden realizar, ni aún con autorización judicial: Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad. Ni comprar bienes de sus menores, tampoco pueden constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra sus descendientes, ni hacer partición privada con éstos en la herencia del otro progenitor que ha fallecido, ni en otra

sucesión en la que sean con los hijos coherederos, ni obligarlos como fiadores de ellos o de terceros.

- 23º) Dinero de los hijos: Éste debe ser depositado en cuentas, que posibiliten el control judicial. No podrán retirar fondos los padres sin causa justa, ni con una orden legal.
- 24º) Contraer préstamos: Los padres necesitan autorización del juzgado para contraer préstamos a nombre de sus hijos. Si lo realizan sin orden de juez competente, se verán en problemas judiciales.
- 25º) La autorización judicial: Los progenitores al solicitarla en proceso voluntario, deberán demostrar la conveniencia que para el menor significa la realización del acto. Intervendrá el Ministerio de Menores y se tasará el bien que se pretende enajenar o gravar.
- 26º) Rendición de cuentas: Actuando dentro de sus facultades de administración y disposición, los padres no estarán obligados a rendir cuentas por lo actuado, ya que son poderes comprendidos en el ejercicio de la patria potestad; esto, sin perjuicio de las responsabilidades que derivan por la realización de negocios prohibidos por la ley o que requerían autorización judicial si ésta no fue obtenida.

- 27º) **Nulidad de los actos:** Los actos que los padres realizan en contra de las prohibiciones legales son nulos y no producen efecto alguno. Aunque esta nulidad es relativa, ya que el menor podría confirmar los actos al llegar a la mayoría de edad.
- 28º) **Pérdida de la administración:** Los padres pierden el derecho a administrar los bienes de los hijos, cuando ésta resulte ruinoso para el haber administrado; o se pruebe su incapacidad para administrar; o se encuentren en estado de insolvencia y concurso de acreedores. Se refiere a que se compruebe que fue una mala administración, gastándose el dinero en cosas que no tienen ningún beneficio para el menor.
- 29º) **Contratos en interés del hijo menor:** Cuando el progenitor negocia con terceros, en uso de sus facultades de administración de los bienes del hijo, está actuando como representante legal y necesario; de manera que, en realidad, la parte contratante es el menor representado por su padre. Cuando el ascendiente negocia con un tercero a efecto de que éste le preste un servicio al descendiente, el primero no está actuando en representación del segundo, sino que actúa a título propio, en cumplimiento de deberes que le son propios y que derivan de la patria potestad. Es decir, que cuando se realizan actos en beneficio del menor tiene toda la libertad de elaborar contratos y todo lo que le beneficia a éste.

- 30º) **Usufructo:** Los progenitores tienen, por mitades, el usufructo de los bienes de los hijos. Las rentas que producen los bienes de éstos ingresan por partes iguales a la masa ganancial de administración de cada uno de los padres, si son casados, o su patrimonio propio si no es así. Por lo que el usufructo que deriva del matrimonio y le favorezca al menor, tienen la obligación de administrarla ambos, a menos que se demuestre lo contrario.
- 31º) **Cargas del usufructo:** Son los pagos que se deben hacer y las obligaciones que entraña su goce. Son impuestos comunes al provecho ordinario, las que pesan sobre todo beneficiario, excepto la de afianzar. Están dispensados de dar fianza los padres, por el usufructo de los bienes de sus hijos. Todas las imposiciones que se realizan por parte de este derecho real de mero goce, se cubren con el dinero que le corresponden al menor.
- 32º) **Embargo del usufructo:** A los padres por hechos o por deudas no se les puede embargar el uso de este derecho, si no dejándoles lo que fuese necesario para llenar las cargas reales. Si procede esta disposición sobre el usufructo de los padres, no se les podrá retener el 100%, se dejará un porcentaje para cubrir el goce del menor.
- 33º) **Hijos extramatrimoniales:** Sólo los progenitores que los han reconocido voluntariamente, tienen el usufructo. Si el fallo es emitido por un juez es válido y



procede el goce sobre los bienes, ya que los hijos reconocidos fuera de matrimonio tienen el mismo derecho. No tendrán el usufructo, si la filiación se declaró por sentencia.

- 34º) Ejercicio de la patria potestad por un solo progenitor: Si un padre fue privado de ésta, perderá el usufructo, ya que sus hijos no están bajo su voluntad y ha sido declarado no apto para ejercerla.
  
- 35º) Bienes excluidos del usufructo: Son los bienes que el hijo hubiere adquirido con el fruto de su trabajo. El menor es el beneficiario exclusivo. Los padres no podrán gozar el usufructo obtenido por el esfuerzo de éste.
  
- 36º) Cesación del usufructo: Termina cuando se acaba la patria potestad o los progenitores son privados de ésta o suspendidos en su ejercicio.
  
