

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

**INOPERANCIA DE LA TUTELA ESPECIAL EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO
SACATEPÉQUEZ, SACATEPÉQUEZ**

EVELYN LEILEING RAMÍREZ MARROQUIN

GUATEMALA, JUNIO DE 2014

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

**INOPERANCIA DE LA TUTELA ESPECIAL EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO
SACATEPÉQUEZ, SACATEPÉQUEZ**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EVELYN LEILEING RAMÍREZ MARROQUIN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Urbina Mejía
Vocal: Lic. Carlos Arsenio Pérez Secaida
Secretario: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Vocal: Lic. Erick Octavio Rodríguez
Secretaria: Licda. Maida Elizabeth López Ochoa

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. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
Abogado y Notario



Guatemala, 14 de octubre 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



Respetable Doctor Mejía:

En cumplimiento de la resolución de fecha 30 de octubre de 2012, por medio de la cual fui nombrado como Asesor de la bachiller **EVELYN LEILEING RAMÍREZ MARROQUIN** de su trabajo intitulado: **INOPERANCIA DE LA TUTELA ESPECIAL EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO SACATEPÉQUEZ, SACATEPÉQUEZ**, dicho título queda modificado por sugerencia de mí asesoría y no siendo pariente en grado de ley con la mencionada, me complace manifestarle que dicho trabajo satisface los requerimientos siguientes:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, la misma cumple con los requerimientos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en virtud de que se analizan aspectos laborales importantes y de actualidad.
- b) Los métodos utilizados para elaborar el informe final fueron el analítico, deductivo, sintético e inductivo, que permitieron el análisis de la normativa laboral de Guatemala así como internacional. Asimismo, la técnica utilizada en la redacción de la tesis fue la bibliográfica al haberse consultado diversidad de temas expuestos por autores nacionales y extranjeros.



- c) El tema en sí es de gran importancia para el Derecho Civil, especialmente en el área de Derecho de Familia, porque es deber del Estado otorgar protección preferente a los menores de edad e incapacitados; obligación que si está cumplida a través de la regulación de la figura de la tutela especial, sin embargo va en detrimento tanto del ordenamiento jurídico, como de los intereses de los menores que la citada institución carezca de uso y por ello se repunte inoperante.
- d) En sus conclusiones y recomendaciones, la bachiller determina que la figura de la tutela especial no es aplicada en el municipio de Santiago Sacatepéquez, proporcionando algunas soluciones al respecto.
- e) La bibliografía utilizada es la adecuada y expone los puntos de vista tanto de autores nacionales como internacionales, relacionados siempre con el Derecho Civil y su aplicación en Guatemala.
- f) La redacción de la tesis es clara de modo que su lectura es de fácil comprensión para cualquier persona; habiendo la estudiante aceptado todas las sugerencias y correcciones que le hiciera para una mejor redacción del informe.

Por todo lo anterior considero que el trabajo de tesis cumple con todos los requerimientos exigidos por el normativo, razón por la que apruebo el informe final y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo continúe su trámite para el examen público de tesis.

Atentamente,

Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
Colegiado 9219



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 20 de mayo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante EVELYN LEILEING RAMÍREZ MARROQUIN, titulado INOPERANCIA DE LA TUTELA ESPECIAL EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO SACATEPÉQUEZ, SACATEPÉQUEZ. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Omnipotente, dador de todo entendimiento y sabiduría, gracias por tu amor, bendición y misericordia.
- A MIS PADRES:** María del Carmen Marroquin Q.E.P.D. por su apoyo incondicional, ejemplo de lucha y amor. Eduardo Ramírez por su esfuerzo y trabajo con los cuales me ayuda a culminar un proyecto de vida.
- A MI HIJO:** Fabrizio, que con sus sonrisas me alienta a ser mejor cada día.
- A MIS HERMANAS:** Por su compañía y apoyo.
- A MIS ABUELOS:** Juan Marroquin Q.E.P.D. por alentarme a seguir adelante y a mi abuela Zoila Salvatierra por sus consejos, cuidados y amor.
- A MIS SOBRINOS:** Para que este triunfo les sirva de ejemplo y permita Dios alcancen muchos más.
- A MIS AMIGOS:** Por tantos momentos compartidos y por su apoyo en este camino de estudio.



A:

La Universidad de San Carlos de San Carlos de Guatemala, por ser mi casa de estudios y centro de formación profesional.

A:

Mi Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; gloriosa y tricentenaria a quien representaré con mucho orgullo.

Y A USTED:

Por estar presente en este acto.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Tutela.....	1
1.1. Definición y naturaleza jurídica de la tutela.....	1
1.1.1. Antecedentes históricos.....	3
1.1.2. Elementos de la tutela	8
1.1.3. Elementos formales.....	15
1.2. Ejercicio de la tutela en la legislación guatemalteca.....	17
1.3. Trámite de la tutela en el derecho comparado.....	21
1.4. Diferencias entre la institución de la tutela y la patria potestad.....	21
1.5. Fiscalización de la tutela.....	27

CAPÍTULO II

2. Clasificación legal y doctrinaria de la institución de la tutela.....	31
2.1. La tutela en la legislación guatemalteca.....	31
2.2. Clases de tutela	33
2.2.1. Tutela testamentaria	33
2.2.2. Tutela legítima	37
2.2.3. Tutela judicial	41
2.2.4. Tutela de administración	43
2.3. Fundamento legal de la tutela y sus clases	44
2.4. La figura de la tutela en el ámbito del derecho comparado	45
2.4.1. Derecho español	46
2.4.2. Derecho mexicano	50
2.4.3. Derecho argentino	54
2.4.4. Derecho chileno.....	61



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Análisis comparativo entre la tutela específica y la tutela especial.....	65
3.1. Tutela específica.....	66
3.2. Tutela especial.....	67
3.3. Diferencias y semejanzas en concreto de la tutela específica y la especial	71
3.3.1. Semejanzas entre las dos instituciones	72
3.3.2. Diferencias entre las dos instituciones.....	73

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de la tutela especial en casos específicos en el municipio de Santiago Sacatepéquez, departamento de Sacatepéquez.....	77
4.1. Antecedentes históricos del municipio de Santiago Sacatepéquez	77
4.1.1. Situación actual: datos demográficos y estadísticos de la composición actual del municipio de Santiago Sacatepéquez	81
4.1.2. Crecimiento poblacional.....	81
4.1.3. Población por grupos de edad.	81
4.1.4. Concentración y densidad poblacional	82
4.1.5. Población según grupo étnico.....	82
4.1.6. Condiciones de vida.....	82
4.1.7. Flujos migratorios.....	83
4.2. Problemática sobre la aplicación de la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez.....	83
4.3. Seguimiento a casos concretos encontrados	87
4.4. La inoperancia de la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez	90
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	97



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realizó para analizar la institución del derecho civil conocida como tutela especial, aplicada especialmente en el municipio de Santiago Sacatepéquez, departamento de Sacatepéquez; dicha figura se establece para un acto o un negocio especialmente determinado, es así que se designará el tutor especial a un menor, aun estando bajo patria potestad; cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres o cuando el menor que ya cuenta con tutor, presenta oposición a las decisiones sobre intereses económicos respecto a la administración de sus bienes o a los de otro pupilo bajo la misma tutela.

La hipótesis tenía como propósito establecer la inoperancia de la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez; comprobándose que no se ha aplicado al momento de dictar sentencias en cuanto a conflictos de índole familiar. Inclusive se encontró la inoperancia de esta figura por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional.

El objetivo de la investigación se cumplió al conocerse la función de la tutela especial así como su fundamento legal y sus clases; también se estableció que es inoperante en el municipio de Santiago Sacatepéquez, por lo que deja desprotegidos los intereses de los menores de edad o pupilos en conflicto con sus padres o tutores; finalmente se proponen algunas soluciones a esta problemática.

Para su estudio la tesis está dividida en cuatro capítulos, el primero trata sobre la tutela, su naturaleza jurídica, elementos y tramite; en el segundo capítulo se establece la clasificación legal y doctrinaria de la institución así como su funcionamiento legal; en el tercero se realiza un análisis comparativo entre la tutela específica y la tutela especial; y en el cuarto capítulo se analiza la aplicación de la tutela especial en casos específicos



en el municipio de Santiago Sacatepéquez, departamento de Sacatepéquez; y se analizan casos concretos y su inoperancia.

Para realizar esta investigación se utilizaron los métodos analítico, deductivo, inductivo y sintético, con los cuales se analizó la aplicación de las normas referentes a la tutela especial, se conformó el marco teórico y se eligieron los puntos más importantes para elaborar el trabajo final. La técnica para recolectar el material objeto de estudio y para redactar este trabajo de investigación fue la bibliográfica.

Encontrándose como conclusión que la institución de la tutela especial es inoperante en el municipio de Santiago Sacatepéquez, Sacatepéquez; evidenciando la falta de aplicación de las normas referentes a la misma, por parte del sistema de justicia.



CAPÍTULO I

1. Tutela

En el presente capítulo se analizan en forma general aspectos relacionados con la tutela, elementos, trámite para concederla y sus características.

