

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

LA INOPERANCIA DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL MUNICIPIO DE GUATEMALA

LIZANDRA MARIBEL SOC TEPEÚ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2013

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

LA INOPERANCIA DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL MUNICIPIO DE GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LIZANDRA MARIBEL SOC TEPEÚ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2013

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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael López González
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Emilio Gutierrez Cambranes
Secretario:	Lic.	Hector David España Pinetta
Vocal:	Lic.	Rodolfo Giovanni Celis López

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario:	Lic.	Rafael Otilio Ruiz Castellanos
Vocal:	Lic.	Obdulio Rosales Davila

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 Sociales y del Examen General Público).



LIC. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3 Av. 13-62, zona 1, Guatemala
Tel. 22327936

Guatemala, 04 de junio de 2013

Doctor:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento a la designación que me hiciera esa unidad, de fecha dieciocho de marzo del año dos mil trece, en la cual se me otorga el honor de ser Asesor de Tesis de la estudiante Lizandra Maribel Soc Tepeú con Carné No. 200616056 Intitulado **“LA INOPERANCIA DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL MUNICIPIO DE GUATEMALA”** El cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

- a. Considero que el estudio en el trabajo de investigación seleccionado se elaboró en forma científica ya que debido a la naturaleza de la presente investigación se puede circunscribir dentro del ámbito del que hacer científico, y que la investigación necesita amplios métodos y técnicas para desarrollar adecuadamente esa labor.
- b. Para la realización de esta investigación se utilizaron los métodos, analítico, inductivo y deductivo, como también las técnicas de investigación, documental por medio de libros, diccionarios y técnica de la entrevista.
- c. Según mi criterio la redacción del trabajo de investigación se ha hecho de forma clara, precisa, y se ha utilizado el vocabulario técnico-científico que se debe de utilizar para este tipo de investigación.



LIC. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3 Av. 13-62, zona 1, Guatemala
Tel. 22327936

- d. La investigación realizada por el bachiller Lizandra Maribel Soc Tepeú es de suma importancia respecto a su contenido y constituye un aporte científico ya que se presentan sendas puntualizadas, contribuyendo de gran manera a comprender la realidad actual de la figura jurídica de la tutela judicial en el municipio de Guatemala mostrando su inoperancia para que sea una reflexión y mediante políticas adecuadas logre evitarse el problema de su inutilización.
- e. Las conclusiones y recomendaciones utilizadas por el sustentante se consideró que son las más adecuadas al tema.
- f. La bibliografía que se utilizó en la investigación es la pertinente ya que se consultó textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa a la temática contenida en la investigación.
- g. He guiado personalmente a la sustentante durante todas la etapas de la investigación y el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos establecidos en el **Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público**, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el tribunal examinador en el Examen General Público, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted aprovechando la oportunidad para hacerle llegar mis muestras de respeto y alta estima.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado Activo No. 4,196
Asesor de Tesis

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LIZANDRA MARIBEL SOC TEPEÚ, titulado LA INOPERANCIA DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL MUNICIPIO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/slh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por la vida, la sabiduría que me ha dado y por las excelentes personas que me dio como padres. GRACIAS DIOS todo te lo debo a ti.
- A MIS PADRES:** Alejandro Soc Chocojay y Magdalena Tepeu Cojón, por el apoyo, comprensión, amor, esfuerzo y sacrificio que hicieron para que yo tuviera todo lo necesario para poder alcanzar una meta más en mi vida. Gracias papi y mami los quiero mucho.
- A MI HIJA:** Hellen Anahí por lo feliz que me ha hecho en la vida. Te amo mi pequeña.
- A MI ESPOSO:** Américo Ronaldo Rompich, por el apoyo, comprensión, paciencia y amor que siempre me tuvo. TE AMO.
- A MIS HERMANOS y HERMANAS :** Y en especial a Edgar, Oscar y Nery por su apoyo y paciencia.
- A MIS SUEGROS:** Carlos Rompich y Olibia Cuc gracias por su apoyo.
- A MIS AMIGOS:** Patricia Castillo, Mayra Besestres, Sucely Chávez, Yolanda Subuyuj, Rosa María Gonzáles, Carlos Donis y Mario González.



A MIS PASTORES:

Lic. Adar Abdiel López Argueta y Maribel Etelbina Chávez Ovalle de López.

A MI ASESOR:

Edgar Armindo Castillo Ayala.

A MIS PADRINOS:

Licenciados: Américo Ronaldo Rompich Cuc, Oscar Leonel Soc Tepeu, Hugo Leonel Castillo Quiñonez y Carlos Alberto Donis Gonzales.

A :

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por la preparación académica que me brindó en base a buenos valores y principios, que me vió ingresar como estudiante y hoy me permite egresar como una profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La tutela.....	1
1.1. Definición de tutela.....	3
1.1.1 La protutela.....	5
1.1.2. Características de la tutela.....	7
1.2. Aspectos históricos de la tutela.....	8
1.2.1. Etimología de la palabra tutela.....	11
1.3. Historia de la tutela en el derecho comparado.....	13
1.3.1. En el derecho francés.....	13
1.3.2. En el derecho español.....	15
1.4. La tutela en el derecho civil guatemalteco.....	17
1.5. Clases de tutela.....	22
1.5.1. Testamentaria.....	23
1.5.2. Legítima.....	23
1.5.3. Legal.....	25
1.5.4. Específica.....	25
1.5.5. Especial.....	26
1.6. Tutela judicial, el tema de nuestro interés.....	26
1.7. Órganos de la tutela.....	29
1.7.1. Tutor.....	29
1.7.2. Protutor.....	34
1.7.3. Naturaleza jurídica de la protutela.....	34
1.7.4. Retribución del tutor y protutor.....	35
1.7.5. Autoridad judicial.....	36
1.7.6. Rendición de cuentas.....	36
1.7.7. Extinción de la tutela.....	38



Pág.

CAPÍTULO II

2. Trámite actual de la tutela en Guatemala.....	41
2.1. Particularidades en el trámite de la tutela.....	45
2.1.1. De la tutela testamentaria.....	45
2.1.2. De la tutela judicial.....	45
2.1.3. De la tutela legítima.....	46
2.1.4. De la tutela específica.....	46
2.1.5. De la tutela especial.....	47
2.2. Trámite de la tutela en derecho comparado.....	47
2.2.1. En el ordenamiento jurídico italiano.....	50
2.2.2. En el ordenamiento jurídico salvadoreño.....	51
2.2.3. En el ordenamiento jurídico español y países de la Unión Europea.....	53
2.3. Como se establece la tutela en el derecho comparado.....	55
2.4. Esquema general del trámite actual.....	56

CAPÍTULO III

3. Escenario de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.....	59
3.1. Es posible la aplicación de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.....	62
3.2. Principales razones de la inoperancia de la tutela judicial.....	65
3.2.1. Desconocimiento de la población en cuanto a la forma y modo... 3.2.2. Carencia de recursos económicos de la población en Guatemala 3.2.3. Indiferencia de la población en cuanto a su aplicabilidad.....	65 66 68
3.3. La Procuraduría General de la Nación y su función en cuanto a la tutela.....	69



3.4. El rol de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.....	71
---	----

CAPÍTULO IV

4. La inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.....	73
4.1. Posibles soluciones a esa inoperancia.....	75
4.1.1. Una contribución eficaz del pueblo.....	75
4.1.2. El papel del Organismo Judicial y los tribunales de familia.....	77
4.1.3. La Procuraduría General de la Nación, como un abogado eficiente de la niñez.....	78
4.1.4. El Congreso de la República como ente rector de crear, modificar y derogar las leyes.....	78
4.2. ¿Es factible derogar la tutela judicial del sistema jurídico guatemalteco?.....	80
4.3. Propuestas de aplicabilidad de la tutela judicial en Guatemala.....	83
4.3.1. Trabajo en equipo de todas las instituciones involucradas.....	83
4.3.2. Reformando la ley , para lograr que el trámite sea en jurisdicción voluntaria notarial.....	84
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
ANEXOS.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

La elección del presente punto de tesis y objeto de investigación intitulado inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, es por la realidad que se establece en esta clase de tutela en el sistema jurídico, de acuerdo con estadísticas e información obtenida en tribunales de justicia, su aplicabilidad y práctica es nula, en este tipo de tutela y como se encuentra regulada en el Código Civil. La realidad es simple y clara, en general la figura jurídica de la tutela, no es común en el país, mucho menos la tutela judicial propiamente dicha, porque la realidad económica social del país enfoca muy pocas posibilidades de su aplicación, tendrían que haber una razón fundamental y necesaria que garantice un interés real y concreto para aplicar esta figura jurídica.

De acuerdo a los argumentos planteados en el plan investigación se estableció la siguiente hipótesis: La figura jurídica de la tutela judicial dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco es innecesaria, dada su inoperancia y su inaplicabilidad en los distintos momentos desde su creación. Siendo el objetivo general: Determinar La inoperancia de la tutela judicial, en el municipio de Guatemala, mediante una investigación sistemática, que compruebe su eficacia. Por lo tanto se comprobó mediante un análisis exhaustivo la inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.

La mayoría de la población, cuando se encuentra en una situación en la cual sea necesaria la declaración de la tutela, no la realiza por falta de recursos económicos, por lo que establecen una tutela de hecho; además que existe indiferencia por parte de la población para implementar la figura jurídica de la tutela, al no realizar el proceso legal ante los órganos jurisdiccionales respectivos.



La investigación contiene cuatro capítulos: El primer capítulo, se refiere a la figura jurídica de la tutela en general, es decir, su definición, evolución histórica, la tutela en el derecho comparado, clases de tutela, órganos de la tutela, etc; el segundo capítulo, se circunscribe a desarrollar el trámite actual de la tutela en Guatemala, sus particularidades, el trámite en el derecho comparado, y el esquema general del trámite actual; en el tercer capítulo, se desarrolla el objeto de la investigación, con el escenario de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, su posibilidad de aplicabilidad, las principales razones de inoperancia, la función de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia; en el cuarto capítulo, se analiza lo que es propiamente la inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, la posibilidad de derogación, y las propuestas de aplicabilidad de la tutela judicial. Habiendo utilizado para la investigación y comprobación de la hipótesis los métodos analítico, inductivo y deductivo y técnicas de investigación de entrevista.

Comprobando fehacientemente la situación actual de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, se determinó que esta figura jurídica en *strictum sensum* no es operante, por razones económicas, desconocimiento e indiferencia de la población, ya que prefieren aplicar una tutela de hecho, es recomendable una reforma a la ley para que se trámite en jurisdicción voluntaria notarial.



CAPÍTULO I

1. La tutela

Antes de determinar una definición doctrinaria concerniente a la tutela como institución de guarda y custodia es necesario referirse a la misma desde el aspecto legal guatemalteco, tal como se establece en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Artículo 293 del Decreto Ley 106 que contiene el Código Civil vigente. La realidad es simple y clara, en general la figura jurídica de la tutela, no es común en Guatemala, mucho menos la tutela judicial, porque la realidad económica social de nuestro país enfoca muy pocas posibilidades de su aplicación, tendrían que haber una razón fundamental y necesaria que garantice un interés real y concreto para aplicar esta figura jurídica. Y continúa agregando: “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. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.”

Es necesario hacer énfasis que la tutela como institución de guarda y custodia de menores de edad e incapaces declarados judicialmente va aparejada a otra figura legal que en nuestro medio jurídico se conoce como protutela, por lo que necesariamente al referirse a una se vincula a la otra; debido a que la protutela deviene en un control de efectividad y probidad en el desempeño de la tutela, el protutor es así el contralor del



tutor, lo que se traduce en normas dentro del ordenamiento jurídico que infieren que en caso de que el tutor ejerza defectuosamente la tutela o bien que no ejercite las acciones a favor del pupilo que como tutor está obligado a ejecutar el protutor lo hará en su lugar.

El autor Alfonso Brañas, afirma; “El origen de la institución tutelar, de la tutela, es anterior al derecho romano. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius dominicale*”¹ y agrega “la etimología de la palabra tutela, que derivase del verbo latino tutor, defender, cuidar, proteger, ya con base conceptual surgida en el derecho romano, superada la etapa estrictamente formalista de ese derecho, que inicialmente hizo también imposible su concepción como ahora se desarrolla”² con base a esa idea se puede inferir que el objetivo esencial de la institución jurídica de la tutela es **proteger, cuidar, defender**, a una persona que según las circunstancias se encuentre susceptible de alguna vulnerabilidad, tales como los menores de edad que no se encuentren bajo la patria potestad o los mayores de edad que hayan sido declarados en estado de interdicción.

Se hace ineludible hacer referencia de la definición dada por Manuel Osorio, que dice: “La Tutela, es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad, ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas. La legislación argentina divide en dos esa función protectora: la tutela, para los menores no sometidos a la patria potestad, y la curatela,

¹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho Civil**. Pág. 269

² Ibid. Pág. 270

para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes (dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir.”³

La tutela como figura jurídica que suple la patria potestad en caso de ausencia de la misma, constituye una institución de guarda y custodia de existencia que en realidad no es común en nuestro medio, regulada por la ley tanto en su trámite como desarrollo. La realidad es simple y clara, en general la figura jurídica de la tutela, no es común en Guatemala, mucho menos la tutela judicial, porque la realidad económica social de nuestro país enfoca muy pocas posibilidades de su aplicación, tendrían que haber una razón fundamental y necesaria que garantice un interés real y concreto para aplicar esta figura jurídica.

1.1. Definición de tutela

Es la institución de guarda y custodia que suple la patria potestad en caso de ausencia de la misma, y como institución establecida por el ordenamiento jurídico para tutelar los intereses de los menores de edad o incapaces declarados judicialmente y velar por la protección de su persona y la correcta administración de sus bienes.

Diego Espín Canovas, establece que: “La tutela es una institución de protección de incapaces no sometidos a la patria potestad, y por tanto, subsidiaria de ésta con la cual tiene en común su finalidad tuitiva, tiene como objetivo la representación de la persona

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 962.



menor de edad o incapaz, no sujeto a la patria potestad, comprendiendo su propia guarda personal y la esfera patrimonial.”⁴ Así mismo establece dicho tratadista que el protutor tiene como misión principal la de fiscalizar la actuación del tutor, y sustituirle cuando estén en oposición los intereses del pupilo y los del tutor.

Alfonso Brañas refiere que para Justiniano: “La tutela es fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse”⁵ y señala además que actualmente la tutela es definida como poder otorgado por ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. La tutela es una institución tuitiva, personalísima, que funciona como carga pública, representando y cuidando la persona del menor no sometido a la patria potestad, brindándole asistencia, atendiendo su salud física y moral, su educación, administrando los bienes del incapaz y asumiendo su representación legítima en todos los actos de la vida civil.