- 37º) Cesación de la patria potestad: Se termina por circunstancias que no implican un juicio desvalioso, respecto de la conducta de los progenitores, sino que significa que los hijos ya no están bajo la esfera de la autoridad de los padres. Se extingue por muerte de éstos, de los hijos; por ingresar unos u otros a institutos monásticos; por llegar a la mayoría de edad; por su emancipación legal; y por ser adoptado por un tercero, sin perjuicio de que se restituya la patria potestad,

en caso de revocación o nulidad de la adopción. Ésta se pierde en los casos anteriores, pero puede ser restituido por orden judicial, si él demuestra que fue víctima de una calumnia.

- 38º) **Suspensión del ejercicio:** Queda suspendido mientras dure la ausencia declarada judicialmente; en caso de interdicción del progenitor, su inhabilitación por embriaguez habitual, uso de estupefacientes o disminución de sus facultades mentales, hasta que sea rehabilitado, y cuando haya sido condenado a prisión o reclusión por más de tres años. Él recobra su posición cuando demuestra que se ha recuperado totalmente de su incapacidad a la que fue suspendida.
- 39º) **Entrega del niño a un establecimiento de protección:** Los jueces podrán disponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad y la dirección del establecimiento tendrá la tutela definitiva del menor.
- 40º) **Menor que delinque:** En caso de delitos cometidos por menores, el juez puede declarar la privación o la suspensión de la patria potestad. Éste es un caso especial, en el cual los padres no pueden hacer nada al respecto, ya que el que fallo fue el hijo.



41º) Privación de la tenencia: El juez tiene la posibilidad de disponer solamente la prohibición de la tenencia del menor, en lugar de la privación de la patria potestad o su suspensión, cuando correspondan estas medidas. Se despojará al progenitor de la guarda del hijo para conferírsele a un tercero, si la actitud de aquél no reviste gravedad a criterio del juez, pero las decisiones referidas a la persona y bienes del descendiente y su representación jurídica, continuarán en cabeza del ascendiente.<sup>51</sup>

Entonces el juez es el que decide, si se le priva de la patria potestad al padre y si se le otorga a una tercera persona. También esta negativa de tenencia, puede ser dejada sin efecto por la autoridad competente, a petición de parte. Y si existiera una tercera persona involucrada e interesada, se hará a requerimiento, y el juez le dará trámite correspondiente.

#### 4.8. Tutela

Como ha quedado establecido en líneas anteriores, es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto, o porque éstos son de filiación desconocida, o porque aquéllos han sido privados de esos derechos. Entonces quiere decir, que ésta es supletoria a la otra.

---

<sup>51</sup> Flores, José. **Ob. Cit.** Pág. 280.



Es el derecho que la ley confiere, para gobernar la persona y bienes del menor, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. Entonces se da cuando la primera institución no cumple por diversas razones o los padres no la pueden ejercer, solo así se da la tutela.

“Obligación de los parientes del menor: Los familiares que saben que éste ha quedado en orfandad, o que ha quedado vacante la tutela, tienen la obligación de poner en conocimiento del juez tales circunstancias, para que de inmediato se nombre un nuevo tutor. El juez determinará a la persona idónea que adjudicará dicho cargo y notificará según los plazos de ley.

**Funciones del tutor:**

- a) Debe dar protección y cuidado a la persona del menor.
- b) *Debe administrar y cuidar los bienes de éste.*
- c) También es su representante legítimo.

El tutor, es la persona que se encarga del pupilo, en todos los actos de la vida que él tenga que representarlo, por lo que debe ser una persona física.

Las características de ésta es, que es una figura jurídica y como tal tiene caracteres, lo cual solo lo puede desempeñar solo una persona, y no como en la patria potestad, que la pueden ejercer una o dos personas, llámese padre o madre.

En la figura de la tutela, está definitivamente vigilada por el juez, en el cual todos los actos realizados por el apoderado deberá tener el consentimiento de la autoridad judicial o en su defecto tendrá que notificarle las acciones que él haga, durante su gestión como encargado de un menor.<sup>52</sup>

El tutor tiene que tener ciertas cualidades o características, debe ser mayor de edad, ser un individuo que se comunique con otras personas, vivir en el país, no tiene que tener deudas y tiene que estar solvente. En conclusión, tienen que ser personas honorables, idóneas y responsables.

#### **4.9. Curatela**

“Aspectos doctrinarios: Es la representación legal que se da a los mayores de edad que son incapaces por demencia; por ser sordomudos que no saben darse a entender por escrito; o por ser condenados a pena privativa de la libertad por más de tres años; a las personas por nacer, en caso de incapacidad de los padres. También es la función de

---

<sup>52</sup> Flores, José. **Ob. Cit.** Pág. 300.

asistencia de los inhabilitados y la administración de ciertos bienes abandonados o vacantes.<sup>53</sup>

Entonces la curatela, es una figura jurídica que se enmarca en la representación de edad de personas mayores de 18 años, pero que son incapaces de contratar por sí solos, no pueden administrar sus negocios; su función es asistir a los inhabilitados y gestionar los bienes abandonados o vacantes.