1.1. Definición y naturaleza jurídica de la institución de la tutela

Etimológicamente la palabra tutela, se originó del latín “tueor” cuyo significado es el de resguardar, defender, cuidar y proteger entre otros, con una base surgida y fundada en el derecho romano, pero siendo una institución del derecho privado mucho anterior al derecho romano como tal, cuando ya estuvo superada la etapa estrictamente formalista de este derecho, que en un principio hizo imposible su concepción como ahora se conoce y se desarrolla en la sociedad.

Por lo tanto, la tutela es una institución jurídica del derecho privado que tiene por objeto la custodia y protección de una persona individual y así como de los bienes de la misma; o por el contrario, solamente de los bienes de esta, tanto de las personas menores de edad, que no se encuentran sujetos a una relación jurídica de patria potestad, como de las personas mayores de edad que se encuentren temporal o definitivamente incapacitadas y hayan sido declaradas legalmente en estado de interdicción por juez competente, las cuales no puedan regir por sí mismas sus acciones como personas y los bienes que conformen su patrimonio.



La naturaleza jurídica de la tutela es que es un cargo público que la ley impone a personas aptas, para cuyo ejercicio y desempeño, se encuentran obligadas todas las personas que se hallen en el pleno goce de sus derechos y deberes civiles.

La tutela se trata de un cargo público de naturaleza sumamente muy especial, se da por la ley a esos cargos la categoría de públicos, en razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos, y difiere totalmente de lo que se entiende de funcionario público, desde un punto de vista administrativo; ya que en ésta el tutor no tiene un cargo de administración estatal, y en el desempeño de su cargo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación de éstas es atinente a actividades gubernamentales.

El autor Rafael De Pina ha definido a la tutela de la siguiente manera: "La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica."¹

No se puede definir la tutela como una carga legal, ya que no es de esta manera siempre, aunque puede tener un carácter obligatorio que le corresponde de ordinario a ciertas personas; además, no es forzosa la aceptación de la misma en ciertos casos puntuales regulados por la ley.

¹ De Pina, Rafael. *Derecho civil mexicano*. Tomo I. Pág. 303.



1.1.1. Antecedentes históricos

La institución de la tutela era el poder dado y permitido por el derecho civil a una persona libre para proteger a quien por causa de su edad no podía defenderse a sí mismo; esta definición de tutela fue dada por el romano Paulo, y se observa que solamente se ve a la tutela como una institución creada para la protección del menor de edad, no atiende al incapaz declarado en estado de interdicción como actualmente se da; asimismo el derecho romano excluyó de igual manera de la tutela a la mujer por razón de su sexo, para lo cual tenía una tutela específica.

Se puede decir entonces que en Roma se encuentra el incuestionable precedente de la institución tutelar. El derecho romano estableció y reguló la protección de los sui iuris, incapaces de hecho, por medio de dos instituciones, la tutela y la curatela.

La tutela, existente en todas las épocas de su evolución y aplicable a aquellos que no han llegado a la pubertad y a las mujeres, y la curatela, aplicable a la incapacidad por locura, los que en la Antigua Roma eran conocidos como los "furiosi", que según la Ley de las XII Tablas era propia de estos y sólo a estos se les proveía, ya que se encontraban completamente privados del uso de la razón; ya Gayo estableció "Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat" que se traduciría como: El loco no puede hacer ningún negocio porque no entiende lo que hace; dándose de esta manera una necesidad de un individuo que regule las acciones de sí mismo para que

no dilapide sus bienes²; y que, paulatinamente, se fue extendiendo a otras situaciones en las que era necesario cuidar de un patrimonio; siendo la tutela que actualmente se conoce una concatenación de ambas instituciones, ya que se protege al menor de edad considerado incapaz y declarado en estado de interdicción.

Dada la relación entre herencia y tutela, primeramente se conciben las figuras para el interés de la familia, que del menor o incapaz; son comprendidas como un poder del tutor, el cual conserva el patrimonio del menor o incapaz para la familia, y lo hace con el interés de quien administra cosas que pueden llegar a incrementar su patrimonio. Este punto de vista evolucionó y cambió y llegó a convertirse en un deber, es decir, llega a prevalecer la finalidad de protección del pupilo, convirtiéndose la tutela en una institución favorable a la persona.

La tutela supone siempre la persona del pupilo y su guarda, mientras que la curatela puede aplicarse a un patrimonio sin titular o al patrimonio de un incapaz. La primera es con finalidad personal y la segunda con un fin patrimonial.

En la Antigua Roma el poder jurídico del tutor no era una potestad en el sentido que a esta palabra se dio en el derecho romano, no se instituyó en beneficio del tutor para que ejerciera el poder en su provecho, como sucedía con las potestades propiamente dichas, sino todo lo contrario; era una carga pública "manus publicum" de obligatoria aceptación, impuesta al tutor en provecho exclusivo del incapaz; lo que el tutor ejercía era un poder jurídico de protección sobre el incapaz, según el derecho romano los

² Samper Polo, Francisco. *Instituciones jurídicas de Gayo*. Pág. 258.



sujetos que se encontraban sujetos a la institución de la tutela eran los impúberes de uno y otro sexo y las mujeres púberes “sui iuris”, las cuales eran sometidas a la tutela perpetua.

Esta manera de concebir la tutela, como un deber de protección, de defensa, así como una institución en beneficio del pupilo, es la que evoluciona hasta convertirse en lo que se conoce como el derecho moderno; ahora bien, hay una diferencia esencial y esta consiste en que el tutor no autoriza al menor o incapaz, sino que lo representa; es decir, se convierte en el representante, administrador y guarda del menor o incapaz.

Las mujeres sometidas a tutela debían ser “sui iuris”, durante varios siglos, la mujer sui iuris, aun siendo púber, estuvo sometida a tutela perpetua por razón de sexo, aquí radica la diferencia principal con la patria potestad, además no tenía derecho de corrección ni autoridad sobre el pupilo; para comprender esto se debe empezar entendiendo cual es el significado de “sui iuris”, comúnmente escrito “sui juris”, la cual es una frase latina que literalmente significa de propio derecho, la frase sui iuris indica una capacidad jurídica para manejar sus propios asuntos, la simple y llana capacidad, la que también comprende a alguien que es capaz de demandar y/o ser demandado en procedimientos legales en su propio nombre sin la necesidad de un representante legal.

Ahora una persona “sui iuris”, al ser completamente capaz, no necesitaba de un representante legal o tutor; pero en la Antigua Roma se adujo la ligereza del carácter femenino y la inexperiencia de la misma en los negocios; para que si fueran

representadas, de igual manera se proponía esa tutela en beneficio futuro de sus hijos llamados a heredarla, siendo esto una práctica común, no en Roma, sino en toda sociedad en la cual predominaba el patriarcado y en la cual a la mujer no se le consideraba una persona, sino un objeto perteneciente al patrimonio de la cabeza de familia³.

En esta época se establecen tres maneras distintas de proveer y otorgar el cargo de tutor del impúber; las cuales son: la designación por medio del testamento, la cual subsiste en la actualidad con la llamada tutela testamentaria; otra de las formas es la del llamamiento por la ley y la designación por el magistrado, y de igual manera estos dos tipos de nombramiento de tutor subsisten hasta la actualidad; los cuales se encuentran contemplados en el Código Civil, siendo éstas: la tutela legítima y la tutela judicial respectivamente.

Continuando con los antecedentes históricos de la tutela, también se encuentra con la figura llamada tutela perpetua de la mujer, en la cual el tutor podía ser nombrado al igual que como se nombraba al del impúber, es decir, en forma testamentaria, legítima y legal; pero la tutela legítima que correspondía a su más próximo pariente, era más que una carga, un derecho para el tutor, ya que de esta manera éste incrementaba su patrimonio de una manera considerable respecto a la mujer que recibía de pupila.

³ Ochoa G. Oscar E. **Derecho civil I personas**. Pág. 573.

El derecho germánico, aun en su época más antigua, conoció la tutela. Estaban sujetos a ésta los menores de edad sin padre, las mujeres solteras y los incapaces, física y mentalmente; siendo como los “furiosi” del derecho romano, y en general, todos aquellos individuos que no podían o no poseían sus capacidades volitivas, mentales o físicas íntegras, vemos aquí la mujer vivía una situación similar que en el derecho romano, necesitada de un tutor, hasta que pasaba a propiedad del que sería su esposo.

Originariamente, la tutela corresponde a la “sippe”, concepto del derecho germánico que desempeñó la función de unidad jurídica, que englobaba al conjunto de parientes de sangre tomada en base a un determinado individuo. Normalmente, nombraban a una persona de su seno para administrar la tutela sobre el individuo, que solía ser el pariente más próximo.