Indiscutible es la importancia de esta figura jurídica denominada tutela, por tratarse de una institución dirigida a la protección tutelar de intereses de menores de edad e incapaces que carecen del ejercicio de la patria potestad sobre ellos, lo que se ve reflejado en la preocupación del Estado por establecer normas que regulen el procedimiento legal a seguir desde su obtención, durante su ejercicio, hasta su terminación.

⁴ Brañas, Alfonso. **Ob. Cit.** Pág. 271

⁵ **Ibid.** Pág. 271



1.1.1. La protutela

Es la figura jurídica que tiene por objeto supervisar la administración y actitud del tutor en beneficio de su pupilo y sustituirlo en sus ausencias, coadyuvando con el tutor en el ejercicio de sus facultades a favor del menor o incapacitado que se encuentra bajo esa institución.

No puede concebirse la figura del tutor sin la del protutor, puesto que ambas instituciones de guarda y custodia van aparejadas, son cargos que se disciernen conjuntamente, y en todo proceso de tutela se tiene que proponer tanto a la persona del tutor como a la del protutor, debido a que la protutela existe como una institución que vela por el correcto desempeño de la tutela. En algunos sistemas de protección de los menores no sujetos a la patria potestad, así como de los incapacitados por insania, no sólo se da la institución de la tutela o de la curatela, sino también las del consejo de familia y de la protutela. En cuanto a esta última, su función especial consiste en vigilar los actos que realiza el tutor, a efectos de evitar posibles abusos.

Al efecto Manuel Ossorio indica lo siguiente: “La protutela es desempeñada por el protutor generalmente designado por el consejo de familia. La institución de la protutela ha sido muy discutida en la doctrina y rechazada por diversas legislaciones, como la argentina, por entender que sólo sirve para complicar el engranaje tutelar. Otras contrariamente, estiman que tal institución es útil, porque contribuye a la mejor garantía



de los derechos del tutelado”⁶. En sí la protutela es una figura jurídica que tiene como función fundamental, establecer un control sobre el buen desenvolvimiento de la figura de la tutela.

El Decreto Ley 106 Artículo 294 en forma expresa establece: “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.” También el referido cuerpo legal en el Artículo 304 dispone al respecto: “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.” También la ley establece obligaciones para el protutor tales como:

- 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.
- Tiene que defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.
- Debe promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviera ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada.
- Intervenir en la rendición de cuentas del tutor, y otras atribuciones establecidas por ley.

⁶ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 785.



De las obligaciones se puede inferir que la protutela, es una institución de guarda y custodia cuya finalidad es la de ser garante de la institución de tutela, sobre todo en cuanto se refiere a intereses pecuniarios del pupilo, garantizando su defensa ante los incumplimientos y abusos que puede realizar el tutor en el ejercicio de la tutela, lo que es muy importante en virtud de tratarse de una institución de guarda y custodia que funciona en ausencia de patria potestad.

1.1.2. Características de la tutela

Las características principales de la institución de guarda y custodia denominada tutela son los siguientes:

- Función protectora del menor de edad o incapaz y que no se encuentren bajo patria potestad alguna.
- Función representativa, porque representa legalmente al pupilo en todos los actos de la vida civil.
- Potestad subsidiaria, sólo aparece a falta o ausencia de la patria potestad y con limitaciones.
- Cargo público, están obligadas por ley todas las personas con pleno goce de sus derechos civiles, por función tuitiva.
- Cargo personalísimo, no puede ser delegado ni transferido por acto entre vivos ni de última voluntad sin perjuicio de conferir mandatos.
- Sujeto a control estatal, está sujeto a normas del ordenamiento jurídico y a supervisión por el órgano jurisdiccional competente.



1.2. Aspectos históricos de la tutela

Antes de referirse al origen de la tutela se considera necesario hacer un breve análisis de la institución denominada patria potestad de la cual es supletoria la tutela; para empezar en la antigüedad se aceptaba que la patria potestad era una relación entre padre e hijo que se apoya sobre el deber, y sobre el conjunto de poderes que se le conferían sobre todo al padre sobre la persona y bienes de sus hijos de cualquier edad, quienes constituían parte de su esfera patrimonial, y eran considerados como propiedad del padre que podía disponer de ellos.

Para Brañas: “La patria potestad es un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto por razón de su juventud e inexperiencia”.⁷ La patria potestad existe como una situación de hecho natural y social con legitimación fundada y propia, perteneciente a los padres de familia por el simple hecho de serlo regulado jurídicamente.

El origen de la tutela en su carácter tutelar que suple la patria potestad en caso de ausencia de esta, se encuentra en los pueblos primitivos, incluso anterior al derecho romano. Castán Tobeñas citado por Alfonso Brañas manifiesta en referencia al origen de la tutela como institución de guarda y custodia “Los pueblos primitivos sometidos a la organización patriarcal no reconocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre

⁷ Brañas, Alfonso. **Ibid.** Pág. 255.



ellos una especie de ius dominicale⁸. Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él el mismo poder dominical.

En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente ésta era establecida en interés de la familia para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. La tutela era pues legítima y familiar. Más tarde desenvolviéndose la intervención del padre (tutela testamentaria) y de la autoridad pública (tutela dativa), pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en este momento es cuando la institución de tutela adopta el carácter con que modernamente la concebimos.

La institución tutelar y la patria potestad guardan cierta similitud. Abandonando el concepto de patria potestad como poder omnímodo, supremo enmarcada su función en un conjunto de derechos y obligaciones que vienen a ser determinantes, para diferenciar una y otra institución, las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado (los padres o los tutores), y la circunstancia de que la tutela carece de la intimidad, plena confianza y totalidad que la ley otorga a la patria potestad (sin olvidar la consagrada amplitud de ésta), caracterizándose la tutela, en términos generales, por la frialdad, formalidad y rigidez de su ejercicio, así como por la fiscalización de que es

⁸ **ibid.** Pág. 255



objeto”⁹. Considero necesario e imperioso, plasmar las palabras pronunciadas por el gran civilista del derecho civil español, Doctor, Diego Espín Cánovas, con relación al XIII Congreso Internacional del Derecho de Familia España-Sevilla, en Octubre de dos mil cuatro.

Recuerdo con claridad, fue mencionado por el Doctor Eddy Giovanni Orellana Donis, en clase de teoría general del proceso, en el segundo año de clases, en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, llamado por él, **el messi del derecho civil** exponiendo lo siguiente: “La tutela es la guarda de las personas y bienes o solamente de los bienes de los que no estando bajo la patria potestad son incapaces de gobernarse a sí mismos”¹⁰. Es evidente la intención que se tiene con respecto a esta figura jurídica como lo es la tutela y esta es de proteger y fundamentalmente a las personas que se encuentran en riesgo por determinadas razones como lo son por ser menores y legalmente ser incapaces civilmente.

En el surgimiento de la institución en el derecho romano, la tutela se aplicaba a los menores impúberes, incluso a las mujeres durante la minoría de edad, y la curatela abarcaba a las personas hasta los veinticinco años de edad. Es decir que la tutela abarcaba a las personas y la curatela a los bienes de éstas. Esto cambio con el derecho justiniano, debido a que estas dos instituciones se convirtieron en

⁹ **Ibid.** Pág. 270.

¹⁰ Espin Canovas, Diego. **Manual del Derecho Civil.** Pág. 476



instituciones de guarda y custodia para protección de los menores de edad e incapaces, por lo que fueron sometidas al control estatal.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco se introduce la institución de la tutela en el Código Civil del año 1877, inspirándose en los principios del Código Civil francés. La legislación Civil de Guatemala aceptó inicialmente la institución de la tutela siguiendo muy de cerca los principios del Código Civil francés, según consta en la exposición de motivos del Código del año 1877.

1.2.1. Etimología de la palabra tutela

La palabra tutela, se origina del latín *tueor* que significa defender o proteger. Para explicar la historia de la tutela, es necesario remontarnos al derecho romano, y es allí, donde nos narra la historia en que los pueblos anteriores a la civilización romana, no era posible aceptar una idea de la tutela, pues existiendo en ese entonces la más cerrada organización patriarcal, los hijos eran considerados como una propiedad del padre o en definitiva del grupo y carentes por lo tanto, de los derechos inherentes a la persona individual.

Se puede decir que fue la civilización romana, la que estableció el origen de la tutela. En el derecho romano, en un principio se conocieron dos instituciones: la tutela y la curatela, ambas se referían a la asistencia y protección; pero se diferenciaban en que según los romanos, la tutela implicaba el cuidado de la persona.



La curatela es definida por Manuel Ossorio como: “Institución supletoria de la capacidad de obrar de las personas, referida, a diferencia de la tutela en los ordenamientos legales dualistas al respecto, a los mayores de edad. La ejerce el llamado por ello curador”¹¹ esta se refería al cuidado de los bienes, el cual correspondía conforme al desarrollo de la institución, es importante que para realizar este procedimiento legal se deben cumplir con todos los requisitos de forma y fondo respectivos y de esa manera tramitarlo en un proceso de jurisdicción voluntaria judicial.

La tutela abarcaba a la persona y a los bienes, mientras que la curatela solo se refería al cuidado de bienes, así los menores de edad, se encontraban bajo la tutela hasta los catorce años, pero pasados de esa edad se encontraban bajo curatela. En la Roma primitiva, entre las tribus germánicas, la tutela fue una institución parecida a la patria potestad, que se estableció en beneficio del heredero varón.

El principal objetivo fue el de salvaguardar el patrimonio, e impedir que el incapaz pudiera por su impericia, dilapidar los bienes que había recibido por herencia de los padres, y los cuales, era necesario conservar para la familia. Esta concepción fue borrada entre los romanos, y dio lugar a la idea moderna de que en la tutela, el fin primordial es la protección del hijo.

Por lo tanto, la tutela ya no solo salvaguardaba el patrimonio del menor o incapaz, sino que además, le daba formación y educación. La tutela es el poder conferido por el

¹¹ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 25

derecho civil, sobre una persona para protegerla cuando, por su edad, o por su sexo, no está en condiciones de defenderse por sí misma. Se distingue de la patria potestad en cuanto a que la persona sometida a la tutela continúa siendo *sui iuris* (libre), y porque el tutor no tiene el derecho de corregir ni autoridad sobre la persona del *pupillus* o pupila (pupilo o pupila).

1.3. Historia de la tutela en el derecho comparado

Implica el conjunto de acontecimientos pasados que acaecieron en distintas épocas históricas y en distintos países o regiones que involucran comportamientos y conductas de seres humanos con respecto a determinado acto o institución jurídica, en este caso lo referente a la tutela.

1.3.1 En el derecho francés

La tutela según Planiol, es un mecanismo de tres ruedas: el consejo de familia, en quien reside la potencia tutelar; el tutor que obra y el protutor que vigila a aquel y le reemplaza en caso necesario. Con respecto al consejo de familia el autor Manuel Ossorio establece lo siguiente: "Es una institución que no aparece en todas las legislaciones, pero que, allí donde existe es el organismo superior que tiene a su cargo la dirección y fiscalización de la actividad tutelar ejercida sobre los menores y los incapacitados en los casos y forma que la ley determina, o como dice Josserand, es el



poder deliberante de la tutela”¹². Esta es una figura jurídica muy interesante pero que no es aplicable en Guatemala por no estar regulada, refiriéndose específicamente al consejo de familia, pero que tiene aspectos que pueden ser de practicidad guatemalteca.

Efectivamente, la tutela en Francia se caracterizó por las siguientes notas:

a. La misión del tutor, era ejercer con la vigilancia e inspección de diferentes autoridades, que en conjunto, se designan a veces con el nombre de alta tutela. Estas autoridades son: Consejo de familia, compuesto de parientes afines o amigos, encargado de deliberar sobre las cuestiones mas importantes que interesan al menor, y de autorizar al tutor para realizar los actos más graves entre los concernientes a su patrimonio y su persona. Tribunal civil, que aprueba las decisiones del consejo de familia cuando se trata de actos especialmente importantes. Y protutor, que es una especie de tutor adjunto, encargado de vigilar su gestión y a veces de substituirlo.

Como garantía de su buena administración, la ley impone al tutor una hipoteca legal sobre sus bienes inmuebles. La tutela no se da sólo a falta de la patria potestad, sino que algunas veces coexiste con la misma, Esto ocurre cuando muere el padre o la madre. El sobreviviente, continúa investido de la patria potestad, pero no la ejerce mas que respecto a la persona del hijo. En lo relacionado a los bienes, se organiza una tutela, la que es concedida siempre al padre o madre superviviente.

¹² **Ibid.** Pág. 210

Los padres son los tutores legítimos, y éstos pueden designar un tutor testamentario, a falta de esta designación, la ley llama a la tutoría a uno de los ascendientes, a falta de tutor legítimo o testamentario, el consejo de familia lo nombra, entonces se dice que hay tutela dativa. El tratadista Ambrosio Colín y H. Capitán da las diferencias que existieron entre la tutela romana y la francesa, y son las siguientes:

- a) En el derecho romano, no existió un órgano de alta tutela encargado de vigilar e inspeccionar al tutor, mientras que en el derecho francés existió el protutor.
- b) La tutela se constituía en Roma cuando el hijo se convertía en *sui juris* (de derecho suyo), o sea que quedaba fuera de la patria potestad por la muerte del padre, y de sus ascendientes paternos, o por la emancipación; en cambio en el derecho francés se daba la tutela, aún en el caso de que fuera la madre quien ejercía la patria potestad, lo que significa que la madre ejercía la patria potestad únicamente sobre la persona del menor, pero se le nombraba también tutora para la administración del patrimonio del menor, es decir podían existir las dos instituciones simultáneamente.

1.3.2. En el derecho español

Existieron dos sistemas de tutela principales que son: uno seguido por el fuero juzgo, fuero municipal, fuero viejo y fuero real, basados en el derecho germánico. El Fuero Juzgo se ocupaba de la guarda de los huérfanos y eran encomendados, si el padre había muerto, a la madre.



Si ésta quisiera casarse y alguno de los hijos tuviera de 20 a 30 años, la guarda de sus hermanos junto con sus bienes pasaban a éste y si no hubiere un hermano que se hiciera cargo de los menores, éstos pasaban a la guarda del tío o del hijo del tío. En el fuero antiguo, se regulaba la guarda de los menores de 16 años, confiándoles su persona y bienes a sus más próximos parientes, a quienes se enviaban los últimos en arrendamiento en determinadas condiciones y se prohibía su enajenación.

En el fuero municipal se regulaba también la tutela; el fuero de Salamanca disponía que aún en vida de los padres, pudiera ejercerse la tutela cuando éstos eran negligentes, de malas costumbres, y peligrasen la persona o bienes de los hijos, entonces los parientes se ocupaban de su custodia. Aquí los menores estaban bajo tutela hasta los 12 años, En este sistema no se da la tutela testamentaria.