“Clases de curatela:

- **Testamentaria:** El progenitor al que le correspondería la curatela legítima, puede designar por testamento, al curador de su hijo mayor de edad demente o sordomudo.
- **Dativa:** Si no hay cónyuge, ni los parientes mencionados, y el progenitor no designó curador en su testamento, el juez designará un curador.
- **Especial:** Se designa en los mismos casos que al tutor especial.

Curador:

- Tendrá a su cargo, el demente (aunque tenga intervalos lúcidos) y el sordomudo que no sabe leer ni escribir, para la administración de sus bienes.
- Su obligación principal, es cuidar que el incapaz recobre su capacidad y a ello se aplicarán las rentas de los bienes de este último.

---

<sup>53</sup> Ross, Alf. **Ob. Cit.** Pág. 300.

- Debe visitar a su pupilo, para estar al tanto de su estado.
- Su función, es velar por los incapacitados, cuidar de ellos tanto físicamente, como la administración de sus bienes si los tuviera.

**Curatela de bienes:** Se designa curador para los bienes, cuyo propietario no está determinado, o se encuentra ausente. Éste sólo podrá ejercer actos administrativos, de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, así como tendrá a su cargo el ejercicio de las acciones y las defensas judiciales de su representado. Entonces el será el custodio de los bienes para administrarlos, conservarlos, hacer pagos necesarios, y defenderlo judicialmente en caso necesario.

**Incapacidad:** Si la sentencia la declara, los actos posteriores que el incapaz realice no serán válidos. Los actos anteriores podrán ser anulados, si públicamente existía la falta de aptitud. Si la afección no era notoria y los contratantes a título oneroso eran de buena fe, los actos serán válidos. Los declarados incapaces, son considerados como menores, de manera que se les aplican las leyes de la tutela.<sup>54</sup>

Promovido el juicio destinado a obtener la declaración de incapacidad por demencia, si ésta aparece notoria e indudable, el juez mandará inmediatamente a recaudar los

---

<sup>54</sup> Ross, Alf. Ob. Cit. Pág. 302.

bienes del demente denunciado y los entregará bajo inventario a un curador provisorio para que los administre.

Siendo casado el incapaz, deberá ser designado curador su cónyuge, excepto cuando estén separados o divorciados. Si no hay cónyuge, se designa al hijo que resulte más apto para esa función. Si no hay hijo, se preferirá al padre o a la madre. De lo contrario se designará a otros parientes.

El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o perjudique a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial. Entonces éste, no podrá ser despojado de su independencia, sin perjuicio del mismo, ni tampoco no podrá ser reubicado en otro lugar, que no sea la casa de un familiar o su propia vivienda.

Las autoridades policiales, podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcohólicos crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros, o afectaren la tranquilidad pública. Dicho aislamiento solo podrá ordenarse previo dictamen del médico facultativo; sin este requisito no podrá ingresarse a ninguna persona en un centro asistencial, y obviamente sin el dictamen judicial.

“A pedido del esposo o esposa, no separados personalmente o divorciados vincularmente, de los parientes del demente, del Ministerio de Menores, del respectivo cónsul (si el demente fuese extranjero), o de cualquier persona del pueblo (cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos) el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales, aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcohólicos crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos.

Cesación de la curatela: Se cuando se declara judicialmente el levantamiento de la interdicción, porque ha cesado la incapacidad; también por muerte del curador o del incapaz.<sup>55</sup>

#### **4.10. Solución a la antinomia**

Como quedó establecido, la solución a la antinomia tiene los siguientes criterios utilizados:

- “Principio de jerarquía normativa: Establece que la norma superior prevalece sobre la inferior. Así, la Constitución predomina sobre toda otra norma jurídica y éstas se deben ajustar a ella, no pudiendo ser contradictorias entre sí.

---

<sup>55</sup> Ross, Alf. Ob. Cit. Pág. 310.

- De cronología o temporalidad: Toda norma posterior de igual rango deroga a la anterior.
- De especialidad: Supone que la norma especial prevalece sobre la general.<sup>56</sup>

Como está señalado, según la doctrina la forma de darle solución en este caso no encuentra viabilidad, ya que no es posible hacerlo por el principio de jerarquía normativa, de cronología o especialidad, ya que ambas antinomias descansan en el mismo cuerpo legal. Sin embargo, respecto del tema se ha de profundizar más, a continuación:

“La tesis según la cual el ordenamiento jurídico constituye un sistema en el tercer sentido ya explicado, se puede expresar también diciendo que el derecho no tolera antinomias, pero ¿Cuándo se dice que dos normas son incompatibles? ¿En qué consiste una antinomia jurídica? Para aclarar estos puntos, se retoma cuanto se ha dicho sobre las relaciones concurrentes entre las tres figuras de calificación normativa u operadores deónticos ya utilizados en otros contextos: La obligación, la prohibición y el permiso, sea positivo o negativo. Si éstos son los caracteres posibles de las normas, y una antinomia es una incompatibilidad entre dos criterios, las distintas clases de antinomias existentes tienen que surgir necesariamente de las combinaciones entre los tres elementos señalados. El resultado es el siguiente (BOBBIO 1956:197):

---

<sup>56</sup> Tamayo y Salmorán. *Ob. Cit.* 125.