Este pariente más próximo deviene del tutor nato en toda tutela, teniendo de esta manera una cierta similitud con la tutela legítima, pero con la consiguiente debilitación del poder de la “sippe”, la cual ostenta, sin embargo, funciones de vigilancia; es decir, conserva una tutela superior o de alta inspección, siendo ésta una variante de la figura conocida como protutor, que fiscalizaba de cierta manera las acciones del tutor activo.⁴

De esta configuración de la tutela germánica se deben destacar las siguientes características, que sirven de diferencia y discordancia con el derecho romano; siendo éstas la existencia de una sola institución de guarda y ejercida por los parientes

⁴ <http://derecho-romano.blogspot.com/2006/08/la-curatela.html> (Guatemala, 11 de julio de 2013).



próximos reunidos en asamblea gestora; o mediante delegación en el pariente más próximo, que como se dijo, es similar a la tutela legítima.

La tutela es la institución necesaria y paralela a la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad; en este aspecto, cumple la misión de representar al incapaz actuando en su nombre.

1.1.2. Elementos de la tutela

La institución de la tutela está conformada por varios elementos los cuales unidos le dan forma y cuerpo legal a la misma; el primer elemento de la tutela es el personal, el cual se divide en las personas que conforman la institución, siendo estos el tutor, el pupilo y protutor, siendo éste un elemento personal y fiscalizador de esta institución; así también los elementos formales que necesita la tutela son la del discernimiento del cargo, que es requerido para todos los tipos de tutela; exceptuando la tutela legal, para la cual la ley expresamente regula que no se necesita discernimiento del cargo. Los elementos personales de la tutela se desarrollarán en los siguientes apartados.

Tutor

Doctrinariamente se entiende el cargo de tutor como un cargo público. El tutor será la persona a la cual el juez le va a discernir el cargo público, que es sui generis, ya que aunque sea un cargo público, no va a interactuar ni administrar entidades estatales,



sino cuya función primordial será la de guardar, administrar y representar legalmente al menor de edad o mayor de edad que haya sido declarado en estado de interdicción.

Para tener la calidad de tutor, la persona debe ser civilmente capaz, siendo esto algo obvio, ya que la institución está para proteger a los incapaces; es un cargo personal y no puede delegarse el mismo, pero se pueden otorgar mandatos especiales para determinados actos establecidos en la ley; por lo tanto, se infiere al tenor de lo dispuesto en la ley, que al tutor le corresponde directa y exclusivamente el cuidado de la persona y de los bienes del tutelado, por ser el representante legal del mismo.

La legislación guatemalteca reconoce otra figura que tiene funciones a favor de la tutela, pero no directamente con el pupilo, sino con respecto al tutor, esta es la del protutor; que tendrá las funciones de fiscalizar los actos y administración de los bienes del pupilo por parte del tutor; el protutor podrá reprochar, inquirir y calificar los actos que el tutor realice, siendo este cargo de igual manera discernido por un juez.

Para el cargo de tutor están obligadas todas las personas que se encuentran en pleno goce de sus derechos civiles; de igual manera cabe señalar que según los antecedentes históricos, siendo precisos en el derecho romano, la legislación no realizó una distinción entre las instituciones de la tutela y la curatela; siendo la tutela universal para los casos de los menores de edad e incapaces declarados en estado de interdicción; que tenía como fin primordial la protección de la persona; mientras que la curatela tenía por finalidad la protección de los bienes.

Para poder acreditar la calidad de tutor es necesario el discernimiento del cargo otorgado por juez; ya que sin éste, no será una tutela de derecho, sino una tutela de hecho, no teniendo ésta un reconocimiento legal.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece obligaciones para los tutores con respecto a los menores de edad y adolescentes; de acuerdo al Artículo 78: "Obligaciones. Es obligación de los padres, tutores o personas responsables de niños, niñas y adolescentes para garantizarles el goce de sus derechos:

- a) Brindarles afecto y dedicación.
- b) Proveerles los recursos materiales necesarios para su desarrollo, de acuerdo a sus posibilidades económicas.
- c) Orientarles preventivamente, así como participar activamente en programas comunitarios de prevención y rehabilitación.
- d) Orientar en forma justa la conducta de sus hijos e hijas, bajo su cuidado, empleando medios prudentes de disciplina que no vulneren su dignidad e integridad personal, así como denunciar toda clase de violaciones a sus derechos humanos.

- e) Recibir tratamiento especializado para superar las adicciones y conductas agresivas que presenten.

- f) Esforzarse por identificar el talento de sus hijos, hijas y pupilos a efecto de buscar la ayuda especializada que el caso amerite.”

Así también, de acuerdo con el Artículo 79 de la citada ley: “Obligación de informar a los padres o responsables. Los directores, maestros y personal de instituciones educativas o de asistencia que detecten en los niños, niñas y adolescentes, bajo su responsabilidad, casos de tenencia, consumo de sustancias alcohólicas o psicotrópicas que produzcan dependencia, deberán informar a los padres o personas responsables para que adopten las medidas de protección correspondientes, debiendo estos participar activamente en el proceso de rehabilitación.”

Pupilo

En la institución tutelar la función primordial es eminentemente protectora de la persona menor o por determinadas circunstancias físicas o mentales, los interdictos; los cuales no pueden valerse por sí mismos, estos se convertirán en el elemento personal pasivo de la institución, recibiendo el nombre de pupilos.

El pupilo es el elemento principal que la institución de la tutela buscará resguardar y proteger, ya que estos son sus fines primordiales; siendo por ende el elemento más



importante en una tutela de índole personal, no patrimonial, ya que éste le dará nacimiento al otro elemento personal, que es el tutor.

El pupilo será, como se estableció, aquel menor de edad que no tenga una relación de patria potestad; a quien el Estado se encargará de proveerle protección por medio del tutor; pero de igual manera, no solamente será el menor de edad, sino que también será pupilo aquel mayor de edad que sea incapaz para la legislación guatemalteca, y que sea declarado en estado de interdicción judicialmente; siendo éste un requisito esencial para que al mayor de edad se le pueda nombrar un tutor, ya que mientras no se le declare interdicto, la ley da por hecho que es capaz y por lo tanto no necesita de un tutor.

El pupilo históricamente, ha sido considerado desde un objeto que incrementa el patrimonio del tutor, hasta ser el elemento central de esta relación; velando el tutor por su protección, tanto patrimonial como personal, siendo éste el objetivo central y primordial en el derecho moderno.

Asimismo, en esta institución se pueden encontrar otros elementos personales doctrinales hasta cierto punto, ya que no se aplican en la legislación guatemalteca, ni se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico; siendo figuras que podrían contribuir al correcto desempeño de la institución tutelar en el país.

Consejo de familia

Encontrándose su antecedente en el Código Civil francés, que a su vez, se inspiró en la asamblea de parientes del derecho consuetudinario. Este consejo de familia es el órgano parlamentario.

Se trata de una asamblea de carácter familiar que delibera y acuerda e inspecciona el funcionamiento de la tutela, sustituyendo en ciertos casos al tutor; y en otros casos autoriza al tutor para realizar los actos más importantes; siendo similar a la autorización judicial que la legislación guatemalteca contempla, para que el tutor realice determinados actos en beneficio del pupilo.

En el caso de la constitución de la tutela, así como de la inhabilitación, excusas y causas de remoción, son funciones según la legislación guatemalteca, propias de un juzgado, ya que es el único que puede inhabilitar, excusar y retirar al tutor; así lo establece el Artículo 319 del Código Civil: “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.”

Así también el Artículo 315 del Código Civil establece que solamente por declaración judicial se puede separar de su cargo al tutor o al protutor; regulando lo siguiente: “Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades que se mencionan en el artículo anterior, serán separados de su cargo por declaración judicial,

previa denuncia y comprobación del hecho por el Ministerio Público o algún pariente del pupilo.”

Doctrinariamente, la figura del consejo de familia puede llegar a afirmarse que es el supremo órgano de la tutela, ya que a él está encomendada la dirección de la misma; lo contrario sucede en Guatemala, ya que el órgano supremo según la legislación civil es el tutor, quien tiene a su cargo la dirección de la tutela.

Autoridad judicial

Bien con carácter propio o no, suele llegar a ser un elemento personal de la tutela. Tiene un carácter activo, que puede ejercer por propia iniciativa siempre en pro de los intereses del pupilo.

De manera doctrinaria se establece que la intervención de la autoridad judicial suele ser accesoria, incidental y subsidiaria. En el caso de la legislación guatemalteca, la actuación de la autoridad judicial es primordial, ya que se puede determinar que participa de manera más activa y fundamental; puesto que es la encargada de discernir el cargo al tutor y protutor, y es la única que puede separar de este cargo a los mismos, así como aceptar excusas para el ejercicio de la función tutelar.

1.1.3. Elementos formales

Son aquellos elementos propios de un proceso que instaura la tutela, van a desarrollar procesalmente la parte sustantiva de la norma y los elementos personales que involucra.

Discernimiento del cargo

Para que el tutor entre en funciones, el cargo debe serle discernido. Este discernimiento, concretamente, es el acto por el cual el juez inviste a una persona con el carácter de tutor. El procedimiento que se realiza en Guatemala, es el siguiente:

Juramento

Previo al discernimiento de la tutela, el tutor nombrado por el juez (tutela legítima o judicial), o confirmado por el juez (tutela testamentaria), debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración. Sólo después de dicho juramento se realizará el discernimiento de la tutela. Si por error procesal del juez, se omitiera el juramento y se discerniera la tutela, este acto conservará su validez, y el tutor será responsable de los perjuicios, que con sus actos cause a su pupilo.