Y el otro sistema era el seguido por las leyes de las partidas, inspirado en el derecho romano, en el cual se protegía a los huérfanos menores de 14 años si eran niños, y de 12 si eran niñas. La curatela era desempeñada por guardadores para los mayores de 14 años y menores de 25 años normales; y aún a los mayores siendo locos o desmemoriados. El menor edad, y la incapacidad estaban pues amparados por estas dos instituciones preventivas; tutela y curatela.



1.4. La tutela en el derecho civil guatemalteco

En la legislación civil nació en el año 1877, con la promulgación del Código Civil, en la época del General Justo Rufino Barrios, y es aquí, donde en el Título X, apareció la institución de la tutela, como un cargo público, a cuyo desempeño estaban llamados todos los ciudadanos. Se establecieron cuatro clases de tutela que son:

- Natural;
- Testamentaria;
- Legítima.; y
- Judicial.

Al referirse a la tutela natural decía que él padre era el administrador de los bienes de los hijos menores, fueren éstos legítimos, legitimados, ilegítimos, reconocidos o adoptados. A la muerte del padre, la tutela correspondía a la madre. A la muerte del padre, la tutela correspondía a la madre. El padre podía nombrar a la madre sobreviviente como tutora; uno o más consejeros con quienes debía consultar los actos relativos a la tutela. El nombramiento de los consejeros se podía verificar de los siguientes modos: a) Por acto de última voluntad; b) Por una declaración hecha ante juez de primera instancia acompañado de un escribano; y c) Por escritura pública.

Si la madre deseaba contraer nuevas nupcias, y se encontraba ejerciendo la tutela, debía consultar al juez de primera instancia para que decidiera si podía continuar



ejerciéndola o no. Si se casaba sin autorización para continuar con la tutela, junto con el marido eran responsables solidarios de las consecuencias. Y cuando el juez determinaba que la tutela continuara en la madre, daba necesariamente a la misma por Con tutor a su nuevo marido, quien era responsable con su mujer de la administración posterior al matrimonio.

La tutela legítima y la testamentaria, se encontraban reguladas casi iguales, a la forma en que lo están en el Código vigente. En cuanto a la tutela judicial, aquí si hay diferencia ya que ésta se establecía cuando el menor de edad, no había cumplido una edad relativa para contraer ciertas obligaciones para el varón catorce años y para la mujer doce años. Cuando estos últimos cumplían la mayoría de edad ellos mismos solicitaban ante el juez que se cambiara el cargo de tutor a favor de ellos mismos. Sin embargo a las personas que podían excusarse eran: El presidente de la república, secretarios de Estado, magistrados, jefes políticos, fiscales, jueces de primera instancia y de paz, además de los contemplados actualmente según el Artículo 317 del Código Civil el cual indica: "Pueden excusarse de la tutela y protutela: 1º. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela; 2º. Los mayores de sesenta años; 3º. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos; 4º. Las mujeres; 5º. Los que por sus limitados recursos no pueden atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia; 6º. Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y 7º. Los que tengan que ausentarse de la república por más de un año." Los inhábiles eran: los menores los cuales eran privados de administrar sus bienes; las mujeres excepto la



madre y ascendientes, y aquellos que tenían con el menor un pleito que comprometía la posición social del menor, su fortuna o una parte de sus bienes.

En este código también se reguló lo referente a: formalidades que preceden al ejercicio de la tutela, administración de la misma, rendición de cuentas y disposiciones generales sobre la tutela. Y dentro del último punto citado se incluye al tutor específico. Como se puede evidenciar, la tutela sólo se refería a los menores de edad, ya que a la persona que cuidaba a un incapacitado y administraba sus bienes, se le llamaba guardador. El mismo nombre se le daba al encargado de administrar los bienes de un ausente (como actualmente se le llama). Durante el gobierno de José María Orellana en 1926, se promulgó el Decreto número (921, que contenía las reformas al Código Civil anterior, o sea el Decreto 176 antes comentado, que entró en vigencia el 15 de septiembre de 1926.

Estas reformas se referían únicamente al libro primero, o sea a las personas, y los cuatro libros restantes quedaron igual que el Código anterior. Dentro de la institución desaparece la tutela natural y aparece un nuevo órgano tutelar llamado consejo de tutela, el cual estaba integrado por no menos de tres, ni más de cinco personas, no importaba si eran o no parientes del menor o incapaz. Este consejo era nombrado por testamento pero si no se nombraba en esa forma se integraba con tres miembros nombrados por el juez de primera instancia departamental, y escogidos entre los familiares más próximos del incapaz. Si no hubiera familia se integraba con personas de notoria honradez.



Estaban obligados a comunicar al juez, cuando se necesitaba nombrar a un tutor para un incapaz, los cuales podrían ser: el albacea, el tutor testamentario y los parientes del menor o incapaz, dentro del cuarto grado de consanguinidad por el incumplimiento de lo anterior se daba lugar a multa de cinco a veinticinco quetzales.

Una vez nombrados los miembros del consejo de tutela, el juez convocaba señalando día y hora para que concurrieran al tribunal, con el objeto de constituirse y entrar al ejercicio de sus funciones, y en el acto les instruía acerca de sus deberes y facultades. El consejo realizaba sus sesiones ante el juez de primera instancia y cuando se trataba de enajenación de bienes inmuebles se insertaba en la escritura respectiva, la resolución que aprobaba la venta o enajenación.

Contra las decisiones del consejo se podía acudir a juez de primera instancia y tramitarlo por la vía de los incidentes. Correspondía al presidente del consejo y al vocal electo las siguientes atribuciones: a) Convocar al consejo cuando lo creyera conveniente o a solicitud del tutor o protutor; b) Cuidar porque los acuerdos tomados en cada sesión así como las opiniones de los concurrentes se hicieran constar en acta; y c) Cuidar porque se ejecutaran las resoluciones adoptadas y representar al Consejo cuando fuera procedente.

El tutor no formaba parte del consejo pero debía acudir a él cuando fuera citado y podía intervenir en la deliberación, sin tener voto. Si no acudía a una citación era multado. Al terminar la tutela, se disolvía el consejo y se enviaba al tribunal el libro de actas de sus



sesiones y además los documentos que tuvieran en su poder, para que fueran archivados.

Los miembros del consejo eran responsables de los daños que por su malicia o negligencia, lo cual provocaba sufrimiento al pupilo. En este Código, se contemplaron tres clases de tutela que son: **testamentaria, legítima y dativa**. Y como órganos tutelares: el tutor, el protutor, el consejo de tutela y la autoridad judicial. En cuanto a las demás disposiciones referentes al ejercicio de la tutela, éstas no han sufrido grandes cambios por lo que no las menciono.

En el Código Civil del año 1926, aparece un órgano tutelar nuevo como lo es el consejo de tutela, este se asemeja al consejo de familia, el cual varió nuestro sistema tutelar y lo convirtió en familiar; en vez de mixto como lo fue anteriormente. En este Código, no aparecen contempladas las diligencias de utilidad y necesidad que actualmente son necesarias para vender, gravar o enajenar inmuebles, propiedad de los incapaces y para realizar otros actos por parte del tutor. Durante la vigencia de este código, estas diligencias no se seguían sino que dichos actos eran autorizados por el consejo de tutela.

Como innovación en esta época desaparecieron los guardadores, que anteriormente se nombraban para representar a los incapaces, y se incluyen éstos dentro de las personas protegidas por medio de la tutela. Con respecto al Código Civil de 1933, se



encuentran las siguientes novedades: a) Que a la tutela dativa, se le da el nombre de tutela judicial; b) El sistema familiar de la tutela desaparece, y surge un sistema mixto; y c) Al referirse este Código a personas mayores de edad, pero incapaces, exige que éstas sean declaradas interdictas, lo que no se hacía en los códigos anteriores.

Actualmente el Código Civil, Decreto Ley 106 el cual entro en vigencia el 1 de julio de 1964, introduce una figura no conocida por los Códigos anteriores dentro de la institución tutelar, la cual no fue contemplada, siendo esta la tutela legal; es decir, la que ejercen los representantes legales de los establecimientos de asistencia social, que acogen a menores o incapacitados, y que tiene como característica especial que no necesita discernimiento del cargo.

Dentro de la estructura del Código Civil se encuentra regulado en el título segundo con el acápite de la familia, lo relativo a la patria potestad en el Artículo 252 al 277 y en lo referente a la tutela Artículo 293 al 351.

1.5. Clases de tutela

El Decreto Ley 106 que contiene el Código Civil de Guatemala, en el Artículo 296 establece: “la tutela puede ser: testamentaria, legítima, y judicial”. Así mismo también reconoce la existencia de la tutela legal, especial y la tutela específica que son de carácter excepcional.



1.5.1. Testamentaria

El Artículo 297 del Decreto Ley 106 norma que: “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”. Lo que priva en esta clase de tutela es la voluntad del testador, pero el testador al que legítimamente le asista tal derecho, y habiendo ausencia de patria potestad.

El autor Brañas al respecto establece: “Tutela testamentaria. Dispone el código que esta clase de tutela se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente...”¹³ Es importante mencionar que en esta clase de tutela la va a brindar única y exclusivamente el cónyuge sobreviviente mediante el acto jurídico del testamento redactado ante un notario.

1.5.2. Legítima

El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 299 en su parte conducente que la tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1. Al abuelo paterno;

¹³ Brañas **Ob. Cit.** Pág. 273



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

La línea materna será preferida generalmente a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Por lo que se infiere que la tutela legítima se otorga en virtud de los lazos de parentesco que unen al tutor con el pupilo; y tiene lugar cuando no existe tutela testamentaria o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de ser tutores.

Al respecto el jurista Brañas establece lo siguiente: “Si bien la tutela testamentaria, por proceder de la voluntad de quien ejerce la patria potestad precede en orden de prioridad a la tutela legítima, es ésta la que pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado. En la testamentaria, queda el instituyente en libertad de nombrar a persona ajena a la familia del menor, quizá por haberse considerado que el padre, o la madre, o los abuelos o el, adoptante, están en la mejor condición para determinar lo más conveniente a los intereses del pupilo”¹⁴. Así mismo esta clase de tutela establece imperativamente que pueden ser tutores legítimos los parientes consanguíneos; y exige la idoneidad, ya que establece que el juez confirmará o dará la

¹⁴ **Ibid.** Pág. 275



tutela a la persona que tenga mayor solvencia y reputación idónea para ejercerla, y se tomará en cuenta los intereses del menor.

1.5.3. Legal

El Decreto Ley 106, en el Artículo 308 estipula al respecto: “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 es la única clase de tutela que no tiene nombramiento judicial por que ya se encuentra establecida en la ley, al respecto el jurista Cabanellas establece lo siguiente “Es quien ejerce la tutela por designación de la ley, siendo estos los encargados de dirigir centros legales que alberguen menores o interdictos”¹⁵. Es importante establecer que en Guatemala esta clase de tutela ha perdido credibilidad porque la población en general considera que si un pupilo se encuentra bajo tutela legal en una institución de resguardo de bienestar social, en vez de ser una mejor persona va a tergiversar su conducta.

1.5.4. Especifica

Esta clase de tutela es la que procede cuando hubiere conflicto de intereses existentes entre varios pupilos que se encuentren sujetos a una misma tutela, para evitar dicho conflicto el juez procederá a nombrar tutores específicos, lo anterior se encuentra

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 750.



estipulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Decreto Ley 106, Artículo 306. Esta figura es de regulación guatemalteca mas no de aplicación porque realmente no se da al igual que la tutela judicial.

1.5.6. Especial

Esta clase de tutela es de carácter extraordinario y procede según lo norma el Decreto Ley 106 en el Artículo 268: “Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial”. En la práctica realmente no se da en Guatemala, solo se encuentra regulada pero es fundamental establecer que por la situación económica se establece la tutela de hecho.

1.6. Tutela judicial, el tema de nuestro interés

La elección del presente punto de tesis y objeto de investigación, es por la realidad que se establece en esta clase de tutela en el sistema jurídico en Guatemala, de acuerdo con estadísticas e información obtenida en tribunales de justicia, su aplicabilidad y práctica es nula. La realidad es simple y clara, en general la figura jurídica de la tutela, no es común en Guatemala, mucho menos la tutela judicial, porque la realidad económica social de nuestro país enfoca muy pocas posibilidades de su aplicación, tendrían que haber una razón fundamental y necesaria que garantice un interés real y concreto para aplicar esta figura jurídica.



Siendo la protección a la familia una garantía constitucional y una obligación del estado, la realidad en Guatemala es otra, la practicidad real es otra, porque no es aplicable la tutela judicial, tendrían que concurrir muchos preceptos y circunstancias. El Decreto Ley 106, que contiene El Código Civil, con relación a la tutela judicial en el Artículo 300, literalmente establece: “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legitimo. 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” y continua agregando en su segundo párrafo: “Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el artículo anterior”. Es fundamental entender que esta figura jurídica se va a aplicar a un tercero, ya que no está establecida ni la tutela testamentaria ni la tutela legítima, y esta debe aplicarse mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial. En primer lugar se establece la tutela testamentaria, es decir al cónyuge sobreviviente y en segundo lugar la tutela legítima para ello es fundamental establecer el orden de la tutela legítima, siendo: el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna, la abuela materna o los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad, sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.



En derecho comparado específicamente en el Código Civil argentino se encuentra que la tutela judicial también es conocida como tutela dativa, en virtud de que es un juez unipersonal el que la otorga. La tutela judicial es la que los jueces dan a los incapaces o a los menores que no la tengan asignada por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legítima, o cuando, existiendo, no sean capaces o idóneos, o han renunciado la tutela o se ha dado terminación de la misma y aún se necesitare, y no existiere tutor legítimo o quien pudiese serlo.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco al respecto el Decreto Ley 106, dispone en el 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”. El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 301:

La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde:

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



1.7. Órganos de la tutela

1.7.1 Tutor

Es el órgano ejecutivo de la tutela, encargado de la representación y defensa de la persona e intereses del menor o incapacitado, es también la persona que cumple fundamentalmente la manera directa y personal, con los fines de la tutela, su función es considerada de interés público. El que rehúsa sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, responde de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

El tutor está obligado a alimentar y educar al menor, a cuidar de su salud, 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 administrar el caudal del menor o incapaz, rendir cuentas al juez periódicamente y representarlo en todo asunto que la ley así lo exprese.