1. Prohibición  $\Leftrightarrow$  obligación: Es decir, es un ordenamiento determinado, existe una norma que prohíbe realizar una conducta A y otra norma que obliga a realizar A.
2. Prohibición  $\Leftrightarrow$  Permiso (+): Se encuentra una norma que prohíbe realizar la conducta A y otra norma que permite realizar la misma conducta.
3. Obligación  $\Leftrightarrow$  Permiso (-): Una norma obliga a A y otra no autoriza a A, es decir a no realizar A.
4. Obligación  $\Leftrightarrow$  Permiso (+): Una norma obliga a A y otra autoriza a realizar A.
5. Prohibición  $\Leftrightarrow$  Permiso (-): Una norma prohíbe A y otra no autoriza a A.
6. Permiso (+)  $\Leftrightarrow$  Permiso (-): Una norma autoriza a A y otra no autoriza a A.

No todas las relaciones entre las normas, con sus correspondientes caracteres deónticos, señaladas en el esquema anterior dan lugar a antinomias; no todas ellas son relaciones de normas incompatibles entre sí.

El numeral seis, por ejemplo, debe ser descartado, pues en ningún supuesto dará lugar a una antinomia: Si una conducta está autorizada y también está autorizada la contraria, no se ve por dónde se vaya a producir el choque de incompatibilidad. A este tipo de combinaciones de normas, en las que una permite hacer X y otra permite no hacer X, se las denomina normas facultativas —permiten realizar una conducta y también permiten no realizarla— y en ningún caso son antinómicas.

Los numerales cuatro y cinco, son formalmente antinómicos, pero no lo son materialmente. Si una conducta (fumar) está prohibida y también está permitido no realizarla (no fumar), no hay contradicción práctica alguna, igual ocurre si una conducta es de obligada realización y simultáneamente se entiende permitida su realización. En estos casos no se está ante antinomias, sino ante supuestos de técnica legislativa deficiente o errores materiales en la redacción de las normas, pues uno de los dos enunciados es superfluo, si bien en ningún caso podrán contradecirse mutuamente, dada la coincidencia en el sentido de su contenido.

Los casos dos y tres, sí son auténticas antinomias, es decir, que son normas opuestas formal y materialmente, normas cuyos contenidos son aparentemente incompatibles entre sí.

A la primera relación, de oposición entre una obligación y una prohibición, se le denomina contrariedad (para ser más exactos, la relación de contrariedad se da entre una norma que establece que debe ser X y otra que establece que no debe ser X. La contraposición entre una norma obligatoria y una norma prohibitiva, referidas al mismo acto normativo, es una relación típica de contrariedad (BOBBIO 1956:148), y a las normas que se encuentran en esta situación son normas contrarias. A la relaciones del segundo y tercer caso, es decir la oposición entre una prohibición y un permiso positivo o bien de una obligación y un permiso negativo, se les denomina relaciones de

contradictoria y a las normas que se encuentran en esta situación son normas contradictorias.<sup>57</sup>

Como se ve, los distintos supuestos de antinomias expuestos, van referidos única y exclusivamente a las que a lo largo de estos temas se ha denominado como normas de mandato o normas deónticas; es decir, normas que caracterizan acciones desde el punto de vista del deber ser, como conductas obligatorias, prohibidas o permisivas. Sin embargo, no es usual tomar en consideración a otras normas que pudieran establecer entre sí una relación de incompatibilidad. En concreto, no es usual entre los tratadistas del tema considerar las antinomias que se pudieran presentar entre dos normas de competencia, dos definiciones de un mismo término, dos remisiones a distintos textos legales, dos presunciones distintas, etcétera.

Parece obvio, que estas situaciones pueden darse; por ejemplo, en una norma que atribuye a un órgano competencia exclusiva para regular una determinada materia y una segunda norma que señala, que otro órgano distinto es competente para regular ese mismo asunto. Si el anterior, es una antinomia con dos normas de competencia, también es posible imaginar una incompatibilidad entre definiciones, cuando dos enunciados o normas jurídicas pertenecientes al mismo ordenamiento definen de modo distinto a un término; por ejemplo, en un Artículo de una determinada ley, se define lo que es solar como espacio urbanizado, con rasantes delimitadas y que dispone de la infraestructura de abastecimiento y saneamiento de agua; y en otro Artículo de esa

---

<sup>57</sup> Rousvelisth, Robert. *Ob. Cit.* Pág. 205.

misma ley o de una ley distinta, se define incidentalmente solar como espacio urbanizado, con las rasantes delimitadas y que dispone de la infraestructura de abastecimiento de agua y energía eléctrica y de saneamiento de residuos. Cabe también pensar, en una antinomia entre dos presunciones: las llaves perdidas por su propietario se considerarán como llaves falsas, frente a otra norma que estableciese que las llaves perdidas por su propietario sólo se considerarán llaves falsas cuando el que las encontró favoreció la pérdida.