Confirmación de la tutela

Designado el tutor por el progenitor, el juez ante quien se presente el testamento o la escritura pública, deberá confirmar esa tutela. Es decir, analizará tanto el aspecto de la validez del testamento o de la escritura pública, como también la idoneidad del tutor para ser designado; y para ello tendrá en cuenta todas las inhabilidades, además, hará un análisis de la conducta y las calidades morales del tutor designado.

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

Funciones del tutor

Debe dar protección y cuidados a la persona del menor, para lo cual tiene facultades de dirección, de corrección, de exigencia sobre la conducta personal de éste, similares a las de los padres; debe administrar y cuidar los bienes del menor, y es además su representante legítimo.

Caracteres de la tutela

De acuerdo con lo que ya se expuso, la tutela es una función supletoria, pues opera cuando el menor no tiene padres en ejercicio de la patria potestad. Además es unipersonal, ya que sólo puede ser ejercida por una sola persona. Se trata de una

función personalísima e inexcusable. Esta es una función que debe ser ejercida personalmente, por más que el tutor pueda designar mandatarios para realizar determinados actos y sobre todo, para la representación en juicio del menor.

Control del juez

El ejercicio de la tutela se halla, permanentemente, bajo control del juez, ya que los menores que carecen de padres, o cuyos progenitores han perdido la patria potestad o su ejercicio quedarán bajo el cuidado del Estado, siendo el Juez el encargado de nombrarles tutor, quien deberá ser una persona física. La razón de ser de la tutela exige que ésta se encomiende a personas físicas y no a sociedades o establecimientos de beneficencia.

1.2. Ejercicio de la tutela en la legislación guatemalteca

El Código Civil guatemalteco establece los requisitos para poder iniciar el ejercicio de la tutela, estos requisitos se encuentran regulados del Artículo 319 al 332; en los cuales se encuentran el procedimiento y todas aquellas obligaciones de naturaleza previa, durante y posterior al ejercicio de la tutela por parte del tutor y del protutor; la forma en la cual se van a otorgar dichos cargos y cómo se acreditarán los mismos.

En estos artículos se determina de igual manera sobre la disposición y gravamen de bienes de menores; en los cuales se establece en qué circunstancias el tutor debe requerir una autorización judicial para enajenar cualquier bien que sea propiedad del



menor; siempre y cuando se establezca la necesidad de realizar dicha acción. A continuación se exponen los artículos que el Código Civil establece para el ejercicio de la tutela.

El ejercicio de la tutela está establecida en el Artículo 319 que regula: “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.”

La obligación de hacer inventario está establecida en el Artículo 320: “El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez, según las circunstancias. En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedará el tutor eximido de esta obligación.”

La constitución de garantía la regula el Artículo 321 que estipula: “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.”

En el Artículo 323 se establece: “La garantía deberá asegurar:

1o. El importe de los bienes muebles que reciba el tutor;



2o. El promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela;

3o. Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa.”

Se establece en el Artículo 325 que: “La garantía deberá constituir en hipoteca, prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria o legalmente autorizada para el efecto. La garantía personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio, fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vaya a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de este.” Además el juez podrá fijar, a solicitud y propuesta del tutor una pensión alimenticia.

También, el Artículo 328 del mismo cuerpo legal regula: “El presupuesto del tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, se someterá a la aprobación del juez teniendo en cuenta gastos de administración para el período que fue nombrado. Para realizar gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial.”

Carrera, oficio o profesión del menor

Se establece en el Artículo 330 que: “El tutor destinará al menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias. Si ya había iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor.”



La necesidad de autorización judicial queda establecida en el Artículo 332: “El tutor necesita autorización judicial:

1. Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor 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 verificar mejoras que no sean necesarias; para constituir servidumbres pasivas; y en general, para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales.
2. Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
3. Para repudiar herencias, legados y donaciones;
4. Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
5. Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y
6. Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo.”

1.3. Trámite de la tutela en el derecho comparado

El trámite de la tutela en el ordenamiento jurídico guatemalteco actualmente se encuentra como competencia únicamente del órgano jurisdiccional aunque se trate 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.

1.4. Diferencias entre la institución de la tutela y la patria potestad

Con respecto al vínculo de afección, la patria potestad se deriva de la sangre, es inmediata y por lo mismo, influye en los padres en el deseo de proteger y beneficiar al hijo en todo sentido; mientras que en la tutela, si bien es cierto en algunos casos también es derivada de la sangre, en algunos otros el vínculo es lejano, no inmediato y a veces hasta extraño, como sucede en el caso de la tutela judicial o la legal.

Otra diferencia es el poder, en la patria potestad la ley confiere a los padres de familia poderes superiores que los que da a los tutores respecto a la tutela. En cuanto a la corrección y representación de los hijos, en la patria potestad los padres pueden corregir a sus hijos libremente y representarlos sin limitaciones, excepto las legales; en cambio el tutor está vigilado por los demás órganos tutelares. Cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, los padres no están obligados a rendir cuentas; el tutor sí tiene que rendir cuentas de la tutela.



La falta de vigilancia sobre la representación, que del menor de edad hacen sus padres, puede darse en el caso de la mala administración de los bienes del menor; a diferencia de la tutela, que el tutor es vigilado en la administración del patrimonio del menor o incapacitado, asegurando de esta forma la conservación del mismo.

Sobre la remuneración, en la patria potestad no existe pago alguno, en cambio el ejercicio de la tutela puede ser remunerado. Con respecto a los alimentos, los padres de familia están obligados a proporcionar alimentos a sus hijos; en la tutela el tutor no está obligado, pero al darlos, los gastos de los mismos se descuentan del patrimonio del menor de edad o incapacitado.

En el caso de la educación, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el Artículo 13 numeral tres regula: “ Los Estados Partes en el presente Pacto, se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Por último, la tutela es sustituta de la patria potestad, pero una tutela sólo puede sustituirse por otra tutela.

¿Por qué se debe considerar a la tutela como una medida de protección para las personas incapaces?

Porque conocidas ya las dos instituciones que son la tutela y la patria potestad se determina que la primera es la medida de protección que el Estado provee a todas aquellas personas que han quedado en el desamparo por carecer de persona alguna que pueda ejercer la patria potestad; además, el Estado a través de la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 51 establece: “ El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”.

También el Artículo 53 del mismo cuerpo legal regula: “El Estado garantiza la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios”.

De lo anterior expuesto, se afirma que la tutela es una medida de protección para las personas incapaces, ya que sin la existencia de esta institución, todos los incapaces quedarían en un total abandono, al amparo de su suerte y carentes del ejercicio de la acción civil.

Si bien en la actualidad la protección prestada a los incapaces y menores de edad, adolece de algunas deficiencias; se confía que en el futuro esta institución se perfeccionará y dará a los huérfanos y a los declarados en estado de interdicción una protección total.

Para el efecto la Convención Americana de los Derechos Humanos, establece un derecho denominado derecho del niño el cual se encuentra en el Artículo 19 que regula: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Éste se acopla con la figura de la tutela en el derecho civil.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, redactado por mandato de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas por la Comisión de Derechos Humanos aprobado en 1966 y ratificado por Guatemala en 1976; debe ser cumplido de manera obligatoria, por todos los Estados que lo hayan ratificado o se hayan adherido al mismo; siendo Guatemala uno de estos Estados.

El citado pacto en el Artículo 6 regula que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Aunado a lo anterior en el Artículo 24 se regula que: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su

condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Quiere decir que se fundamenta lo establecido como medida de protección de la tutela, y que el Estado de Guatemala es quien se encuentra comprometido con todos los menores de edad e incapacitados en lo referente a su vida, integridad, dignidad y cuidado de bienes, sin distinción alguna.

Por último, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el Artículo 46 preceptúa: “Los niños, niñas y adolescentes con discapacidad física, sensorial y mental, tienen derecho a gozar de una vida plena y digna”. Quiere decir que el ente estatal debe asegurar este derecho a los menores de edad e incapacitados, promoviendo y difundiendo programas reales y adecuados para la protección oportuna y eficaz.

En el Artículo 8 de la citada ley se establece que: “Los derechos y garantías que otorga la presente ley, no excluyen otros, que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes.” A lo que se refiere es a los derechos inherentes de la persona humana.

También tiene regulado el derecho a la vida en el Artículo 9 el cual estatuye: “Los niños y niñas y adolescentes tienen derecho fundamental a la vida. Es obligación del Estado garantizar su supervivencia, seguridad y desarrollo integral. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr

un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Estos derechos se reconocen desde su concepción.”

A continuación se enumeran los derechos que reconoce la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia:

- a) Derecho a la vida, Artículo 9.
- b) Derecho a la igualdad, Artículo 10.
- c) Derecho a la integridad personal, Artículo 11.
- d) Derecho a la libertad, Artículo 12.
- e) Derecho al goce y ejercicio de derechos, Artículo 13.
- f) Derecho a la identidad, Artículo 14.