También podemos decir que 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. Caracteres del cargo de tutor: a) Es obligatorio: Porque el que es designado par tutor, sea por la ley, por el Ministerio Público o por autoridad, no puede rehusar el cargo a menos que se encuentre en una situación de las que la ley contempla como excusas. b) Es de carácter remuneratorio: Pues así lo indica el Código Civil en el Artículo 340: "La tutela y protutela dan derecho a una retribución que se pagará



anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo. Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento o cuando sin mediar negligencia del tutor o hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez, al tener en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.

La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor correspondiendo al primero el 75% y al segundo el 25% restante". c) Es personal: Es un cargo que deberá desempeñarse en forma personal por lo que el mismo no puede transmitirse a los herederos del tutor. En tanto, se debe tener presente que si los herederos del tutor son mayores de edad, están obligados a continuar la gestión de su causante hasta el nombramiento del nuevo tutor.

Discernimiento del cargo de tutor, nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea tutela otorgada por los padres o por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, que autorice al tutor nombrado o confirmado para ejercer las funciones de tutor, o sea que el discernimiento del cargo equivale a la toma de posesión de un empleado público.

En el caso de la tutela testamentaria, el juez dicta un auto en el que confirma el nombramiento y la aceptación del cargo se hace en un acta que consta en el expediente, en la que el tutor, al expresar su aceptación, declara bajo juramento que desempeñará la tutela fiel y legalmente. Después de esto, el tutor entrará a



desempeñar sus funciones, la intervención del órgano judicial en la tutela testamentaria, es correcta ya que de no existir tal intervención, daría lugar a que los tutores no llenaran los requisitos de la ley para desempeñar dichos cargos, o bien pudieran tener intereses opuestos con los de su pupilo; pues dado el caso, de que una persona sea nombrada tutora testamentaria pero al momento del fallecimiento de su causante, es adicta a las drogas, no puede ejercer la tutela, lo que se determina con la intervención del órgano judicial.

En caso de la tutela legítima o judicial, el juez hará el nombramiento en un auto, y su aceptación será en la misma forma que en el caso anterior. Queda la interrogante, en qué situación quedan los actos realizados por un tutor nombrado, previos a su aceptación del cargo, sí el Artículo 319 preceptúa que el tutor entra a desempeñar su función hasta después de discernido el cargo. A mi manera de pensar, estos actos fueron realizados dentro de una tutela de hecho, pero la misma queda convalidada y convertida en tutela de derecho, desde el momento en que se acepta el cargo, creo también que los actos realizados por el tutor se ratifican, siempre y cuando de los mismos no resulte daños y perjuicios en contra del menor, porque en ese caso el tutor debe responder civilmente con relación a los mismos.

Todas las tutelas de derecho han sido en su primera fase de hecho, pues al quedar desamparado un menor de edad o un incapaz, es necesario que alguna persona se haga cargo , aunque no tenga discernido el cargo de tutor, ya que generalmente las personas que toman a su cargo a dichas personas, son parientes cercanos o amigos de



los incapaces, quienes no obstante toman a su cargo a los incapaces y menores; se preocupan por legalizar la situación, y son ellos quienes inician las diligencias de nombramiento de tutor y protutor, por ello pienso que todos los actos que se realizan para la protección de los menores e incapaces, aunque no se realicen dentro de la tutela de derecho, deben considerarse como buenos, siempre que beneficien y no perjudiquen a los pupilos.

En cuanto al tema de administración de los bienes, esta función es la más importante para el tutor; ya que en un momento dado, le puede deducir responsabilidades por el mal manejo de los bienes. En la administración de los bienes de su pupilo, el tutor debe orientar la diligencia de un buen padre de familia, ya que es el administrador legal de los mismos y en consecuencia, podrá ejercitar todos aquellos actos que competen a cualquier administrador de patrimonio ajeno. Y a la vez, imposibilitado para realizar todos aquellos actos, para los cuales no tienen competencia los administradores. Con respecto al avalúo de los bienes, se hace por medio de peritos que pueden ser ingenieros, arquitectos, contadores, etc., los cuales deben estar autorizados, o sea inscritos como tasadores en los registros respectivos.

La obligación de constituir garantía la contempla el Código Civil en el Artículo 321 que indica: "Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario, hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado". La garantía que va a prestar el



tutor, debe estar acorde con el valor de los bienes que van a estar bajo su administración, y es por ello que el Artículo 323 del Código Civil establece: "La garantía deberá asegurar: 1) El importe de los bienes muebles que reciba el tutor; 2) El promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela; y 3) Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa". En cuanto a la obligación que tiene el tutor de alimentar al pupilo, el Código Civil en el Artículo 327 preceptúa: "El juez fijará a solicitud y propuesta del tutor, la pensión alimenticia de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciará el tribunal". Dentro de las limitaciones al ejercicio de la tutela, podemos observar que en el Artículo 332 del Código Civil, se establece que el tutor necesita autorización judicial para realizar determinados actos, lo cual constituye una garantía para el menor, pues ésta es una forma en que el órgano judicial supervisa la administración de los bienes que realiza el tutor, ya que de lo contrario, probablemente en algunos casos los incapaces se verían desposeídos de su patrimonio debido al actuar ilimitado de que gozarían los tutores. Algunos restrictivos que tiene el tutor judicial: a) Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor o incapacitado; para dar los primeros en arrendamiento por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año, para hacer o reconocer mejoras que no sean necesarias; para constituir servidumbres pasivas, y en general para celebrar toda clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales. Y además los contratos a que se refiere este inciso no pueden ser prorrogados. b) Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que señale el juez. c) Para transigir o



comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere intereses. d) Para hacer pago de los créditos que tenga contra el menor o incapaz. e) Para repudiar herencias, legados y donaciones; y f) Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo.

1.7.2. Protutor

Por ya haber hecho mención como protutela me referiré cortamente, pero aquí me refiero mas claramente a la persona en si que va a ejercer este cargo. 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. De lo anterior podría pensarse que el tutor es suplido por el protutor, pero no es así que se suponga que el tutor no puede desempeñar su función por cualquier causa que no sea la oposición de sus intereses con los del pupilo, entonces no lo suple el protutor, sino que éste debe velar para que se nombre un nuevo tutor.

1.7.3 Naturaleza jurídica de la protutela

El protutor es por decirlo así, el complemento de la tutela, ya que la necesidad de que el tutor siempre actúe a la par del protutor es imperiosa, y no puede prescindirse del mismo. La doctrina nos confirma lo dicho anteriormente, al decir que ni los padres que son soberanos en el nombramiento del tutor para sus hijos; en su testamento pueden



disponer que no se les nombre protutor. Ya que si el caso fuera de que sólo se nombra tutor, la legislación se preocupa porque se le nombre un protutor además, de prohibir al tutor, que comience su administración mientras no se haya nombrado y discernido el cargo de tutor.

1.7.4. Retribución del tutor y protutor

En algunas legislaciones la figura de la tutela es un cargo gratuito, no así en Guatemala, en el cual si se les reconoce a los tutores y protutores una cantidad de dinero como pago por el desempeño de sus cargos. El Código Civil establece que la tutela y protutela dan derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del 5% ni excederá del 15% anual de las rentas y productos líquidos del pupilo. Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez al tener en cuenta la importancia de caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.

La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor, corresponde al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restantes, tal como lo señala el Artículo 340 del Código Civil. Cuando el tutor y el protutor hubieren sido removidos por su culpa no tendrán derecho a recibir retribución alguna según lo preceptúa el Artículo



341 del mismo cuerpo legal. El tutor está obligado a llevar la contabilidad, comprobada y exacta de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados, aún cuando el testador le hubiere relevado de rendir cuentas.

1.7.5 Autoridad judicial

Es el órgano que interviene en la constitución de la tutela, en la realización de operaciones de trascendencia en el sistema familiar. En Guatemala, la autoridad judicial muestra una gran función como lo demuestra el Artículo 319 del Código Civil que indica: “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. De lo anteriormente anotado, se puede concretar que en Guatemala, los órganos de la tutela son: el tutor, el protutor, la autoridad judicial y el Ministerio Público, como órgano administrativo entiéndase Procuraduría General de la Nación.

1.7.6. Rendición de cuentas

En el Código Civil, el tutor está obligado a rendir cuentas en los tres casos siguientes: a) anualmente durante el ejercicio de la tutela; b) al concluirse la tutela; y c) al substituirse un tutor por otro. El tutor es quien rinde cuentas, si fallece éste lo hará su representante legal. Doctrinariamente las cuentas se rinden en privado y si no se ponen de acuerdo en esa forma, se realizará por la vía judicial, pero la legislación manda que



la misma se haga anualmente ante juez, aunque no dice si también deberá hacerse en igual forma la rendición de cuentas al concluirse la tutela y cuando se substituye un tutor por otro. Considero que al haberse establecido que anualmente la rendición de cuentas se haga ante un juez, así deben hacerse las demás, pues siendo el juez, parte de un órgano tutelar, que supervisa la actuación del tutor, deberá también asegurarse de que el cargo haya sido desempeñado a cabalidad.

Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos; solo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibos Artículo 347 del Código Civil. En general, la cuenta es un cuadro comparativo entre los ingresos y egresos, y tanto unos como otros deben comprobarse. En el capítulo de ingresos, se incluyen todos los bienes mencionados en el inventario, los que han podido adquirir el pupilo durante la tutela y todas las cantidades cobradas por el tutor, ya sea procedente de pago de deudas o bien producto de los bienes. Los gastos originados por la rendición de cuentas, deben ser anticipados por el tutor, pero le serán abonados por el menor o incapaz, si las cuentas estuvieren dadas en la debida forma. El Código Civil en su Artículo 348 indica: “Los gastos de la rendición de cuentas, serán a cargo del menor o incapacitado”. Entiendo que la razón por la que el pupilo debe pagar la rendición de cuentas es porque la misma se refiere a bienes de su propiedad, y por lo mismo debe pagarlos, ya que estos gastos se refieren a: honorarios de un contador, impuestos fiscales, autorización de libros, informes, etc.



Los bienes deberán ser entregados por el tutor a su ex pupilo, inmediatamente después de concluir la tutela, no obstante que se encuentre pendiente de rendir cuentas Artículo 349 del Código Civil el cual preceptúa: “ El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan. Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas”. Los saldos de las cuentas que resultaren a favor o en contra del tutor, se tendrán como intereses legales. En el caso de que el saldo sea a favor del tutor, empezarán a correr los intereses desde que el pupilo sea requerido de pago, previa entrega de los bienes. En el caso de que el saldo sea a favor del pupilo, generan intereses desde la rendición de cuentas si hubieren sido rendidas dentro del término legal, y en caso contrario desde que ésta expire según lo establece el Artículo 350 del Código Civil, además debe rendirse cuentas, en el lugar en que se desempeñe la tutela.

Se originan dos efectos en la rendición de cuentas: uno indirecto que estimula el celo y conciencia de los tutores y el directo, porque constituye una historia de la tutela en donde quedan registradas las operaciones favorables y desfavorables al pupilo, y por lo mismo, el incapacitado puede tener una visión clara de la forma como se desarrolló la tutela.

1.7.7 Extinción de la tutela

La extinción de la tutela se da cuando la protección o asistencia del menor o incapacitado ya no sea necesaria o sea que desaparece el hecho que le dio origen a la



misma. A continuación, algunas de las causas de extinción de la tutela: a) Por llegar el menor a su mayoría de edad. En la legislación la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. b) Por la adopción, aquí se extingue la tutela y el adoptante toma la protección y asistencia del adoptado, en cuyo caso el adoptante tiene plena facultad para pedir al tutor la rendición de cuentas. c) Por cesar la causa que la motivó, es decir que la persona protegida fuera incapaz y recuperara su capacidad civil, para lo cual mediante declaración judicial se establece nuevamente la capacidad y deja de ser necesaria la tutela. d) Por muerte del pupilo. e) Por la reintegración de los padres a la patria potestad. Este se da cuando los padres han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con lo contemplado por el Código Civil en los Artículos 273 y 274. La tutela no desaparece por muerte del tutor, porque inmediatamente éste es sustituido por el protutor y posteriormente se nombra a un nuevo tutor. Como una de las causas de la extinción podría ser la muerte del tutor, en el entendido que en caso que ocurriese, el juez competente nombraría a otro para que lo sustituya.





CAPÍTULO II

2. Trámite actual de la tutela en Guatemala

El procedimiento de ésta debido a su trascendencia en el marco jurídico y social, como institución de guarda y custodia que suple a la patria potestad en caso de ausencia de la misma. La obtención de la tutela que comprende el nombramiento y discernimiento de cargo de tutor, así como el control en el ejercicio de la misma y su terminación debido a su trascendencia se encuentran reguladas en el área sustantiva y procesal, por el Decreto Ley 106 que contiene el Código Civil y el Decreto Ley 107 que contiene el Código Procesal Civil y Mercantil del ordenamiento jurídico de Guatemala.

El trámite para el nombramiento y discernimiento del cargo se lleva a través de un proceso ante el órgano jurisdiccional competente que en este caso es un Juez de Primera Instancia del Ramo de Familia, este proceso es de jurisdicción voluntaria debido a que no existe litis, y se encuentra en el libro cuarto referente a procesos especiales debido a la características singulares de este tipo de proceso.

El Decreto Ley 107 dispone en el Artículo 401: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”. Si a la solicitud de la tutela se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, la ley establece que el asunto será declarado contencioso,



por lo que las partes deberán plantear un proceso ordinario a dirimir la controversia jurídica. El proceso general de la tutela en jurisdicción voluntaria se realiza mediante una solicitud del interesado o en el caso de tutela judicial mediante un memorial que se realice de que una persona menor de edad o incapaz se encuentra desprotegido, sin que nadie ejerza sobre él la patria potestad o en su caso carezca de tutor, la ley establece que la solicitud debe formularse por escrito ante un Juez de Primera Instancia; y cuando fuere necesario darle audiencia a alguna persona que se requiera, se le notificará de la misma para que la evacúe dentro del tercer día.

Para una mejor comprensión considero pertinente explicar ciertos conceptos fundamentales, el proceso que lleva a cabo la declaración de tutela judicial. Y el proceso según el tratadista, Doctor Eddy Giovanni Orellana Donis es “Una serie de etapas ordenadas y concatenadas que nos sirven para obtener un fin” y continua agregando “ese fin es la sentencia”.¹⁶ Es fundamental comprender que este conjunto de etapas se establecerán en jurisdicción voluntaria, es decir que no hay litis, no existe conflicto. Mientras que un procedimiento lo define de esta manera el mismo autor “Es tan común confundir Proceso con procedimiento pero son dos cosas distintas...El Proceso es el todo, es la serie de etapas ordenadas hasta llegar al fin y Procedimiento es la forma en que se desarrolla el proceso”¹⁷ Es decir que el proceso es el género mientras que el procedimiento es la especie.

¹⁶ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. Pág. 81

¹⁷ **Ibid.** Pág. 82.