Por último, se especula de una antinomia entre una disposición derogatoria y una remisión; por ejemplo, en una fecha determinada se deroga una ley (queda derogada la Ley X sobre Régimen Económico y Financiero de determinadas sociedades), sin embargo, meses después en otra ley distinta se encuentra el siguiente enunciado a los efectos de determinar el régimen económico de este tipo de sociedades, se atenderá a lo dispuesto en la Ley X, precisamente la norma que antes fue derogada.

Que este tipo de antinomias, entre normas distintas de las normas de conducta existen es un hecho y sin embargo, los tratamientos del tema se suelen circunscribir a las antinomias planteadas entre normas de conducta. Por ejemplo, se define la antinomia como una situación en la que el individuo no puede cumplir simultáneamente ambas normas o que no puede cumplir una norma sin incumplir la otra, etcétera, afirmaciones éstas, que presuponen que las normas que se oponen con normas deónticas o de conducta. El motivo de esta insuficiencia de la teoría jurídica ya ha sido expuesto en diversas ocasiones, hasta hace relativamente poco tiempo, se consideraba que sólo las

normas de mandato –o aún sólo las normas que prescribían la imposición de actos coactivos– eran auténticas normas jurídicas, y que los enunciados que no caracterizaban como obligatorias, prohibidas o permitidas las conductas –o los que no prescriben la aplicación de sanciones– no eran auténticas normas jurídicas, que a lo sumo, se trataría de piezas de normas jurídicas o normas dependientes, que sólo adquirirían su estatus junto a una norma independiente (KELSEN 1960:67). Sin embargo, superada esta concepción, en el momento en que se afirma que la normatividad y la coacción son propiedades del ordenamiento como sistema, pero no de todas y cada una de las normas que lo componen, las antinomias entre todo este tipo de normas no prescriptivas, adquieren carta de naturaleza, sin que los estudios o las teorías sobre el tema les dediquen, al menos hasta ahora, la atención que merecen.

Por tomar nota de estos fenómenos, es por lo que habría que excluir de la definición de antinomia a cualquier elemento de naturaleza deóntica y señalar que hay antinomia cuando dos normas son incompatibles entre sí, esto es, cuando tienen efectos jurídicos incompatibles, sean de la naturaleza que sean, tanto la caracterización de una acción en dos sentidos contrarios o contradictorios, como cualquier otra vinculada con cualquier otro enunciado jurídico que forme parte de un orden jurídico. Desde esta óptica sería posible referirse a antinomias en sentido estricto, donde se incluiría a las que se presentan entre normas con calificaciones deónticas incompatibles entre sí y antinomias en sentido amplio, que son las anteriores y todas las demás.

**Requisitos de las antinomias:** La antinomia (en sentido estricto), es aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe; o cuando una obliga y la otra permite; o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Pero la definición no es completa, porque para que se pueda dar una antinomia se requieren dos condiciones, que aún cuando son evidentes, deben explicarse.

Para que una antinomia se produzca, las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento, o a ordenamientos entre cuyas normas se establezca algún tipo de relación de subordinación (BOBBIO 1956:201). Es evidente, que no se producirán problemas de incompatibilidad de normas cuando las normas pertenezcan a dos sistemas jurídicos entre los que no exista relación alguna.<sup>58</sup>

Por ejemplo, en la norma que prohíbe la aplicación de la pena de muerte, en el ordenamiento jurídico español y la norma del Estado de Texas que la impone como sanción por la comisión de ciertos delitos. No tendría mucho sentido afirmar, que se trata de dos normas antinómicas, puesto que pertenecen a ordenamientos jurídicos distintos.

El primero de los supuestos aludidos –que las normas pertenezcan al mismo ordenamiento– puede ser mejor entendido por referencia a la terminología que distingue entre orden y sistema jurídico. Lo que se dice es que para que se plantee una

---

<sup>58</sup> Rousvelisth, Robert. *Ob. Cit.* Pág. 219.

antinomia, las normas deben de pertenecer al mismo sistema jurídico, es decir, salvo en los casos de relación de subordinación o coordinación, no habría antinomias entre normas pertenecientes a sistemas jurídicos distintos por factores espaciales, es decir, a sistemas de distintos países u órdenes estatales, ni tampoco a normas que, aún perteneciendo a un mismo orden jurídico, no coincidan en su periodo de vigencia en ningún momento, esto es, no formen parte ambas, conjuntamente de ningún sistema jurídico de ese orden.