Entre otros también establece el derecho al respeto, derecho a la dignidad, derecho de petición, derecho a la familia, derecho a la adopción, derecho a la igualdad de derechos.

También la Ley de Adopciones establece principios reconocidos para el menor de edad; los cuales son: principio de tutelaridad y protección, principio de interés superior del niño, principio de igualdad en derechos, principio de nacionalidad.

1.5. Fiscalización de la tutela

El origen de la figura del protutor se encuentra en el derecho francés. La tutela como institución de protección personal y patrimonial tendrá una interacción necesaria con los bienes del pupilo por parte del tutor; dándose en ciertas circunstancias un mal uso y una mala administración de los bienes del pupilo; siendo necesario entonces una persona que se encargue de fiscalizar y exigir rendiciones de cuentas al tutor, siendo la figura encargada para esta acción, el protutor.

El protutor es el órgano de vigilancia. Tiene como función general la de vigilar, fiscalizar e intervenir la administración del tutor y; ocasionalmente, cumple funciones de representación del pupilo o supe al tutor. Es claro que hay o debe haber una absoluta incompatibilidad entre los cargos de tutor y protutor y sus funciones; ya que la ley determina que deben ser personas distintas las que ejerzan cada cargo, pues por razones lógicas, una persona no puede fiscalizar ni solicitar cuentas a sí misma. Este cargo es unipersonal, irrenunciable y gratuito.

La legislación guatemalteca reconoce la figura y cargo del protutor en el Artículo 304 del Código Civil, de esta manera ésta se vuelve una representación de fiscalización de las acciones del tutor; pudiendo el protutor exigir al tutor el correcto desempeño de sus

funciones y solicitarle informes de las acciones que tome, verificando que sean en beneficio del pupilo.

El autor Florencio García Goyena, justificando la creación de esta figura indica que: “El protutor es un vigilante y centinela del menor contra el tutor infiel o negligente y da el grito de alarma al consejo de familia para prevenir el daño en el momento en que amenaza”.⁵

Según el Código Civil español, es el cargo creado para ejercer las funciones de intervención o vigilancia en la tutela de menores e incapacitados. Por lo tanto, se puede llegar a la conclusión de que el cargo y la figura del protutor es una figura fiscalizadora de la institución de la tutela; no obstante, de existir una absoluta incompatibilidad entre los cargos de tutor y protutor, estos van íntimamente unidos el uno con el otro. La ley fiscaliza con la figura del protutor el recto ejercicio de la tutela.

Obligaciones del protutor

El Código Civil en el Artículo 305 establece que: “Son obligaciones del protutor:

- a) Intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor de edad, y en el otorgamiento de la garantía que debe presentar el tutor; además de defender los derechos del menor en juicio o fuera de él, siempre que esté en oposición con el tutor;

⁵ García Goyena, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Tomo I. Pág. 185.



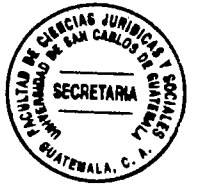
- b) Promover el nombramiento del tutor, cuando proceda o quede vacante;

- c) Intervenir en la rendición de cuentas del tutor;

- d) Ejercer las demás atribuciones que le señale la ley”.

El Artículo 305 establece que el protutor tiene la obligación de vigilar y supervisar los actos del tutor. Cuando la figura del tutor que de vacante el protutor es el que viene a ejercer todas las funciones; el protutor no está obligado a presentar inventario sino sólo a exigir que se haga o intervenir en él; el protutor tiene responsabilidad solidaria con los bienes del menor o incapaz tutelado.

La ley determina en el Artículo 304 que: “se designará al protutor de la misma forma que la del tutor. Pueden ser protutores los parientes del pupilo u otras personas, siempre que reúnan las condiciones de notoria honradez y arraigo.”





CAPÍTULO II

2. Clasificación legal y doctrinaria de la institución de la tutela

Se presenta una clasificación de la figura de la tutela para identificar plenamente la tutela especial y sus rasgos característicos.

2.1. La tutela en la legislación guatemalteca

La legislación guatemalteca establece en el Artículo 296 del Código Civil las clases de tutelas así:

-Tutela testamentaria

-Tutela legítima

-Tutela judicial

Siendo estos tres tipos de tutela propios del derecho romano, que se mantuvieron en sus principios fundamentales hasta tiempos del derecho moderno; pero la legislación guatemalteca va más allá, y establece tres tipos adicionales de tutelas que son:

-Tutela especial



-Tutela específica

-Tutela legal

La tutela específica es aquélla que se da cuando existe un conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela; en estos casos el juez les nombrará tutores específicos a cada uno de ellos.

La tutela legal es aquélla que se dispone para 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.

Por último, la tutela especial es aquélla que surge cuando existe un conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres; en este caso el juez nombrará un tutor especial.

Debe entenderse que estas últimas tutelas son en verdad de naturaleza excepcional y que el legislador puso énfasis en las grandes categorías consagradas históricamente; al regularlas en el Artículo 296 del Código Civil.

2.2. Clases de tutela

Se encontrará en cada apartado a continuación el desarrollo de cada clase de tutela.

2.2.1. Tutela testamentaria

Es aquella que se confiere en testamento por las personas autorizadas por la ley. En la época romana, era atributo de la potestad del "páter" designar tutor a su hijo. El nombramiento del tutor o tutores, porque pueden ser varios; se hacía en el testamento en forma imperativa, después de la institución de heredero, como lo es actualmente.

No se podía nombrar como tutor en el derecho romano, al que por derecho podía instituirse como heredero, ni a peregrinos; "dediticios"; o latinos "junianos"; estos no se podían designar como tutores, tampoco a un esclavo que estaba en el régimen de manumisión para obtener su libertad o en el acto mismo del testamento.⁶

Definición legal

El Código Civil guatemalteco establece de la siguiente manera la tutela testamentaria en el Artículo 297: "La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el

⁶ http://prezi.com/xyuxfifc5pl_/patriapotestad-en-roma-y-la-tutela/ (Guatemala, 15 de julio de 2013).

padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario o su hijo adoptivo.”

En cuanto el Artículo 298 establece que: “Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.”

La tutela testamentaria es de cierta manera el derecho que la ley le confiere al ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad; de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

Esta tutela la debe desempeñar la persona designada por el último ascendiente del incapaz; designación que debe constar en el testamento, sin embargo, si quien está ejerciendo la patria potestad muere, aun cuando haya ascendientes de grado ulterior, si ha designado tutor en el testamento, éste se hará cargo del menor; es decir, el nombramiento de tutor testamentario excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

De igual manera, quien deja en su testamento bienes a un menor, que no esté bajo la patria potestad, puede nombrarle tutor para la administración de esos bienes; cuya misión consiste únicamente en administrar los bienes que se dejaron por herencia o legado a un incapaz.



También están facultados para nombrar tutor testamentario: el padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción si la madre ha fallecido o no puede ejercerla legalmente; la madre del interdicto en igual caso, es decir, si el padre ha fallecido o no puede ejercerla legalmente; y el adoptante que ejerza la patria potestad de su hijo adoptivo.

Esta especie de tutela existe sólo para los menores de edad, salvo el caso del padre o de la madre que ejerzan la tutela legítima de su hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, pueden nombrarle tutor testamentario.

Sujetos pasivos de la tutela testamentaria

Solamente se puede nombrar tutor testamentario sobre los hijos o los nietos sujetos a la patria potestad, o sobre los hijos mayores incapacitados. No se menciona a los demás incapaces a los que alguien les deja bienes por legado o por herencia; porque ellos no son sujetos pasivos de la tutela, la tutela no se ejercerá sobre su persona, sino únicamente para la administración de tales bienes.

Los autores Juan Montero y Mauro Chacón respecto al tema indican que: “Si fueren varios los menores podrá nombrárseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos. En el caso de que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, pero si

el testador ha establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela deberá de observarse dicha indicación.

Si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

El testador puede imponer todo tipo de normas, limitaciones y condiciones para el desempeño de la tutela que crea convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes. Estas reglas impuestas por el testador pueden ser dispensadas o modificadas si, a juicio del juez y oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores.”⁷

Objeto de la tutela testamentaria

Consiste en excluir de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados. No es simplemente eliminar a otras personas del cuidado de los menores, sino nombrar a quien consideren más apto para esa función.

Si el nombramiento de tutor testamentario se debió a que los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela.

⁷ Montero Aroca, Juan y Mauro Roderico Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Tomo I. Pág. 76.

2.2.2. Tutela legítima

Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad; en estos casos la tutela queda a cargo de las personas que para el efecto establezca la ley directamente.

“En la tutela legítima, es la ley la que determina quién es el tutor por aplicación del principio ubi emolumentum successionis ibi tutelae onus: La carga de la tutela debe caer donde esté el provecho de la sucesión.

Por ello es llamado el agnado más próximo en grado, si hay varios del mismo grado, todos son tutores, ya que lo que más interesa es la buena gestión de los bienes. A falta de agnados, concurren los gentiles. Respecto al libertino impúber, la tutela corresponde al autor de la manumisión. Respecto al hijo impúber emancipado, la tutela corresponde al tutor de la emancipación o a sus descendientes.”⁸

Definición legal

El Código Civil guatemalteco, define de la siguiente manera la tutela legítima en el Artículo 299 que regula: “La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1o. Al abuelo paterno;

⁸ <http://www.monografias.com/tutela>. (Guatemala, 17 de julio de 2013).