Se entiende claramente que ese proceso, es decir el conjunto de etapas procesales para llegar a un fin, es necesaria una solicitud llamada demanda y esta solicitud es regulada como: “La demanda es el primer escrito que presenta un sujeto procesal llamado actor poniendo en movimiento un órgano jurisdiccional en donde exige una pretensión a un sujeto procesal llamado demandado, la cual se decide en Sentencia”.¹⁸ Ese primer escrito, solicitud o demanda se inicia en todo proceso, pero a la vez es importante recordar que este proceso es por la vía de jurisdicción voluntaria judicial, motivo por el cual no podríamos llamarlo demanda por que no existe en estrictum sensum un demandado.

Es fundamental recordar ante qué órgano jurisdiccional se planteará y en este caso es ante el juez de primera instancia de familia del departamento a que se refiera es fundamental entonces definir que es la competencia y para ello se citará al Licenciado Mario Estuardo Gordillo Galindo: “La Competencia es el límite de la jurisdicción, es la medida como se distribuye la actividad jurisdiccional entre los diferentes órganos judiciales, La jurisdicción la ejercen todos los jueces en conjunto, la competencia corresponde al juez considerado en singular, todo juez tiene jurisdicción pero no todo juez tiene competencia, dicen nuestros tratadistas, en referencia a la generalidad de la jurisdicción y la especificidad de la competencia”¹⁹ Esta competencia tiene una naturaleza jurídica especial, porque establece los parámetros y límites en el que se puede establecer la jurisdicción y los poderes de esta, es decir; *notio, vocatio, coertio, iudicio y executio*.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 90

¹⁹ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Pág. 35



Es fundamental a la vez recordar que la competencia puede ser por razón de la materia, grado, territorio, turno, etc. Y es muy común confundirla con jurisdicción, entendiéndose esta como “Proviene del latín *jurisdictio* que quiere decir acción de decir el derecho. Al Estado le corresponde la función de administrar justicia, por la prohibición al individuo de hacer justicia por su propia mano, esta potestad del Estado es lo que se conoce como jurisdicción, y aun cuando en el lenguaje jurídico aparece con distintos significados, el principal y acorde a nuestro estudio es este”²⁰ Entonces se entiende que la jurisdicción es la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales para administrar justicia y esta facultad o potestad es brindada por el estado.

Así mismo, la ley contemplando la importancia de esta institución de guarda y custodia regula expresamente la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, debido a que se refiere a intereses de personas menores de edad o incapaces. Como lo establece el Decreto Ley 106 en el Artículo 418: “Todo tutor, protutor o guardador, deberá solicitar del Juez de Primera Instancia el discernimiento del cargo; y el juez, antes de confirmarlo o discernirlo, podrá seguir, de oficio, información respecto a la moralidad y aptitudes del nombrado. Con el resultado de la información, el juez confirmará o no el nombramiento y discernirá el cargo, procediendo al inventario y avalúo de los bienes, así como al otorgamiento de las garantías correspondientes, conforme al Código Civil”.

²⁰ **Ibid.** Pág. 29.



2.1. Particularidades en el trámite de la tutela

El trámite básicamente es el mismo para las diferentes clases de tutela que se encuentran reguladas en la legislación guatemalteca, con algunas particularidades sobre todo respecto a las personas legitimadas para la solicitud de la tutela y en lo que a prueba se refiere.

2.1.1. De la tutela testamentaria

La solicitud ante el órgano jurisdiccional por lo general la efectúa el Albacea testamentario cuando no ha sido aún declarado válido el testamento, y cuando se declare su validez a los herederos ya declarados. En un proceso de tutela testamentaria la prueba principal que deben ofrecer las partes consiste en el testimonio de la escritura pública del testamento abierto, o bien el documento que contiene el testamento cerrado. Posteriormente al discernir el cargo al tutor instituido, si este no está liberado de prestar garantía el juez la fijará de conformidad con el inventario de los bienes del pupilo.

2.1.2 De la tutela judicial

El proceso procede a solicitud de la Procuraduría General de la Nación al existir alguna denuncia o noticia de que un menor de edad o incapaz se encuentra desprotegido, sin tener representante legal, es decir que nadie ejerza patria potestad sobre él, ni tenga



tutor instituido, o habiéndolo no se está cumpliendo con las funciones de dichas instituciones. En este caso la Procuraduría General de la Nación se convierte en parte.

2.1.3 De la tutela legítima

La ley establece el orden de preferencia entre los parientes consanguíneos para el nombramiento del tutor legítimo, sin embargo norma que el juez si existieren motivos justificados para variar la procedencia puede nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituyan una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo. Es conveniente recordar que acá también se establece un nombramiento a través de una declaración judicial

2.1.4 De la tutela específica

Habiendo conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el tutor puede solicitar ante el órgano jurisdiccional competente el nombramiento de tutores específicos; a falta de la solicitud del tutor puede solicitarlo el protutor cuando observare dicho conflicto y la negativa del tutor a promover el proceso correspondiente.

Esta clase de tutela se establece cuando entre varios pupilos sujetos a una misma tutela exista desacuerdo, conforme a determinadas circunstancias o condiciones, es importante establecer, lo que regula el Artículo 306, del Decreto Ley 106, que contiene



el Código Civil “Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos”, es claro que la ley no establece que clase de contrariedades puedan existir entre los pupilos, simplemente dice la palabra conflicto de intereses, pudiendo ser estos de tipo, social, económicos, familiares, de incomodidad generalizada, etc. En este caso, el juez de primera instancia de familia del departamento a que se refiera en un proceso de jurisdicción voluntaria judicial, debe nombrarle un tutor específico a cada uno de ellos.

2.1.5 De la tutela especial

En virtud de su carácter extraordinario, y de proceder cuando surge conflicto entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y sus padres, la solicitud la deberá hacer ante el juez el padre que ejerza la patria potestad o bien en su caso procederá por solicitud de la Procuraduría General de la Nación cuando esta reciba o tenga la denuncia de dicha situación, como sería el caso que el padre estuviere dilapidando los bienes de los hijos abusando del ejercicio de la patria potestad.

2.2. Trámite de la tutela en derecho comparado

El trámite de la tutela en el ordenamiento jurídico guatemalteco actualmente se encuentra como competencia únicamente del órgano jurisdiccional aún que se trata de un asunto de jurisdicción voluntaria; sin embargo en otros países el trámite es diverso. En la mayoría de países los asuntos de jurisdicción voluntaria siguen siendo en su



mayoría tramitados exclusivamente ante un juez o tribunal, sobre todo en aquellos en el que el sistema notarial es anglosajón.

Se puede indicar que el sistema de notariado latino, que es el tipo de sistema que se aplica en Guatemala, tiene entre sus características las siguientes:

- El notario es un profesional, que ha estudiado una carrera universitaria y ha obtenido el título de Abogado y Notario, colegiándose en el Colegio de Abogados y Notarios, y que se juramenta y registra su firma y sello en la Corte Suprema de Justicia, para ejercer como notario.
- La responsabilidad personal en el ejercicio profesional, tanto la civil, penal, como gremial o profesional, administrativa, registral, tributaria.
- No es un funcionario público, pero ejerce una función pública sui generis, estando dotado de fe pública de la que inviste los actos y contratos en que interviene y autoriza, así como los asuntos de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante sus oficios.
- El notario no puede ejercer cargos públicos que lleven aneja jurisdicción, ni ser funcionario o empleado de los Organismos Ejecutivo y Judicial ni de las municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio, ni ser Presidente del Organismo Legislativo, pues hay incompatibilidad entre el ejercicio del notariado y dichas funciones públicas.
- El ejercicio es ilimitado en tiempo, y puede ser abierto o cerrado, como una variación dentro del mismo sistema denominado Notariado Latino.
- Existe un protocolo notarial, como principio de garantía y seguridad del derecho privado.



- Este es el sistema más difundido a nivel internacional, por lo que se celebran paulatinamente congresos de notariado latino.

El notario denominado anglosajón tiene las siguientes características:

- El notario en este sistema es un fedante o fedatario, ya que su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas de un documento; no entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes.
- No es un profesional del derecho sino más bien tiene algún curso para ejercer el notariado, y cultura general, es un sabedor de escribir. Por lo tanto, no existe colegio profesional.
- Se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad del ejercicio, la autorización es temporal, pudiendo renovarse.

En virtud de las características señaladas, se puede determinar que el único que lleva asuntos de jurisdicción voluntaria a nivel mundial, es el notario del sistema latino y no así el anglosajón, en virtud de la responsabilidad en que incurre el notario en estos trámites tanto de tipo penal, civil, gremial, administrativa, registral, tributaria; así como se infiere de la capacidad profesional del notario latino quien es un profesional universitario, con un conocimiento profundo de las leyes del país. Entre los países en los que encontramos el sistema anglosajón se encuentra Estados Unidos excepto Louisiana, Canadá, Suecia, Inglaterra, Dinamarca.

El sistema latino se puede ubicar en la mayoría de países de habla hispana, como Guatemala, México, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Argentina, Chile,



Colombia, España, y otros como Brasil, Italia, Alemania, El Congo, Francia, Québec en Canadá, etc.

2.2.1. El ordenamiento jurídico italiano

Establece que el trámite de la tutela puede ser llevado por una oficina notarial entre las funciones y poderes atribuidos al Cónsul se comprende una serie de actas que, normalmente, en Italia son de competencia de escribanías.

Las principales actas que en general pueden ser realizadas por la Oficina Consular son: poderes especiales o generales, convenios matrimoniales, escrituras privadas con autenticación de firma, declaraciones sustitutivas de actas notariales, notificaciones, tutela, legalizaciones, Se establece en la legislación italiana respecto a la tutela, que el Cónsul ejerce, con relación a los ciudadanos residentes en la circunscripción consular, funciones y poderes en materia de tutela, los que en Italia son atribuidos al Juez tutelar, emitiendo provisiones de voluntaria jurisdicción en materia de derecho de familia y sucesión. La determinación más frecuente es la autorización al otorgamiento o renovación de pasaporte de padres de hijos menores. El Cónsul puede emanar tal provisión sobre la base de una instancia motivada por parte de los interesados, acompañada eventualmente por documentación justificativa (copia de la sentencia de separación o divorcio, declaración de imposibilidad de ser encontrado el otro cónyuge, prueba del pago de eventuales alimentos, etc.).



2.2.2. El ordenamiento jurídico salvadoreño

Se instituyó una ley denominada Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, contenida en el Decreto Ley 1073, del 13 de abril de 1982. Se reformó la referida ley el 14 de septiembre de 1994. Ley cuya finalidad es ampliar el ámbito de competencia de la función notarial, respecto de algunos casos de jurisdicción voluntaria y de otro tipo de diligencias, con el objeto de habilitar al notario en su actuación como auxiliar del órgano jurisdiccional, en beneficio de una pronta y cumplida justicia. En El Salvador la jurisdicción voluntaria no implica la solución de litigios o conflictos de intereses mediante sentencias que pasen en autoridad de cosa juzgada; por lo que se considera que dicha atribución puede concederse a los notarios, para que puedan dar fe y resolver asuntos de jurisdicción voluntaria, con los mismos efectos de derecho, se establece en la ley salvadoreña la opción al trámite por parte del interesado quien podrá optar por el procedimiento ante el notario, conforme a la presente Ley, o ante el Juez competente, conforme al Código de Procedimientos Civiles, por sí o por medio de apoderado especial o general con cláusula especial.

Si fueren varios los interesados será necesario el consentimiento unánime de ellos para iniciar o continuar el trámite notarial. Si iniciado éste hubiere oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal competente. Si alguno de los interesados fuere persona incapaz, no podrá optar el procedimiento ante notario. Así mismo se establece que la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa, también lo referente a la recepción de pruebas, la colaboración de



autoridades y funcionarios, la audiencia a la Procuraduría General de Pobres, trámite muy parecido al que sigue la legislación guatemalteca en materia de jurisdicción voluntaria, comprendido en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria contenido en el Decreto Legislativo 54-77.

Sin embargo, se establece que el notario deberá protocolizar el acta que contenga su resolución final; y el testimonio que del acta protocolizada extienda al interesado tendrá el mismo valor que la certificación de la resolución judicial correspondiente.

Otra variante consiste en que dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria que puede tramitar el notario en la legislación salvadoreña se establece las diligencias previas de nombramiento de curador para representar a un ausente, y el nombramiento de tutor para representar a un menor o a un incapaz, entre las que se encuentran los trámites iniciales, la recepción de prueba, la audiencia a la Procuraduría General de Pobres, el discernimiento de los cargos respectivos corresponde al juez competente.

Sin embargo, en el discernimiento del cargo de tutor testamentario quien estuviera exento de la obligación de rendir fianza, podrá ocurrir ante notario para que le discierna el cargo conferido, presentándole el testamento, la comprobación de la defunción del testador y los atestados relativos a la actual incapacidad del pupilo. El notario discernirá la guarda y entregará los originales de las diligencias efectuadas al interesado. Es aquí donde se encuentra una de las mayores diferencias entre la legislación salvadoreña y la



guatemalteca, en virtud que en el ordenamiento jurídico guatemalteco al único que le compete el discernimiento del cargo de tutor según la ley es al juez.

2.2.3. El ordenamiento jurídico español y países de la Unión Europea

En el año 2004, la Comisión General de Codificación de España, presentó un proyecto de reformas a la ley sobre la jurisdicción voluntaria en España ante el gobierno de la unión Europea, con la finalidad de lograr la armonización europea de la función de secretario judicial después de los nuevos reglamentos comunitarios. El secretario judicial en Europa viene siendo equivalente a un escribano de gobierno, en virtud de que cumple funciones notariales.

Se manifestó la necesidad en España de una ley moderna, teniendo en cuenta que la mayor parte de la jurisdicción voluntaria viene regulada en leyes anticuadas, con falta de sistemática e inadecuación a la realidad social actual. Se nombró una comisión para la elaboración de una ponencia del referido proyecto, se integró un equipo de trabajo con un secretario judicial nombrado por el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, juntamente con dos catedráticos, un magistrado, un notario, un miembro del Registro Mercantil y un abogado.

En los sistemas más avanzados de Alemania, Austria e Inglaterra, la posición de la doctrina científica dominante en la jurisdicción voluntaria es de conocimiento por lo general del Secretario Judicial. Este hecho sirvió de aval para la posición de España.



Entre los aspectos más importantes del mencionado proyecto, se establece un procedimiento judicial sencillo en el que predominan los principios de concentración y oralidad, en algunos supuestos se atribuyen competencias a los notarios, con carácter alternativo, rigiéndose por la legislación notarial.

Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria en España, todos aquellos en los que sea necesaria una declaración respaldada por fe pública, siempre que no se promueva controversia alguna entre partes conocidas y determinadas, que se refieran a las materias previamente reguladas como competencia de jurisdicción voluntaria entre la que se encuentra el trámite de tutela, curatela y guarda de hecho.

Esta ley se encuentra todavía en discusión aunque el proyecto fue presentado para su discusión a finales del año 2004, de lo que se puede inferir que un país con una legislación que mundialmente siempre ha estado a la vanguardia, ha establecido la importancia de una modernización de su ordenamiento jurídico vigente en lo relativo a jurisdicción voluntaria, adecuando sus leyes a la realidad social y a la necesidad de desjudicializar trámites no contenciosos, incluso ampliando la competencia notarial a la mayoría de trámites en jurisdicción voluntaria entre ellos la tutela, curatela y guarda de hecho.



2.2.4. Como se establece la tutela en el derecho comparado

Es conveniente en este caso recordar en este caso que es derecho comparado y para el efecto el tratadista Cabanellas lo define de la siguiente manera: “Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países”²¹ Es factible recordar a la vez que el derecho comparado es una fuente del derecho, que da vida y origen a las normas jurídicas que regulan la conducta y vida de personas.

El gobierno español recalca la importancia que ha adquirido la tutela al manifestar que Se establece la tutela para garantizar de forma permanente y estable la guarda y protección de la persona y bienes del tutelado. En Francia, la representación de los incapaces no sujetos a patria potestad ha sido absorbida por la tutela, sustituyendo a la curatela, lo mismo sucede en países como Italia.

Sin embargo, existen países aún que distinguen la tutela de la curatela, tal es el caso de Alemania, que admite la tutela cuando el padre o en ausencia de este el tutor no puede atender aspectos de esta; o en padecimientos o enfermedades corporales o mentales que no requieren declarar la interdicción; también acepta la curatela para los ausentes; las personas por nacer; etc. En algunas regiones españolas aún no se ha dado la distinción entre curatela y tutela, y se consideran sinónimos, mientras que en otras regiones de España sujetas al derecho foral si se ha realizado la distinción entre

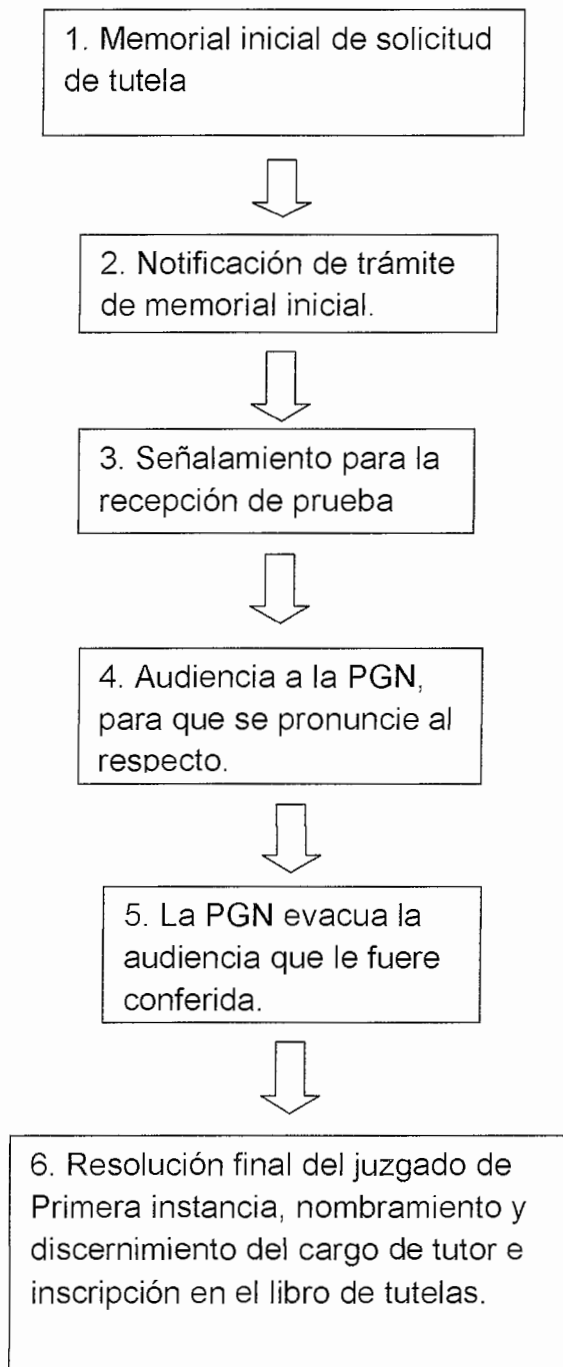
²¹ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 299.



ambas, quedando en vigencia la tutela abarcando la curatela que anteriormente era la institución que tenía por objeto la administración de los bienes de las personas tuteladas.

2.4. Esquema general del trámite actual

Decreto Ley 106, Código Procesal Civil y Mercantil, Artículos 401 al 405, 418 y 419. Este es el fundamento legal para esquematizar el trámite actual de la tutela en Guatemala, sin embargo es importante establecer que se debe de cumplir en todo momento con los requisitos de forma y fondo, establecidos en la ley para concretizarlo, pese a ello es conveniente recordar que en el transcurso del trámite pueden existir variantes en el trámite previstas en el marco normativo guatemalteco, por ejemplo, incidentes, previos, excepciones, recursos, etc.







CAPÍTULO III

3. Escenario de la tutela judicial en el municipio de Guatemala

La inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala es evidente, clara e ineludible, al realizar diversas investigaciones, y solicitudes de información en torre de tribunales, y distintos centros de justicia en el municipio de Guatemala, la respuesta es la esperada, un rotundo no, que evidencia, la hipótesis planteada por mi persona con respecto a este tema tan fundamental que se encuentra establecido, en la ley pero su inaplicabilidad es un secreto a voces, lo que conlleva a pensar que es necesario su derogación del sistema jurídico guatemalteco.

La realidad es que se vive una situación preocupante, pues el estado como ente encargado de la protección y el bien común de las personas que habitamos en el territorio de Guatemala, no vela por qué esa aplicabilidad sea clara y efectiva, en beneficio de las personas susceptibles a alguna vulnerabilidad que establezca una necesidad de aplicación de una tutela declarada ante un juez en base al procedimiento explicado en el capítulo anterior.

En Guatemala cuando una persona susceptible de aplicación de tutela judicial, entiéndase, menores de edad o mayores de edad declarados en estado de interdicción se encuentra en esa situación, lo que realmente se realiza es una tutela de hecho, que no es mas que el actuar de una persona mayor de edad en pleno goce de sus derechos



ciudadanos, en la cual sin realizar el procedimiento legalmente establecido se hace cargo de un menor o mayor de edad declarado en estado de interdicción, que por determinadas circunstancias, no se encuentra bajo el goce de la patria potestad, de sus progenitores.

Bien lo establecía el jurista Alfonso Brañas donde literalmente establece: “La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentran en pleno goce de sus derechos civiles. Se trata en realidad de cargos públicos de naturaleza muy especial, especialísima, ajena al concepto que en derecho administrativo se da del cargo público, toda vez que el tutor y el protutor no tienen, en el desempeño de su cargo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades estatales”²². Me llama la atención lo que establece este jurista al indicar que es un cargo público, lo entiendo de esta manera, la sociedad va a estar observando la actividad, actitudes y circunstancias que realizará este personaje con objeto de que realmente cumpla con su finalidad que es cumplir con un buen cuidado de la persona y sus bienes con respecto a a su falta de experiencia, conocimientos o incapacidad civil para ejercer sus propios derechos y obligaciones civiles sin depender de otra persona.

Basta con colocar en cualquier buscador en internet, la palabra tutela judicial acompañada de Guatemala, para verificar que el resultado únicamente son tesis de trabajo enfocadas al tema tutela, o a otra figura jurídica del derecho penal,

²² Brañas. **Ob Cit.** Pág. 271



administrativo o laboral, que se refiere a la protección que tienen los reos, o la garantía brindada por el estado hacia toda la población en general, así como un principio del derecho laboral regulado en el Decreto 1441, que contiene el Código de Trabajo de Guatemala.

La inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, es una realidad, y esta se establece por diversas razones, siendo las principales, las siguientes: a.) Desconocimiento. La falta de aplicación de la figura jurídica de la tutela se establece por el desconocimiento que tiene la población en general, con respecto a la existencia de la institución tutelar, así como el procedimiento que se debe llevar ante los órganos jurisdiccionales para su efectiva declaración. b.) Carencia de recursos económicos. La mayoría de la población, cuando se encuentra en una situación en la cuál sea necesaria la declaración de la tutela, no la realiza por falta de recursos económicos, por lo que establecen una tutela de hecho. c.) Indiferencia en cuanto a su aplicabilidad Existe indiferencia por parte de la población para implementar la figura jurídica de la tutela, al no realizar el proceso legal ante los órganos jurisdiccionales respectivos.

Es importante de esta manera dar una definición más técnica de lo que es tutela de hecho que es lo que realmente se da en la practicidad guatemalteca “Figura en la que una persona ejerce la representación y protección en cuanto a sus bienes y su persona de otra que no se encuentra bajo la patria potestad sin haber realizado el procedimiento legal para obtener la declaración judicial”²³. Ese es el verdadero escenario de la tutela

²³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 962.



judicial en Guatemala, totalmente adversa y contraria a lo establecido legalmente porque realmente no se aplica existe totalmente una inoperancia clara, real y concreta.

Es importante a la vez establecer una definición de que es inoperancia y esta la define el diccionario de la Real Academia Española como: “Falta de eficacia en la consecución de un fin o propósito”²⁴ Y esa falta de eficacia para lograr el fin de tener una aplicabilidad, es real y evidente.

3.1. Es posible la aplicación de la tutela judicial en el municipio de Guatemala

En base a los resultados de las distintas investigaciones realizadas por mi persona con respecto al título de este trabajo de investigación con respecto a tesis de graduación, el cual he denominado inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala Y dichos resultados son congruentes con respecto a la hipótesis planteada en el plan de investigación correspondiente la cual se planteo de la siguiente manera: Dado a la inaplicabilidad e inoperancia de la figura jurídica de la tutela judicial dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en los distintos momentos desde su creación, es necesaria su respectiva derogación del Decreto Ley 106, Código Civil.

Existen distintos criterios con respecto a la factibilidad de derogación de esta figura jurídica del ordenamiento jurídico guatemalteco, por que históricamente claro que es necesario la existencia de una institución denominada tutela o similar, bien lo establece

²⁴ DRAE. **Diccionario de la Real Academia Española**. Pág. 876.



el jurista Brañas, al indicar lo siguiente: “Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de ius dominicale. Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él el mismo poder dominical.

En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era ésta establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos”.²⁵ Es recomendable indicar un aspecto mencionado en algún momento dado dentro del cuerpo de este trabajo, como lo es que es una institución pública, es decir la sociedad y el estado deben velar por el buen funcionamiento de esta figura jurídica, porque de lo contrario su objetivo sería inconcluso.

Mi criterio es que deben existir políticas estatales enfocadas, a salud, educación, trabajo y sobre todo en torno a este tema integración familiar, porque lamentablemente, existen diversos factores que pueden contribuir a la necesidad de una figura tutelar, que van enfocadas, a violencia intrafamiliar, drogadicción, alcoholismo, prostitución, etc. Que contribuyen a la destrucción de una figura tan importante como lo es la familia dentro de la sociedad guatemalteca.

²⁵ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 269.



Como ejemplo a lo anteriormente establecido, menciono lo acaecido recientemente en la sociedad guatemalteca, donde una madre de familia, si se le puede denominar de esa manera, vendió a su propia hija, la cual tiene en este momento la mínima edad de trece años, esta niña fue vendida por un precio a un policía, que puede denominársele sociópata ya que la mantuvo esclavizada sexualmente durante 11 meses, en el año 2012, obligándola a tener relaciones sexuales constantemente con él, abortando en una ocasión e inclusive a que tuviese relaciones sexo genitales con un perro, logrando huir del ahora sentenciado (porque purga una pena de 61 años de prisión), solo por un descuido de este. Esta y muchas razones más contribuyen a la necesidad de establecer la figura jurídica de la tutela.

En cuanto al cuestionamiento ¿Es posible la tutela judicial en el municipio de Guatemala?, mi respuesta es Sí, y rotundamente, no solamente es posible, es necesaria, pero deben existir políticas, reales y concretas de los distintos sujetos que pudiesen intervenir en cuanto a esta figura jurídica, esta es la respuesta indubitable a la cual he concluido y considero la correcta y conveniente.

Es conveniente recordar que no es una institución de derecho público, es de derecho privado, pertenece al derecho civil y se encuentra regulada en el Decreto Ley, 106, que contiene el Código Civil de Guatemala, pero lamentablemente su aplicabilidad es nula, funesta y jurídicamente inoperante, por las razones que se exponen a continuación.



3.2. Principales razones de la inoperancia de la tutela judicial

Existe una diversidad de razones que explican la inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, pero según la investigación realizada por mi persona con respecto a este tema y que posteriormente lo confirmo con una entrevista realizada a la Licenciada Floridalma Luch Car, abogada litigante en todas las ramas del derecho y especialmente en derecho de familia, lo confirma la cual es agregada en el anexo de este trabajo de tesis, las razones se resumen de esta manera.

3.2.1. Desconocimiento de la población en cuanto a la forma y modo

Es importante mencionar que uno de los objetivos al realizar este trabajo de investigación es contribuir con la sociedad al brindarles de herramientas necesarias para comprender de mejor manera como funciona en la practicidad esta figura jurídica, así como también a los estudiantes de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala y de otras facultades y Universidades, y por que no atreverme a decirlo a los juristas y catedráticos.

La falta de aplicación de la figura jurídica de la tutela se establece por el desconocimiento que tiene la población en general, con respecto a la existencia de la institución tutelar, así como el procedimiento que se debe llevar ante los órganos jurisdiccionales para su efectiva declaración. Es importante indicar la forma y esta es



mediante un proceso que se ventilará en tribunales de justicia, frente al juez de primera instancia de familia del departamento de Guatemala.

Se realiza mediante un procedimiento en jurisdicción voluntaria judicial, en torno al modo, se realizará mediante al procedimiento establecido en ley para ese fin que tiene muchos aspectos comunes al derecho en general, por ejemplo el inicio mediante una solicitud ante el juez competente, la competencia propiamente dicha, la jurisdicción, el auxilio profesional, el acudir a la audiencia pertinente, la declaración judicial que se debería realizar.