En cuanto a los ordenamientos distintos pero subordinados, un clásico ejemplo es, el de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo desde la óptica iusnaturalista. Un verdadero y propio problema de antinomias entre derecho positivo y derecho natural (es decir, entre diversos ordenamientos) subsiste en la medida en que se considere el derecho positivo como ordenamiento subordinado al derecho natural. En este caso, el intérprete tendrá que eliminar no sólo las antinomias en el interior del ordenamiento positivo, sino también aquéllas que subsisten entre el ordenamiento positivo y el ordenamiento natural.

Aún se podría completar un poco más el requisito expuesto, y admitir que también pueden plantearse antinomias entre ordenamientos jurídicos y entre los que exista algún tipo de relación distinta de la de mera subordinación, a la que se denominará relación de coordinación. También en estos casos, aún tratándose de órdenes jurídicos distintos, sería concebible la existencia de antinomias entre sus normas.

Por ejemplo, podrá existir una antinomia entre dos sistemas coordinados, como podría ser el caso de los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea, sujetos a principios comunes, como las obligaciones de cooperación judicial o administrativa. Si una norma de un Estado, miembro de la Unión Europea, no asegura estos principios, estará en contradicción con las normas de los demás Estados que presupongan que dicha cooperación se va a producir. Otro ejemplo es, en la norma que permite a los tribunales españoles reclamar a individuos acusados de delitos de terrorismo y la norma que obliga a los tribunales de otro Estado a no autorizar la extradición, cuando concurren determinadas circunstancias como cuando los hechos presenten connotaciones políticas o que se haya solicitado el estatuto de asilado, sin contemplar la posibilidad de que los sujetos en cuestión estén acusados en otro Estado miembro de delitos de terrorismo.

“La segunda condición necesaria para poder hablar de antinomia, es que las dos normas tengan el mismo ámbito de validez y se distingue simultáneamente cuatro ámbitos de validez de una norma: Temporal, espacial, personal y material (BOBBIO 1956:201). De acuerdo a la terminología que se ha usado y teniendo en cuenta el significado que se ha atribuido al término validez, más que el ámbito de validez, habría que hablar del ámbito de aplicación de la norma, para evitar confusiones y ambigüedades.



No constituyen antinomia, dos normas que no coincidan respecto del:

- a) **Ámbito de aplicación temporal:** Está prohibido fumar de las cinco a las siete, no es incompatible con: Está permitido fumar desde las siete hasta las nueve.
- b) **Ámbito de aplicación espacial:** Está prohibido fumar en la sala de cine, no es incompatible con: Está permitido fumar en la sala de espera.
- c) **Ámbito de aplicación personal:** Se prohíbe fumar a los menores de 18 años, no es incompatible con: Se permite fumar a los adultos.
- d) **Ámbito de aplicación material:** Se prohíbe fumar puros, no es incompatible con: Se permite fumar cigarrillos<sup>59</sup>.

A la luz de lo anterior, se puede establecer que las normas del Código Civil en la que se establece que una de ellas regula: **ARTÍCULO 252:** “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción”; mientras que la otra norma jurídica establece: **ARTÍCULO 301:** “La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde. 1º. Al cónyuge; 2º. Al padre y a la madre;...” es una evidente deficiencia legislativa, que encuentra una solución en la reforma del Artículo que regula lo referente a la tutela, ya que la patria potestad es la que siempre ha de prevalecer en todos los casos.

---

<sup>59</sup> Rousvelisth, Robert. **Ob. Cit.** Pág. 220.



#### **4.11. Aspectos doctrinarios de las reformas**

“La teoría de la separación de poderes fue común para diversos pensadores del Siglo XVIII, que la enunciaron durante la ilustración, como Alexander Hamilton, John Locke, Jean-Jacques Rousseau y Montesquieu, aunque con diferentes matices entre los autores y a partir del antecedente en la Grecia clásica de Aristóteles y su obra Política.

Según la visión ilustrada, el Estado existe con la finalidad de proteger al hombre de otros de su misma especie. El individuo, entonces, sacrifica una completa libertad por la seguridad de no ser afectado en su derecho a la vida, la integridad, la libertad y la propiedad. Sin embargo, la existencia del Estado no garantiza la defensa de los derechos de la persona. En efecto, muchas veces el hombre se encuentra protegido contra otros más no contra el propio Estado, el cual podría oprimirlo impunemente mediante las facultades coercitivas que le ha otorgado la propia colectividad.

Al momento de su formulación clásica, las funciones del Estado consideradas como necesarias para la protección del ciudadano eran fundamentalmente las de dar las leyes, la de ponerlas en práctica, en forma general y más particularmente con la finalidad de resolver conflictos y la administración del aparato de gobierno, funciones que durante el antiguo régimen eran monopolizadas en la entidad de la monarquía absolutista, a la cual se le atribuía la práctica del despotismo.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Hart, Hamilton. **Ob. Cit.** Pág. 245.