2o. Al abuelo materno;

3o. A la abuela paterna;

4o. A la abuela materna; y

5o. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. 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.”

Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos a quien le parezca más apto para el cargo; pero si el menor ya ha cumplido dieciséis años, él mismo podrá hacer la elección, así lo establece el Código Civil en el Artículo 303: “A los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento; y si carecieren de tutor testamentario tendrán derecho a proponer candidato entre sus parientes llamados a la tutela legítima, o a falta de estos, a persona de reconocida honorabilidad para que ejerza la tutela judicial.”

Por otro lado, el Código Civil regula 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.”

Entonces según el Artículo 301 tratándose de la tutela de dementes, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas tóxicas, o de todas aquellas personas que pueden ser declaradas judicialmente en estado de interdicción; se entenderá que la tutela legítima se ejercerá de la manera siguiente: El esposo es tutor legítimo y forzoso de su esposa, y ésta lo es de su esposo; los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos. Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que según su juicio le parezca más apto.

Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela. Si viven juntos, ambos ejercerán la tutela, si viven separados, de común acuerdo decidirán quién de ellos cuidará al incapacitado, y quién administrará sus bienes, pero siempre consultará al otro y



requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. A falta o por imposibilidad de uno de los padres, el otro continuará en el desempeño de la tutela.

A falta de tutor testamentario y de persona que, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil, deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente según el Artículo 299: los abuelos paternos y maternos, los hermanos del incapacitado y los colaterales dentro del cuarto grado inclusive; y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor manifestare empatía con un familiar el juez hará la elección a su juicio.

El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

Tutela legítima de los menores abandonados

Cuando los menores abandonados por sus parientes han sido acogidos por alguna persona, ésta será considerada tutor legítimo del menor; quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Deberá contar además con nombramiento judicial.

En caso de que los menores hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, el director del mismo desempeñará la tutela de estos, con arreglo a las

leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento en cuestión; en este caso, no es necesario el discernimiento del cargo.

2.2.3. Tutela judicial

La tutela judicial, también llamada dativa o diferida, es aquella que surge a falta de tutela testamentaria y de tutela legítima; y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales.

“En el Derecho Romano, a falta de tutor testamentario o legítimo, la designación recaía en un magistrado, siendo estos los siguientes:

- i. “Lex Atilia”. Faculta en Roma al "Praetor Urbano" y a los tribunos de la plebe.
- ii. Leyes Julia y Titia: Concede la misma facultad al Presidente en las provincias, a fines de la República.
- iii. Bajo Claudio: La facultad pasó a los Cónsules.
- iv. Bajo Marco Aurelio: Se creó un magistrado especial, el "Praetor Tutelaris".
- v. Bajo Justiniano: Los magistrados municipales para los pupilos pobres y los magistrados superiores para los pupilos ricos.”⁹

⁹ <http://www.derechoromano.es/2011/12/las-tutelas.html>. (Guatemala, 17 de julio de 2013).

Es decir, esta especie de tutela tiene lugar: Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.

Definición legal

El Código Civil guatemalteco, define de la siguiente manera la tutela judicial en el Artículo 300 regula que: “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.”(Sic).

Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el Artículo 299 del Código Civil; el tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor o si éste no ha cumplido dieciséis años aún, el nombramiento de tutor lo hará el juez siguiendo los lineamientos de la tutela testamentaria, oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.

También tiene lugar la tutela dativa establecida en el Artículo 300 para los asuntos judiciales del menor de edad emancipado y para los menores de edad que no están sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, cuando carecen de bienes, teniendo en este caso por objeto que el menor reciba debida educación. Este tutor debe ser nombrado de oficio por el juez.

Los jueces nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente; sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas mencionadas en la ley.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, procede en la tutela judicial al igual que las otras tutelas, el nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Esta clase de tutela es entonces, eminentemente supletoria: radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.

2.2.4. Tutela de administración

En la doctrina se encuentra la tutela de administración, que es aquella en la cual una persona sin ejercer la patria potestad e independientemente de quien la ejerza, por algún acto, donación o cualquier otro de liberalidad, dé bienes a un incapaz o constituya

a su favor, el usufructo de los mismos; quien podrá designar y encomendar su administración a un tutor. Dicha tutela de administración se podrá encomendar a una persona física o a una persona moral. El tutor representará al incapacitado en juicio o fuera de él, respecto de los bienes que administre.

El acto de autonomía de la voluntad y la designación de tutor se harán en forma simultánea y deberá de otorgarse en escritura pública o en la disposición testamentaria que consagre el nombramiento. El tutor de administración siempre tendrá la obligación de garantizar su manejo, excepto si quien lo designó tutor lo libera de dicha obligación; dicho cargo podrá ser revocado libremente por quien lo otorgue, designando otro tutor, durante la minoría de edad o subsista la incapacidad de la persona sujeta a tutela.

El tutor debe entregar los bienes al menor cuando éste llegue a su mayoría de edad o cuando cese la incapacidad.

2.3. Fundamento legal de la tutela y sus clases

El Código Civil, establece en el capítulo nueve la institución de la tutela, y partir del Artículo 293 inicia con los casos en que procede la misma; estableciendo que 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 sea mayor de edad el declarado en estado de interdicción que no tuviere padres para ejercer la patria potestad.

El Código Civil en su Artículo 293 estipula que “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”.

El Artículo 294 regula que: “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.” Establece además en el Artículo 295: “La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.”

2.4. La figura de la tutela en el ámbito del derecho comparado

Definiciones en derecho comparado se encuentran en cuanto al concepto de la tutela, con ligeras variantes; pero tanto la opinión doctrinal como la legislativa es unánime en entenderla como protección, representación y asistencia del sometido a ella; la diversidad surge cuando se trata de determinar su modo de organización.

2.4.1. Derecho español

“En España se pierde el sistema romano, con su dualidad de tutela y curatela; que es sustituido en los Fueros, concretamente en aquellos de influencia germánica, por una sola institución de guarda que ejercen los próximos parientes bien colectivamente o delegando en uno de ellos.

Son características que van a distinguir el derecho nacional de España, a través de los Fueros Municipales, Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real. Con la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, se produce la recepción de las doctrinas jurídicas de la escuela boloñesa; y, en materia de tutela, se retorna al sistema romano, que ha sido, junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 primero, y más tarde con la de 1881, el sistema vigente hasta la promulgación del Código Civil. Son principios básicos de la institución tutelar en la Ley de Partidas los siguientes: tutela unipersonal, excepcionalmente con pluralidad de tutores; distinción de tutela y curatela; e intervención de la autoridad judicial.

El Código Civil español se adscribe al sistema de tutela de familia, siguiendo a su modelo el Código napoleónico, y adopta sus figuras del protutor y consejo de familia, unifica la antigua distinción de tutela y curatela en una sola institución de guarda, reduce las funciones de la autoridad judicial, que pasan al consejo de familia, el cual viene a ser la pieza central del engranaje tutelar.



Dedica el Código Civil español a la materia de tutela los títulos IX y X del Libro I (art. 199 a 313). Los cuales se dividen de la siguiente manera:

1. De la tutela testamentaria;
2. De la tutela legítima; dividido a su vez en cuatro secciones: de la tutela de los menores; de la tutela de los locos y sordomudos; de la tutela de los pródigos; de la tutela de los que sufren interdicción;
3. De la tutela dativa;
4. Del protutor;
5. De las personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción;
6. De las excusas de la tutela y protutela;
7. Del afianzamiento de la tutela;
8. Del ejercicio de la tutela;
9. De las cuentas de la tutela; y

10. Del registro de tutelas. El título diez del Código Civil español se encuentra dividido en dos secciones: De la formación del consejo de familia. Y de la manera de proceder el consejo de familia.

De este modo el organismo tutelar se estructura con los siguientes elementos: tutor, protutor, consejo de familia y una cierta intervención de la autoridad judicial. El primero y el último ya existentes en el antiguo derecho, y los otros dos de nueva creación. El legislador español, al adoptar este sistema, quiso hacerle pasar por restablecimiento del derecho tradicional. Tradición que nunca existió. Aunque tampoco es, como algunos pretenden, una copia del Código Civil francés, sino adopción de un sistema acoplándose a sus necesidades”.¹⁰

La figura que se distingue en el derecho español es el consejo de familia; el cual es una asamblea de carácter familiar que delibera, acuerda e inspecciona el funcionamiento de la tutela, sustituyendo en ciertos casos al tutor; y en otros casos marca pautas de autorización al tutor para realizar actos importantes; siendo éste similar a la autorización judicial que la legislación guatemalteca contempla, para que el tutor realice determinados actos en beneficio del pupilo.