3.2.2. Carencia de recursos económicos de la población en Guatemala

Este es un problema que proviene de los cimientos de la estructura económico social del Estado en general, porque desde la época colonial, Guatemala ha tenido un desequilibrio en torno a la distribución de la riqueza, hay unos pocos que poseen la mayor cantidad de bienes y recursos, mientras que la gran mayoría de la población carece de bienes y recursos suficientes que contribuyan a paliar la crisis financiera que es común en un país como el nuestro, pero que estamos comprometidos todos y cada uno de los habitantes a salir de ese tercermundismo del que nos califican e inclusive nos autocalificamos.

Esa diferencia radica en la mala distribución de la riqueza que se ha establecido desde los inicios de la formación del Estado de Guatemala, como el latifundismo que ha



existido y aún existe, ha generado inestabilidad en todos los sectores de la población guatemalteca, la falta de empleo, de educación, vivienda y salud es evidente y genera una desigualdad que en definitiva contradice todos los principios constitucionalmente establecido, es necesaria la existencia de una reforma integral en la estructura económico-social de Guatemala.

Bien lo establecen grandes juristas nacionales e internacionales: “La historia del país muestra que formas de subordinación y exclusiones que se originaron con la invasión española se han mantenido hasta la fecha. El Estado colonial primero y el Estado republicano después –controlado por los criollos y, luego, una elite ladina-, se instituyeron sobre una sociedad en la que el pueblo maya ha ocupado siempre el último peldaño.

Desde los inicios de la colonización se definió el estatuto jurídico de los indígenas. Se les consideró (vasallos libres de la corona), figura que le permitía al Rey afirmar su poder sobre esta población, beneficiarse del pago del tributo y neutralizar en parte la voracidad de los colonizadores, siempre ávidos de beneficiarse del trabajo obligatorio de los (indios) en las minas y haciendas. Sin embargo, a pesar que se les consideró (vasallos libres), fueron equiparados a una situación de minoría de edad, para garantizar su protección”,²⁶ considero este argumento extenso pero valioso, porque demuestra la ideología que se tiene y que en muchos aspectos aún se mantiene sobre la inferioridad de la población indígena y en general la clase media y baja, es una

²⁶ Morales Benito. **Diagnóstico del racismo en Guatemala, El marco jurídico formal contra el racismo y la discriminación desde lo penal.** Pág. 22



desigualdad que se considera natural, para justificar a posteriori el régimen de subordinación y explotación de los indígenas y de la población guatemalteca, así como los límites que pusieron a sus atribuciones.

Bajo esta ideología se dice que la población indígena no tiene la capacidad para un entendimiento suficiente, no podían gobernarse, ni podían comprender el derecho natural, es preocupante, existe una desigualdad histórica, política, social y económica real y evidente que es innegable a todas luces.

Eso es una realidad, La mayoría de la población carece de los recursos necesarios para realizar el procedimiento de la tutela judicial y este es un factor determinante para que no se de en Guatemala, la tutela judicial y la población prefiera realizar una tutela de hecho que posteriormente lo único que trae es problemas legales que inclusive son mayores en recursos económicos.

3.2.3. Indiferencia de la población en cuanto a su aplicabilidad

Existe indiferencia por parte de la población para implementar la figura jurídica de la tutela, al no realizar el proceso legal ante los órganos jurisdiccionales respectivos. Realmente no les importa inclusive un sector realmente muy amplio no comprende esta figura jurídica, y cuando los problemas que acaecen de la falta de aplicación trae es cuando realmente se le coloca la importancia merecida.



Es importante definir que es indiferencia, según lo establecida en el Diccionario de la Real Academia Española, se define de la siguiente manera: “Estado de ánimo en que no se siente inclinación, ni repugnancia hacia una persona, objeto o negocio determinado”²⁷. Es decir que no existe importancia de parte de la población para la aplicabilidad de esta figura jurídica, por que como bien lo establece esta definición no existe ni inclinación ni repugnancia por esta figura jurídica.

3.3. La Procuraduría General de la Nación y su función en cuanto a la tutela

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 252, con respecto a la Procuraduría General de la Nación literalmente establece: “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida. Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia. El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”. En general dentro de la figura jurídica de la tutela la Procuraduría General de la Nación tiene una función administrativa, al ser el

²⁷ DRAE. Ob. Cit. Pág. 637.



ente estatal encargado de la protección de los menores de edad que no se encuentran bajo la guarda y custodia que ejercen la patria potestad sobre ellos, y en ese caso entra como ente protector de los niños.

La Procuraduría General de la Nación, asume funciones de asesoría y consultoría, jurídicas y técnicas. El presidente de la República al requerir asesoría y consultoría, igual que los órganos y entidades estatales, emite pronunciamientos o dictámenes con respecto a ello. Las funciones de asesoría y consultoría, se ejercitan a requerimiento, aunque excepcionalmente se ejercitan de oficio. El requerimiento, no descarta la iniciativa propia, el Jefe de la Procuraduría, el Procurador General de la Nación es nombrado y removido por el presidente.

Ejerce además la representación del Estado a través de la máxima autoridad, es decir del Procurador General de la Nación, así como también en los actos y contratos que otorgan y reconocen, se formaliza la representación a través de un nombramiento y acta de posesión, dicho nombramiento es a través de un acuerdo gubernativo, mientras que el acta de toma de posesión es a través de un acta administrativa, así como el respectivo juramento de fidelidad a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es reconocido y denominado como el abogado del Estado, en este caso trata sobre el tema que nos interesa que es proteger los intereses de la niñez en general y si es necesario retirar al niño de un hogar en el que se esté sufriendo vejámenes o



amenazas que vulneren sus derechos, así como su integridad, física, mental o espiritual debe de actuar. Como abogado defensor de la más alta calidad.

3.4. El rol de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 202, en relación a las Secretarías de la Presidencia, literalmente establece lo siguiente: “Secretarios de la Presidencia. El Presidente de la República tendrá los secretarios que sean necesarios. Las atribuciones de éstos serán determinadas por la ley. Los secretarios General y privado de la Presidencia de la República, deberán reunir los mismos requisitos que se exigen para ser ministro y gozarán de iguales prerrogativas e inmunidades”. Es fundamental establecer que el Presidente de la República de Guatemala, utiliza los servicios de las Secretarías con objeto de apoyar y contribuir para el buen rendimiento de la función ejecutiva, y lograr la correcta aplicación de políticas públicas.

El mismo cuerpo legal establece como función fundamental del presidente de la república de Guatemala, en su Artículo 183, literal a.) “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”. Ello conlleva recordar que la función y objeto del Estado de Guatemala es el bien común, para cumplir con ese bien común es que el presidente de la República de Guatemala, ha creado la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala, apoyando a crear políticas que brinden un bienestar a la sociedad de Guatemala propiamente dicha.



El Decreto 114-97, que contiene la Ley del Organismo Ejecutivo, en el Artículo 8, establece la naturaleza jurídica de las Secretarías de la Presidencia: “Las Secretarías de la Presidencia son dependencias de apoyo a las funciones del Presidente de la República. No podrán ejercer funciones de ejecución de programas, proyectos ni otras funciones a cargo de Ministerios u otras instituciones de Gobierno, con excepción de la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia, quien si podrá, por encargo del Presidente, realizar tales funciones”. Es fundamental y con esto concluyo que haya un mayor involucramiento de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República al coadyuvar con la Sociedad creando más y de mejor calidad centros de reeducación de la niñez susceptible o vulnerable ante una situación que conlleve a emitir una resolución en la cual se declare una tutela judicial, es conveniente entonces recordar lo establecido en el Preámbulo de La Constitución Política de la República de Guatemala para confirmar lo anteriormente establecido donde literalmente establece lo siguiente “... afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz...”. Entonces donde quedó ese pacto donde todos y todas deben de luchar por una Guatemala mejor, donde quedó esa supuesta mano dura contra todos los males que acaecen en nuestra sociedad ofrecida por el actual presidente de la república de Guatemala Otto Pérez Molina.



CAPÍTULO IV

4. La inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala

En el municipio de Guatemala, según investigaciones realizadas por mi persona, existe una inoperancia de la tutela judicial, esta figura jurídica establecida en la legislación vigente, no es aplicable realmente por diversas razones anteriormente expuestas.

Es claro y evidente que en la práctica conductual de las personas lo que realizan cuando se encuentran en una situación susceptible a una declaración judicial con respecto a la vulnerabilidad de menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad de sus padres por determinada razón lo que se establece realmente es una tutela de hecho, es decir, familiares dentro de los grados de ley, toman la responsabilidad de ese menor y lo cuidan, alimentan y se encargan de el o ella.

Sin embargo existe un aspecto fundamental que no hay que olvidar, el objeto puede parecer altruista, loable, inclusive aplaudible, cuando una persona toma el papel de héroe y se encarga de esta persona vulnerable ante determinada situación, con el transcurrir del tiempo, la persona que supuestamente salvaron de una situación incómoda, violenta, económicamente, socialmente, familiarmente o espiritualmente riesgosa se vuelve una carga, deben de cuidar de esta persona en todo sentido.



Ese transcurrir del tiempo es peligroso, para el pupilo de hecho, por que por su alimentación debe de pagar, ya sea con trabajo e inclusive recibir insultos e humillaciones constantes, golpes, maltrato psicológico que puede traumarlos por toda la vida, es preocupante la situación existente en nuestra Guatemala, porque actualmente inclusive se está dando el fenómeno de suicidios de niños o niñas, de once años o menos edad.

Estas personas son mucho más propensas a irse del hogar sustituto, y al acaecer esta situación existen otros peligros reales y evidentes como lo son la prostitución, la drogadicción, el tabaquismo, el alcoholismo, la inclusión en grupos de antisociales denominados maras, donde supuestamente van a encontrar esa falta de cariño, apoyo y comprensión que no tuvieron en su hogar.

Por ello es muy importante el rol del juez en esta situación, porque tiene las herramientas técnicas y científicas para analizar y garantizar cual es el mejor hogar para el pupilo, ante ello debe de auxiliarse de una trabajadora social que realice un estudio socioeconómico, que apoye de cierta manera con una correcta decisión, además es fundamental su buen criterio, porque de frente tiene a la posible persona que se vaya a encargar del pupilo, por ende debe de minimizar los riesgos que impliquen una vulnerabilidad a sus derechos.

Ese criterio debe ser el mejor porque tiene en sus manos la vida de un ser humano, un guatemalteco, que puede contribuir en gran manera la desarrollo, fuerte y sólido de



nuestro país, considero el papel del juez fundamental para optar al mejor hogar, sin embargo esta posibilidad es pérdida cuando se realiza una tutela de hecho por que este sujeto procesal no existe.

La situación de inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, es una realidad triste y lamentable, ya que claramente es necesaria su aplicabilidad, es innegable que todos los guatemaltecos tenemos un papel importante en la contribución para una mejor situación de la sociedad en general.

4.1. Posibles soluciones a esa inoperancia

Existen diversas instituciones que pueden apoyar para lograr un mejor desarrollo de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, es muy importante verificar y realizar un análisis de la eficacia actual y la que se debe tener siempre, por ello considero que con una contribución integral de estas instituciones, se puede lograr una eficiencia y correcta aplicación de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.

4.1.1. Una contribución eficaz del pueblo de Guatemala

Esta es la solución radical, que el pueblo, es decir todos los habitantes de la República de Guatemala realmente cumplan y exijan que se cumpla la ley y de esa forma eliminar la mala práctica de la tutela de hecho, porque por hacer un bien realmente se perjudica al pupilo de hecho exponiéndolo a peligros aún mayores que conllevan a un riesgo o



vulnerabilidad en muchos sentidos, ya que se fomenta un desarrollo inadecuado de la persona que se encuentre en esta situación, creando anti valores sociales, es por ello que el pueblo de Guatemala, juega un papel muy importante en la contribución para buscar una solución eficaz y eficiente de la aplicación de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.

Considero conveniente citar al autor David Otoniel Monzón Páz, quien en su trabajo de tesis intitulado El Verdadero rostro del sindicalismo según su practicidad utópica en el sector privado establece lo siguiente con respecto a la función del pueblo de Guatemala “ ... De 1944 a 1954.... Guatemala vivió la mejor etapa de desarrollo democrático, político, social, económico, legal y por supuesto sindical, con los que a mi criterio son los mejores presidentes que han existido en la historia de Guatemala, me refiero al Doctor Juan José Arévalo Bermejo y el soldado del pueblo Jacobo Arbenz Guzmán.

Es la etapa de mayor auge del sindicalismo en la historia del país, se inicia con el derrocamiento del General Jorge Ubico y concluye con el derrocamiento del Coronel Jacobo Arbenz Guzman”²⁸. Hago referencia a este párrafo porque considero que esta es la raíz fundamental para toda organización, la unión y la lucha por un ideal, evitando todo aspecto despectivo que conlleve desorganización y malas influencias, los guatemaltecos lo han demostrado, pueden lograr sus objetivos y uno de ellos es el establecido el 20 de Octubre de 1944, con la Revolución.

²⁸ Monzón Páz, David Otoniel. **El verdadero rostro del sindicalismo según su practicidad utópica en el sector privado.** Pág. 37.



4.1.2. El papel del Organismo Judicial y los tribunales de familia

Como indicaba anteriormente los tribunales de justicia a través de los jueces, tienen un papel fundamental por que determinan la persona idónea que pueda cuidar de la persona que se encuentre vulnerable, y se encuentra susceptible de la aplicación de una tutela judicial, ya que siendo menor de edad, no se encuentra bajo de la patria potestad de sus padres, por negligencia, maltrato de estos, dictamen de los tribunales de justicia o muerte de ellos deben de determinar y controlar cual es la persona idónea en estas circunstancias.

Los tribunales de familia tienen la función jurisdiccional con respecto a casos que tengan relación con la familia, sabemos que la familia es la base de la sociedad, por ello en esta institución tan importante es donde radica la implementación de principios morales y espirituales que van a formar en un futuro al ser humano que pueda contribuir de buena o mala manera con la misma sociedad.

La misma Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 47, establece lo siguiente: " Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de hijos". De esta manera es fundamental la aplicación de valores en familia, para que posteriormente vecinos no los vulneren, y la escuela e iglesia los fortalezcan.



4.1.3. La Procuraduría General de la Nación, como un abogado eficiente de la niñez

Esta es la institución, que debe de velar por la aplicación idónea de la ley y la determinación clara y objetiva de una familia de excelencia, para el pupilo, pero lamentablemente la realidad es otra, porque la población en general tiene una idea mala de esta institución cuando se encuentra como abogado de un niño susceptible a la determinación de la tutela judicial, la población con admiración dice ¡Me quieren quitar a mis hijos!, y la idea generalizada es que en una casa hogar o institución que como objetivo tenga la protección integral y bienestar de la niñez en una situación de peligro es que solamente van a salir peor, esa es la realidad, esto indica que la operatividad de las políticas no ha sido la indicada, es fundamental un incremento del presupuesto de esta institución y específicamente con objeto de lograr un desarrollo integral de la niñez.