#### **4.12. Controles y contrapesos**

“Para prevenir que una rama del poder se convirtiera en suprema y para inducir a cooperar, los sistemas de gobierno que emplean la separación de poderes se crean típicamente con un sistema de checks and balances (pesos y contrapesos). Este término proviene del constitucionalismo anglosajón, pero la propia separación de poderes es generalmente atribuida a Montesquieu. Checks and balances se refiere a varias reglas de procedimiento, que permiten a una de las ramas limitar a otra, por ejemplo, mediante el veto que el presidente de los Estados Unidos tiene sobre la legislación aprobada por el Congreso, o el poder del Congreso de alterar la composición y jurisdicción de los tribunales federales. Cada país que emplee la separación de poderes tiene que tener su propio mecanismo de checks and balances, cuanto más se aproxime un país al sistema presidencial, más checks existirán entre las distintas ramas del poder y más iguales serán en sus poderes relativos.

Los constitucionalistas anglosajones encuentran su origen en la Carta Magna, aplicándose en la práctica en las luchas entre la monarquía y el parlamento en las guerras civiles inglesas del Siglo XVII. Montesquieu, en el Siglo XVIII, realizó la formulación teórica de lo que los ingleses habían aplicado en la práctica el siglo anterior.”<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Hart, Hamilton. **Ob. Cit.** Pág. 278

La separación de poderes o división de poderes (en latín trias política), es una ordenación y distribución de las funciones del Estado, en la cual la titularidad de cada una de ellas es confiada a un órgano u organismo público distinto. Junto a la consagración constitucional de los derechos fundamentales, es uno de los principios que caracterizan el estado de derecho moderno.

Modernamente, la doctrina denomina a esta teoría, en sentido estricto, separación de funciones o separación de facultades, al considerar al poder como único e indivisible y perteneciente original y esencialmente al titular de la soberanía (nación o pueblo), resultando imposible concebir que aquél pueda ser dividido para su ejercicio.

“La formulación definitiva es debida al barón Charles Louis de Secondat de Montesquieu, en su obra El espíritu de las leyes, en la que define al poder como función y como órgano. En la obra se describe la división de los poderes del Estado, en el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, y se promueve que su titularidad se encargue respectivamente al parlamento o Congreso, al gobierno y los tribunales de justicia.

Adopción: Los principios ilustrados fueron adoptados por las corrientes del liberalismo político. Conjuntamente con el respeto a los derechos fundamentales de las personas, la división o separación de poderes se convierte en elemento fundamental de lo que se

dio en llamar Estado liberal y que a la vez configura el elemento base del constitucionalismo moderno. <sup>62</sup>

“Sin embargo, el principio de separación de poderes ha sido plasmado de forma diferente dentro de los diversos sistemas de gobierno. Este principio doctrinal, que de facto convertía al parlamento en el poder central, fue modificado en base a la doctrina de la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, de Emmanuel Joseph Sieyès, donde la separación de poderes deja paso a una interrelación (la separación de poderes no desaparece para evitar el control por un solo grupo u hombre, pero se interrelacionan de una forma muy intensa); el Estado deja de ser abstencionista y se hace enorme al intervenir en la sociedad, otorga el sufragio universal (no solo para la burguesía), y surgen los partidos políticos de masas, originándose el Estado actual, el Estado social, donde se rompe con la idea de parlamento igual a nación. Ahora la ley es la expresión de la voluntad de la mayoría, cuando cambia la formación del parlamento, cambian las leyes, por lo que la ley deja de ser la expresión de la razón, de la soberanía, para ser la de la mayoría.

Desaparece la legitimación del sistema jurídico, como consecuencia de estos cambios y por eso se adopta la distinción de Sieyès entre poder constituyente y constituido. El constituyente, es el pueblo ejerciendo su poder soberano mediante el que aprueba la constitución y crea los poderes constituidos, el ejecutivo, el legislativo y el judicial; ahora el legislativo va a aprobar las leyes, leyes que a partir de ahora van a estar por

---

<sup>62</sup> Hart, Hamilton. **Ob. Cit.** Pág. 280.

debajo de la Constitución, la cual expresa los valores compartidos por todos y se crea el Tribunal Constitucional, como garante de estos valores.

Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, propuso en su célebre libro “El espíritu de las leyes” que era necesario que las funciones del Estado se dividieran entre distintos poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), para que mediante unos arreglos de las características, el poder se autocontrole, a fin de evitar la tiranía<sup>63</sup>.

Entonces, poder legislativo consiste en: Una de las tres facultades y funciones primordiales del Estado (junto con el poder ejecutivo y el judicial), consistente en la aprobación de normas con rango de ley. Es una de las tres ramas en que tradicionalmente se divide el poder de un Estado; y en una democracia, éste poder labora y modifica las leyes existentes de acuerdo a la opinión de los ciudadanos. Su función específica es la aprobación de las leyes y generalmente está a cargo de un cuerpo deliberativo (congreso, parlamento o asamblea de representantes).