En el caso de la constitución de la tutela, así como de la inhabilitación, excusas y causas de remoción, son funciones según la legislación guatemalteca, propias de un juzgado, ya que es el único que puede inhabilitar, excusar y retirar al tutor; así lo establece el Artículo 319 del Código Civil: “El tutor y el protutor no entrarán a ejercer

¹⁰ www.canalsocial.net › Enciclopedia GER/derecho-civil-de-España. (Guatemala, 18 de julio de 2013).



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.”

Así también el Artículo 315 del Código Civil establece que solamente por declaración judicial se puede separar de su cargo al tutor o al protutor; regulando lo siguiente: “Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades que se mencionan en el artículo anterior, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por el Ministerio Público o algún pariente del pupilo.”

En el tema de clases de tutelas son similares ambas legislaciones; cambiando únicamente la denominación y en el apartado de la tutela legítima el Código Civil español si hace un desglose de personas y casos a quien es referida esta clase de figura; dividiendo el apartado en cuatro secciones, mientras la legislación guatemalteca escuetamente va definiendo los parámetros para aplicarla dependiendo del caso en concreto.



2.4.2. Derecho mexicano

Con respecto de los menores de edad, la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad; pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes o que, teniéndolos no pueden cumplir con la patria potestad.

El Código Civil de Nuevo León establece que el objeto de la tutela es: "La guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley". Regulado en su Artículo 449.

Además el citado artículo de manera expresa establece que en la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados declarados judicialmente. El objeto de la tutela es, de conformidad con los párrafos primero y segundo del Artículo 449 del Código Civil mexicano, la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural; la cual debe ser declarada judicialmente y la incapacidad legal.

La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz, en los casos especiales que regula la ley. "Es la tutela una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos

incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados”.¹¹

La razón fundamental de la tutela es un deber de cuidar, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano mientras no se ha alcanzado un nivel de madurez o se es civilmente capaz para contraer derechos y obligaciones. El fin fundamental de la tutela, es la protección del incapaz.

Es una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose de ésta fundamentalmente, como lo apuntó el autor Clemente de Diego en: “que la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente sobre la base del derecho positivo”.¹²

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede asirse sino por una causa legítima; tal como lo regula el Artículo 452 del Código Civil mexicano. Para excluir del cargo de tutor, la ley clasifica las causas que dan lugar: a la inhabilidad, a la separación y a la excusa en el desempeño de la tutela.

Son personas inhábiles para la tutela, aquéllas que la ley considera no deben ejercer el cargo aunque estén anuentes en recibirlo.

¹¹ <http://es.scribd.com/doc/28720158/la-tutela>. (Guatemala, 20 de julio de 2013).

¹² <http://www.buenastareas.com/ensayos/tutela>. (Guatemala, 20 de julio de 2013).

En razón de los fines y naturaleza de la institución tutelar, que es la defensa y cuidado de los intereses de los incapaces, la ley veda su ejercicio a las personas que por diversas razones no deben ejercerlos, como son las que enumera en los Artículos 503, 505 y 506 del Código Civil mexicano. Esas personas serán separadas de la tutela cuando sobrevenga o se averigüe su incapacidad; después de haber aceptado el cargo también serán separados los tutores que no cumplan o no puedan cumplir con sus obligaciones.

Las personas designadas, pueden excusarse de ser tutores cuando tengan alguna o algunas de las calidades o causas a que se refiere el Artículo 511 del Código Civil mexicano, pero si su excusa fuere desechada o sin excusa no desempeñen la tutela, pierden el derecho que tengan para heredar al incapacitado que muera intestado y son responsables de los daños y perjuicios que le sobrevengan por su renuncia. Igual sanción se aplica a la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido debidamente citado no se presenta al juez, manifestando su parentesco con el incapaz.

La doctrina en materia de tutela, ha emitido definiciones con gran variedad: "Ruggiero y Clemente de Diego la definen como un poder conferido a una persona para cuidar a otra; Planiol afirma que es una función jurídica conferida a una persona capaz para cuidar a un incapaz y administrar sus bienes; Bonneca expresa que es el organismo de representación de los incapaces que interviene tanto en materia de minoridad como en materia de interdicción; Laurent, la define como la carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social.

Enneccerus la denomina como el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza; el tutor, sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación; Mateos Alarcón la considera como el cargo público que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólo la primera.

Es preferible hablar de la tutela como institución jurídica entendiéndola por ella según Renard, el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente incapaces”.¹³

En la legislación mexicana se establece que no existe diferencias con lo preceptado por la guatemalteca, ya que se regulan todas las figuras, clases y elementos de la tutela. El apartado de impedimentos, excusas recusaciones; todo lo relativo a prohibiciones o rendición de cuentas, es similar.

Ciertamente los autores mexicanos mencionados establecen a la tutela como esa institución por medio de la cual una persona representa a otra en sus derechos civiles, cuidando tanto al individuo designado como sus bienes administrados, a causa de que esta persona no está protegida por patria potestad en su caso de menor de edad o fue declarado en estado de interdicción.

¹³ <http://www.buenastareas.com/ensayos/tutela>. (Guatemala, 20 de julio de 2013).

2.4.3. Derecho argentino

El Código Civil argentino, en su sección segunda de los derechos personales en las relaciones de familia, Título VII de la tutela y Capítulo I de la tutela en general, establece lo relativo a la institución de la tutela.

El derecho argentino determina a la tutela como un derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. Los parientes de los menores huérfanos se encuentran obligados a poner en conocimiento de los magistrados argentinos el caso de orfandad, o la vacante de la tutela del menor de edad; en caso contrario, estos quedan privados del derecho a la tutela que la ley les concede.

La legislación argentina establece que la tutela es un cargo puramente personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente. Ya que el tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles.

La tutela en el derecho argentino tiene una institución de la que carece el derecho guatemalteco y es que la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores; mientras que en el derecho guatemalteco, el protutor tendría una función casi similar, ya que éste fiscaliza e inspecciona la tutela ejercida por el tutor.

El derecho guatemalteco y el derecho argentino guardan una similitud en cuanto a cómo se da la tutela y cuáles son las obligaciones y facultades de los padres y de los tutores, que son conferidas por la ley o por el juez.

La tutela dada por los padres o la tutela legítima en la legislación guatemalteca, es cuando el padre y la madre, nombran por testamento tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento; pudiendo establecer cláusulas o condiciones no prohibidas.

El derecho argentino determina que son prohibidas las cláusulas y se tendrán como no escritas, las que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, o de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por el Código Civil argentino, o lo autoricen a entrar en la posesión de los bienes, antes de hacer el inventario; en este sentido la legislación guatemalteca no determina las cláusulas prohibidas, pero sí establece las obligaciones en el Código Civil guatemalteco.

En Argentina la tutela debe servirse por una sola persona y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos; esta situación es similar en el derecho guatemalteco, ya que el Artículo 294 del Código Civil establece que: “la tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no delegables.”



El Código Civil argentino establece la tutela legal cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de ser tutores. La tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor, sin distinción de sexos; como se puede ver no existe un orden establecido de quiénes pueden ejercer la tutela legal del menor, sino que establece globalmente a los familiares.

Para el efecto, el juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuese la más idónea para ejercerla; teniendo en cuenta los intereses del menor.

En la tutela dativa o judicial argentina, los jueces darán la tutela al menor que no la tenga asignada por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal; o cuando existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o hubiesen sido removidos de ella; estos estatutos son similares a los que establece el Código Civil guatemalteco.

Así también la legislación argentina establece que los jueces no podrán proveer la tutela, salvo que se trate de menores sin recursos o de parientes de los mismos jueces; en socios, deudores o acreedores suyos, en sus parientes dentro del cuarto grado, en amigos íntimos suyos o de sus parientes hasta dentro del cuarto grado; en socios, deudores o acreedores, amigos íntimos o parientes dentro del cuarto grado de los miembros de los tribunales nacionales o provinciales, que ejerzan sus funciones en el mismo lugar en que se haga el nombramiento; ni proveerla dando a una misma persona

varias tutelas de menores de diferentes familias, salvo que se trate de filántropos reconocidos públicamente como tales.

Ahora bien, a diferencia del derecho civil guatemalteco, el derecho civil argentino da especial importancia a la tutela especial, estableciendo un título para ésta y no sólo un artículo como lo hace la legislación guatemalteca.

De igual manera, tanto la legislación guatemalteca como la argentina establecen quiénes pueden ser tutores y en qué casos; además estipulan qué personas no son aptas para el cargo de tutor. En el caso de Argentina estos son:

1. “Los menores de edad;
2. Los mudos;
3. Los privados de razón;
4. Los que no tienen domicilio en la República;
5. Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores;
6. El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad;

7. Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión fuera del territorio de la República;
8. El que no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido, o sea notoriamente de mala conducta;
9. El condenado a pena infamante;
10. Los deudores o acreedores del menor por cantidades considerables;
11. Los que tengan, ellos o sus padres, pleito con el menor por su estado, o sus bienes;
12. El que hubiese malversado los bienes de otro menor, o hubiese sido removido de otra tutela;
13. Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía;
14. Los individuos del ejército y de la marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos y cirujanos;
15. Los que hubiesen hecho profesión religiosa.”