4.1.4. El Congreso de la República como ente rector de crear, modificar y derogar las leyes

Mi idea fundamental es que se reforme el Decreto 54-77, que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria con objeto de que este sea un trámite que pueda llevarse a cabo ante un Notario, esto descongestionaría en gran parte la administración de Justicia, y contribuiría con la sociedad porque no tendría que hacer un trámite largo, complicado y oneroso, al



llevarse a cabo ante un juez, la población opta por realizar una tutela de hecho, siendo un asunto de jurisdicción voluntaria notarial, sería una solución fundamental.

Esta labor debe ser llevada a cabo por el Congreso de la República de Guatemala, a través del proceso de creación de una ley realizando un proceso legislativo y este “Consiste en las diversas etapas que pasa una iniciativa de ley para convertirse en regla de observancia general, corresponde normalmente en un Estado de Derecho o Estado Constitucional al Organismo Legislativo o Congreso de la República”.²⁹ Este procedimiento en la legislación guatemalteca tiene distintas etapas dentro de las cuales tenemos las siguientes: Presentación, discusión, aprobación, sanción, publicación y vigencia, es conveniente en este caso recordar lo establecido en nuestra legislación con respecto a quienes tienen iniciativa de creación de una ley según la Constitución Política de la República de Guatemala, está en el Artículo 174, establece literalmente lo siguiente: “Iniciativa de ley. Para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados al congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral”, es interesante observar con claridad que establece con fortaleza en primer lugar a los diputados al congreso, los nombra de forma generalizada, es decir que tienen iniciativa los 158 diputados sin excepción.

²⁹ Barrios Ossorio, Omar. **Folleto** varios del derecho administrativo-fuentes del derecho administrativo. Pág. 6



4.2. ¿Es factible derogar la tutela judicial del sistema jurídico guatemalteco?

En primer término es importante establecer que la labor legislativa realizada en el Congreso de la República de Guatemala, consiste en decretar, reformar y derogar leyes, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, decretar es crear y dejar sin efecto una ley mediante la creación de otra ley, algunos juristas de forma inadecuada dicen abrogar, que es un término equivalente a abolir, revocar o anular, reformar es modificar y adicionar parte de una ley vigente, por medio de la emisión de otra ley.

El término que interesa es derogar; y este es definido por uno de los mejores juristas de Guatemala en derecho administrativo en su libro derecho administrativo guatemalteco, Jorge Mario Castillo Gonzales, como: “Dejar sin efecto parte de una ley vigente sin introducir modificaciones y adiciones en el texto original, sujeto a los términos establecidos en ley”³⁰. Es muy importante indicar que esos parámetros deben cumplir conforme a lo establecido en ley.

Al efecto la Ley del Organismo Judicial en el Artículo 8 literalmente establece: “Derogatoria de las leyes. Las leyes se derogan por leyes posteriores: a.) Por declaración expresa de las nuevas leyes; b.) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes c.) Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior, y,

³⁰ Castillo Gonzales, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**. Pág. 78



d.) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad. Por el hecho de la derogación de una ley, no recobran vigencia las que esta ley haya derogado”. Todo lo anterior se resume en lo siguiente; se deroga por leyes posteriores, para una mayor claridad.

En la práctica, las leyes se derogan con ciertos vicios, cuando por ejemplo se derogan todas las disposiciones que se opongan a la nueva ley. La técnica legislativa, enseña que se derogan los Decretos debidamente citados por su número y nombre, si es que existe, evitando problemas y dudas posteriores. El artículo que se refiera a la derogatoria de una o de varias leyes, no debe incluir reglamentos y acuerdos, corresponde al Ejecutivo y a la organización pública que lo haya dictado, aparte de que la derogatoria de reglamentos y acuerdos de parte del Congreso de la República, representa la injerencia del Congreso en el Ejecutivo, inconstitucional, desde todo punto de vista.

Ante la pregunta ¿Es posible la derogatoria de la tutela judicial del ordenamiento jurídico guatemalteco? mi respuesta de forma indubitable es sí, por las razones anteriormente expuesta, simplemente es necesario que se de un proceso legislativo el cual establezca una nueva ley que derogue de forma expresa la figura jurídica de la tutela judicial del ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente del Decreto Ley 106, que contiene el Código Civil.



Ante la pregunta ¿Es factible la derogatoria de la tutela judicial del ordenamiento jurídico guatemalteco?, mi respuesta es la siguiente, jurídicamente sí, socialmente no, me refiero a las razones anteriormente expuestas, legalmente si es posible porque se encuentra en ley esa posibilidad, tal como anteriormente lo expuse conforme a la Ley del Organismo Judicial, pero realmente socialmente no, porque es necesaria esa protección que se les debe dar por parte de las personas más cercanas al menor o al mayor declarado en estado de interdicción a través de la figura jurídica de la tutela.

Ante la pregunta ¿Es necesaria la derogatoria de la tutela judicial del ordenamiento jurídico guatemalteco?, mi respuesta de forma indubitable, es decir sin lugar a dudas, es no, porque debe darse esa declaración judicial que establezca una protección clara y concreta de parte de determinadas personas hacia menores de edad que no se encuentren bajo patria potestad por alguna u otra razón o el mayor de edad declarado en estado de interdicción.

Pero en la práctica guatemalteca la que realmente se establece como lo he indicado en diversas ocasiones es la tutela de hecho, que no es más que la protección y guarda de los bienes y persona de un menor de edad que no se encuentre bajo la patria potestad, por que los padres han perdido esta por determinadas circunstancias, sin haber realizado el proceso legalmente establecido para su respectiva declaración.

4.3. Propuestas de aplicabilidad de la tutela judicial en Guatemala

El sistema en general en Guatemala está mal, y no es solamente en este ámbito lo es en todo sentido, la forma de solucionar la inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, la puedo resumir en lo siguiente:

4.3.1. Trabajo en equipo de todas las instituciones involucradas

Existe un dicho que establece la unión hace la fuerza, considero que todas las instituciones involucradas en este sentido deben de colaborar en lo que les sea competente para lograr una aplicabilidad correcta de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.

Ello implica que el Organismo Ejecutivo a través de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República implementando políticas férreas para evitar niños en la calle, protegiendo a los niños y adolescentes vulnerables e inclusive buscando la reinserción y reorientación de adolescentes en conflicto con la ley penal.

El pueblo de Guatemala, donde todos y cada uno de los guatemaltecos colaboremos con trabajo, con una conducta intachable basada en la aplicación de principios morales y espirituales en todo momento, para ser ejemplo de las generaciones venideras y no importa nuestro pasado, en realidad no interesa la desigualdad existente si hay un cambio en nosotros mismos para luchar por ser mejores en todo sentido, buscando una

actitud altruista que coadyuve con nuestros semejantes, implicando en ese sentido a la niñez vulnerable.

La Procuraduría General de la Nación al verificar su trabajo cada momento, no importa solamente firmar dictámenes, supuestamente representar al pueblo de Guatemala, si no aplica una función loable y verdadera como lo es ser el defensor de la niñez, y esa buena defensa se va a lograr si se implementa adecuadamente políticas orientadas al bienestar de la niñez en general.

4.3.2. Reformando la ley, para lograr que el trámite sea en jurisdicción voluntaria notarial

Este es un aspecto fundamental el Congreso de la República de Guatemala, tiene una función fundamental, donde los padres de la patria, es decir los diputados tienen en sus manos crear leyes que realmente beneficien a la población en general y una de ellas sería reformando el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, así como el Decreto Ley 106, que contiene el Código Civil, logrando que el trámite sea en jurisdicción voluntaria notarial, esto contribuiría en gran manera para lograr que se descongestione la administración de justicia y sobre todo, una aplicabilidad eficiente de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.

CONCLUSIONES

1. La figura de la tutela judicial en el municipio de Guatemala, es inoperante, ya que la mayoría de la población prefiere establecer una tutela de hecho, cuando una persona que se encuentra en una situación susceptible a una declaración judicial de tutela, por ser menor de edad que no se encuentre bajo la patria potestad o mayor de edad declarado en estado de interdicción, evitando realizar el proceso judicial respectivo.
2. Las principales causas que impiden el desarrollo integral y aplicabilidad de la tutela judicial en el municipio de Guatemala son; a.) La carencia de recursos económicos de la población para realizar el proceso judicial correspondiente b.) El desconocimiento en general para realizar la declaración judicial de tutela cuando una persona se encuentra susceptible a su aplicabilidad c.) La indiferencia de parte de la población en general para realizar el trámite prefiriendo omitirlo.
3. Jurídicamente es posible la derogación de la figura jurídica de la tutela judicial en el sistema jurídico nacional, pero socialmente no es conveniente porque es necesaria la intermediación procesal para determinar de una manera científica y técnica quien o quienes son las personas idóneas para asignarle el cargo de tutor o protutor, cuando sea necesaria la aplicación de esta institución.



4. La Procuraduría General de la Nación quien es la encargada de velar por la aplicación idónea de la ley determinando de forma clara y objetiva el bienestar y desarrollo integral del pupilo, no cumple con su función; porque la población en general tiene una idea mala de esta institución, indicando que su trabajo es deficiente ya que no se implementan los principios y valores necesarios para la protección y desarrollo en general de los menores que se encuentren en esa situación.

5. La inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala es evidente, clara e ineludible, al realizar diversas investigaciones, y solicitudes de información en torre de tribunales, y distintos centros de justicia en el municipio de Guatemala, la respuesta es la esperada, un rotundo no, que evidencia, la hipótesis planteada por mi persona, su inaplicabilidad es por un contexto social que involucra un problema de nación.



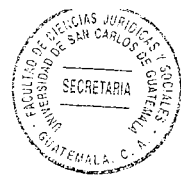
RECOMENDACIONES

1. Es necesario la unión de las diversas instituciones relacionadas con la tutela judicial, es decir, el pueblo de Guatemala, La Procuraduría General de la Nación, Los tribunales de familia, el Congreso de la República, La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República a manera de implementar Políticas que realmente contribuyan a una operancia real, verdadera y concreta de la tutela judicial en el municipio de Guatemala. .
2. El Estado de Guatemala, debe crear las condiciones necesarias para evitar la desintegración familiar, brindando trabajo, salud, educación y un desarrollo integral de la persona con el objeto de evitar las causas que ocasionan que un menor sea sometido a la figura jurídica de la tutela judicial y fortaleciendo mediante información general a través de folletos y charlas familiares del trámite de la tutela judicial.
3. Es necesario reformar y fortalecer la figura jurídica de la tutela judicial, en el sistema judicial guatemalteco, reformando el Decreto 54-77 que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, así como el Decreto Ley 106, que contiene el Código Civil, logrando que el trámite sea en jurisdicción voluntaria notarial.



4. Es fundamental el incremento del presupuesto de la Procuraduría General de la Nación y específicamente en la sección de menores, con el objeto de implementar políticas reales y eficientes que logren un desarrollo integral de la niñez que se encuentre susceptible a la declaración judicial de tutela, por no encontrarse bajo la patria potestad, mediante una planificación sistemática de criterios socioeconómicos de la mejor calidad que beneficien al pupilo.

5. Debe existir voluntad política y social de parte de las distintas entidades administrativas del Estado encargadas del desarrollo del país en general, tanto el Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, al realizar una planificación adecuada de políticas públicas de organización, dirección, control y ejecución para que realmente se establezca una operancia y viabilidad de la tutela judicial en el municipio de Guatemala.



ANEXO





ANEXO I

ENTREVISTA

ABOGADA EN EJERCICIO

LICDA. FLORIDALMA LUCH CAR

FECHA: 28 de marzo de 2013

LUGAR: Oficina Jurídica de la profesional, ubicada en sexta avenida cero guión sesenta Torre profesional dos, oficina doscientos tres "A", del Centro Comercial de la zona cuatro, de Guatemala

1.) Cuál es su opinión acerca de la situación actual de la tutela judicial en en Guatemala:

Actualmente la tutela judicial tiene un papel muy importante ya que lamentablemente día tras día se encuentran menores desprotegidos, es decir sin ningún responsable legal, lo cual conlleva a que tanto la Procuraduría General de la Nación o directores o superiores de establecimientos de asistencia social, se conviertan en tutores judiciales.

2.) Considera usted que existe una inoperancia de la tutela judicial en el municipio de Guatemala:

Es operante en torno a las otros tipos de tutela, como la legal o legitima, esto es debido a la irresponsabilidad del padre y madre, estas son muy solicitadas.



3.) Cuales son las causas que impiden el desarrollo integral de la tutela judicial en Guatemala:

1. La corrupción
2. La discriminación

4.) Que políticas o acciones son necesarias implementar para que sea viable la aplicación de la tutela judicial en Guatemala

Presupuesto, asignarle un presupuesto justo y fortalecer las instituciones que estén involucradas en el ámbito de la tutela judicial, es decir a la Procuraduría General de la Nación, específicamente, a la sección de menores y demás instituciones.

5.) Considera necesario una derogación de la figura jurídica de la tutela judicial del Decreto Ley 106, que contiene el Código Civil.

La derogación no, al contrario fortalecer la figura de la tutela judicial, y establecer claramente las atribuciones del tutor judicial para evitar un abuso.



BIBLIOGRAFÍA

- ACHAERANDIO. **Iniciación en la práctica de la investigación.** Única Edición. Guatemala, C.A: editorial, 2000.
- ÁGUILAR ELIZARDI, Mario Ismael. **Compilación de lecturas para el curso métodos y técnicas de investigación.** Tercera edición. Guatemala: Editorial Fénix, 2007.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Séptima Edición. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2013.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 2da ed.; Ed. Heliasta, 1981.
- CASTILLO GONZALES, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.** 18 edición. Guatemala, Editorial Impresiones Graficas, 2008.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil.** Quinta Edición. Madrid: España, Editorial Nauta, S.A. 2004.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Quinta Edición. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2009.
- MONZÓN PÁZ, David Otoniel. **El verdadero rostro del sindicalismo según su practicidad utópica en el sector privado.** Primera Edición. Guatemala, Editorial Impresos JOMA. 2012.
- MORALES, Benito. **Diagnóstico del racismo en Guatemala.** Única edición. Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A. 2006.
- ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso.** Primera Edición. Guatemala: Editorial Orellana, Alonso & Asociados, 2004.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Séptima Edición. Madrid: España, Ediciones Nauta, 2005.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 2da ed
Ed. Heliasta, S.R.L. 2007.

Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española.** Vigésima Edición.
Madrid: España, Editorial Espasa Calpe, 1994.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno: Guatemala,
1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Congreso de la República, Decreto Ley 107,
Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno: Guatemala, 1964.

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