#### **4.13. Reforma al Artículo 301 del Código Civil, Decreto Ley 106**

Con el fin de evitar contradicciones en el ordenamiento jurídico guatemalteco, es de gran necesidad reformar el Artículo 301 del Código Civil por razones antes expuestas.

---

<sup>63</sup> Hart, Hamilton. **Ob. Cit.** Pág. 278



La reforma en mención deberá quedar suprimiendo el numeral segundo de dicho Artículo.

Tal como quedó establecida, la solución que se da al problema tratado respecto de la antinomia, es de vital importancia para la atención de uno de los principios, la certeza jurídica, el cual es un elemento fundamental de todo sistema jurídico, que consiste en la suficiencia y difusión del marco normativo vigente, que sirve para tener plena seguridad sobre que disposiciones aplicar a cada caso concreto y poder predecir que tratamiento tendrá cada situación en la realidad, desde su inicio y hasta su fin. Con dicha medida se arrojará luz para posteriores casos, en los asuntos en los que los conflictos nacidos por antinomias surjan en el sentido mencionado.







## CONCLUSIONES

1. Se observa ineficiencia en la regulación atinente a la patria potestad como a la tutela, en virtud que se establecen normas que regulan una misma situación jurídica de una forma distinta, extremo que afecta la certeza jurídica de estas instituciones, ya que existe una contradicción en un mismo ordenamiento legal.
2. Los derechos de los incapacitados o de los declarados en estado de interdicción, no se toman en cuenta al momento de regular dicha situación legal, ya que no es posible tener claridad al respecto, debido a qué no se define a que institución se tiene que concurrir en los casos anteriormente descritos.
3. Falta una visión que vaya encaminada a proteger los derechos de los incapacitados o de los declarados en estado de interdicción, ya no mediante las normas actuales. Existe confusión respecto de quién es su representante legal en determinados actos de su vida, por razón de contradicción en una norma legal.
4. La patria potestad no recoge en la legislación atinente, la prevalencia de dicha institución sobre cualquier otra, razón por la cual existe diversidad de opiniones al respecto; así mismo, en lo referente a la curatela, no es posible aplicarla de forma eficaz, debido a que no se encuentra regulada en la normativa jurídica civil guatemalteca, únicamente está establecida de forma doctrinaria.



5. La redacción actual de la ley, que regula lo referente a la tutela, es inadecuada en la forma en la que se desarrolla, ya que se contradice lo referente a la legislación de la patria potestad, lo cual denota que la normativa civil guatemalteca no le da la prioridad que les corresponde a los padres sobre los tutores.

## RECOMENDACIONES

1. El Estado, a través del Órgano Legislativo, debe contemplar en la legislación actual un solo articulado, en el cual indique específicamente a quien corresponde la representación legal de un interdicto, por razón de contradicción en una norma jurídica.
2. Que el Estado fortalezca el marco legal, desarrollando normas en las que no existan contradicción entre sí, por medio de regulación capaz de atender a los intereses de los derechos de las personas declaradas en estado de interdicción, con el fin de que exista claridad respecto de la condición que han de guardar frente al Estado, ya que existe incertidumbre en el ámbito de aplicación en las instituciones de la tutela, curatela y patria potestad.
3. El Congreso de la República debe reformar el Decreto Ley 106, Código Civil, en el sentido de suprimir la literal b del Artículo 301, con el fin de que no exista confusión en la interpretación de las normas que regulan dicha situación legal, ya que debe predominar el resguardo de los mayores de edad incapacitados en los padres y no en terceras personas.





## BIBLIOGRAFÍA

CARRANZA, Roberto. **Patria potestad y tutela**. Ed.: Sepan Cuantos, México DF., 2004.

FLORES, José. **Derecho de menores en México**. Ed.: Sophos, México DF. 2000.

HART, Hamilton. **El concepto de derecho**. Ed.: De Carrió, Argentina, Buenos Aires, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. Ed.: Imprenta Universitaria, México, D.F., 1949.

RAZ, Joseph. **La autoridad del derecho**. Ed.: Ensayos sobre derecho y moral, segunda edición, México DF. UNAM, 1985.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Ed.: De Carrió, Buenos Aires, Argentina, 1994.

TAMAYO Y SALMORÁN. Rolando. **Elementos para una teoría general del derecho civil**. Ed.: Themis, México, 1992.



**ROUSVELISTH, Robert. Análisis jurídico de las antinomias. Ed.: De Carrió, Buenos Aires, Argentina, 2000.**

**Legislación:**

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

**Código Civil. Gobierno de Facto. Decreto Ley 106, 1964.**

**Código Procesal Civil. Gobierno de Facto. Decreto Ley 107, 1964.**

**Código Civil de la República Argentina. Congreso de la República, 1871.**

**Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente. Congreso de la República de Venezuela, 2000.**