Aquí se puede observar una diferencia grande entre los que no pueden ser tutores, ya que lo que se busca es evitar cualquier tipo de vicio en la voluntad de elección del menor para protegerlo; mientras que la legislación guatemalteca limita y prohíbe principalmente a los incapaces en todas sus modalidades.

Una similitud que tiene el ordenamiento jurídico guatemalteco con el derecho comparado, es con los insolventes y fallidos; ya que este tipo de sujetos podrían aprovecharse de la tutela para recuperar patrimonio, y se realizaría por motivos económicos y no de protección, que es el fin de esta institución.

Del discernimiento de la tutela en la legislación argentina

En el Artículo 399 del Código Civil argentino se regula que: “Nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada 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 los tutores.”

También el Artículo 400 norma: “El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, el día de su fallecimiento.”

El Artículo 401 establece que si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, el juez del lugar de la

última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual.

El Artículo 403 regula que: “En cuanto a los expósitos o menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren.”

El Artículo 404 establece que: “El juez a quien compete el discernimiento de la tutela, será el competente para dirigir todo lo que a ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abrace su jurisdicción.”

Aquí se encuentra otra similitud con el derecho guatemalteco, ya que de igual manera, el juez es el único que puede discernir el cargo de tutor; es decir, que para poder ejercitar la tutela, el juez debe de autorizar la misma.

El Artículo 405 regula que: “La mudanza de domicilio o residencia del menor o de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual sólo corresponde la dirección de ella hasta que venga a cesar por parte del pupilo.”

Por último, el Artículo 407 regula que: “Los actos practicados por el tutor a quien aún no se hubiere discernido la tutela, no producirán efecto alguno, respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificación de tales actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor.”



Discernida la tutela, los bienes del menor no serán entregados al tutor, sino después que judicialmente hubiesen sido inventariados y valuados, a menos que antes del discernimiento de la tutela se hubiera hecho ya el inventario y tasación de ellos.

De esta manera se puede determinar que el derecho argentino guarda una gran semejanza con el derecho guatemalteco; ya que regula de manera similar la institución de la tutela, sólo que el derecho argentino le da mayor énfasis a la tutela especial, estableciendo cuándo sucede y cómo, mientras que en la legislación guatemalteca, solamente se regula en unas pocas líneas.

2.4.4. Derecho chileno

El autor chileno René Ramos anota que: “A la fecha de entrada en vigor del Código Civil chileno, la distinción entre la institución jurídica de la tutela y la institución jurídica de la curatela estaba ya totalmente diferenciada la una de la otra en cuanto su aplicación.

Sin embargo, el Código mantuvo dicha distinción, ya sea por motivos de que no se contempló omitirla o prevenir cualquier tipo de confusión que se podría crear en torno a éstas. Esta dualidad creaba problemas en la aplicación de estas instituciones, puesto que cuando la persona sometida a tutela llegaba a la pubertad era necesario hacer una nueva designación para nombrarle un curador.

Por ello cuando se estudió la reforma del Código en lo que vino a ser la Ley Número 7612, se revisó la situación, si bien no hubo acuerdo en establecer una sola categoría entre las instituciones de la tutela y la curatela, por lo menos se resolvió el problema principal que creaba la existencia de las dos categorías, al establecerse en el Artículo 436 del Código Civil chileno, lo siguiente “llegado el menor a la pubertad, su tutor entrará a desempeñar la curatela por el solo ministerio de la ley”.

Parece haber consenso en la doctrina y la legislación actual, en orden a que hoy día no se justifica la distinción entre ambas instituciones de la curatela y la tutela, desde que ambas se rigen por los mismos principios”.¹⁴

En la legislación chilena se establece como temática principal, la distinción entre tutela y curatela, a lo cual la legislación guatemalteca no denomina de esta forma la figura, sino maneja el Artículo 301 del Código Civil guatemalteco el cual establece que: “Tutela de los declarados en estado de interdicción. 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

¹⁴ Ramos Pozos, René. **Derecho de familia**. Pág. 47.



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

Tampoco la legislación guatemalteca ha presentado polémica en cuanto la aplicación de las clases de tutela y curatela; como doctrinariamente se conoce.



CAPÍTULO III

3. Análisis comparativo entre la tutela específica y la tutela especial

Se procede a establecer tanto semejanzas como diferencias y sus elementos distintivos de cada institución, para identificar plenamente cuándo se está refiriendo a cada una de ellas.

El Código Civil, establece en su capítulo nueve la institución de la tutela, y partir de su Artículo 293 inicia con los casos en que procede la misma; estableciendo que 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 sea mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción y no tuviere padres para ejercer la patria potestad.

El Código Civil en su Artículo 293 estipula que: “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.”



El Artículo 294 regula que: “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.” Establece además en el Artículo 295: “La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.”

A partir del artículo mencionado, el Código Civil empieza a enumerar las clases de tutela y a estipular sus alcances, efectos, responsabilidades y demás cargas. Encontrándose tanto la tutela específica y como la especial escuetamente reguladas y bajo pocos lineamientos de información. Por lo tanto, se procede a realizar el desglose de dichas figuras.

3.1. Tutela específica

La tutela específica se da exclusivamente en el caso que varios pupilos estén sujetos a una misma tutela, pero con conflicto de intereses entre varios de ellos; aquí el juez nombrará un tutor específico para cada uno de los menores o pupilos que se encuentre en conflicto.

Si al otorgarse la tutela de varios pupilos a un mismo tutor y durante el ejercicio de ésta surge conflicto entre los pupilos; el juez para asegurar y garantizar la realización de los objetivos primordiales de la tutela, nombrará un tutor específico a cada pupilo en conflicto; tomando en cuenta que cada pupilo debe vivir con su tutor específico nombrado.

El Código Civil guatemalteco regula la tutela específica de la siguiente manera en su Artículo 306: “Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos.”

3.2. Tutela especial

Durante el ejercicio de la patria potestad pueden darse conflictos derivados de las relaciones familiares; que pueden ser entre hermanos o entre hijos y padres y para garantizar la seguridad de los hijos al darse este supuesto; el juez nombrará un tutor especial para el o los hijos en conflicto, esto se traduce en una limitación a la patria potestad.

Si surgiere conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor 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 ésta 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.

En el caso de la legislación comparada, el Código Civil de Paraguay, regula la institución de la tutela especial, con la diferencia que ésta es más específica en los



casos en los cuales se debe instituir; mientras que la legislación guatemalteca solamente menciona de manera escueta esta institución.

El Código Civil paraguayo establece sobre la tutela especial en su Artículo 127 que: “El Juez de Menores nombrará tutores especiales a los menores:

- a) Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres bajo cuyo poder se encuentren;
- b) Cuando el padre o la madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos;
- c) Cuando los hijos adquiriesen bienes cuya administración no corresponda a los padres;
- d) Cuando sus intereses estuviesen en oposición con los de otro pupilo que se hallase con ello bajo un tutor común, o con los de un incapaz del que el tutor sea curador;
- e) Cuando los menores adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por otra persona o de no ser administrados por su tutor;
- f) Cuando tuvieren bienes fuera de la jurisdicción del Juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor; y,

- g) Cuando se tratase de negocios o de materias que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta.”

Así también en el Artículo 128 del mismo Código regula que: “El tutor especial sólo puede intervenir en el negocio o gestión para el cual ha sido designado. Su designación no afecta la patria potestad ni altera las funciones del tutor general.”

La legislación civil argentina regula la institución de la tutela especial en el Artículo 397, el cual establece que: “Los jueces darán a los menores, tutores especiales, en los casos siguientes:

- a) Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren;
- b) Cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos;
- c) Cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres;
- d) Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general o especial;

- e) Cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, o con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador;
- f) Cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, o de no ser administrados por su tutor;
- g) Cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor;
- h) Cuando hubiese negocios, o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta.”

Por lo tanto, se puede establecer así la importancia de la tutela especial en otras legislaciones latinoamericanas; mientras que en la legislación guatemalteca, a pesar que regula esta institución, no le presta mayor importancia a la misma.

La tutela especial se establece para un acto o un negocio especialmente determinado. Es así que se designará tutor especial al menor, aun estando bajo patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres o al menor que tiene tutor, cuando sus intereses económicos están opuestos a los del tutor, o a los de otro pupilo de su tutor.



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

El Código Civil de Guatemala regula la tutela especial de la siguiente manera 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.”

Además, la regulación de esta figura se encuentra en el apartado de patria potestad en el Código Civil, por lo que se puede indicar que no se le individualiza y por lo mismo no se le da la debida importancia.

A continuación se realiza un análisis comparativo para determinar rasgos característicos y encontrar la esencia de ambas figuras.

3.3. Diferencias y semejanzas en concreto de la tutela específica y la especial

La tutela específica y la especial guardan semejanzas que a simple vista pueden llegar a confundir en lo fundamental de sus principios; pues como todas las tutelas buscan la protección del menor y de sus bienes, pero a diferencia de las tres tutelas básicas, estas dos tutelas entran a funcionar cuando existe un conflicto entre los menores y, aquí radica el diferencia más importante entre ambas tutelas; el tutor o la persona que tenga la patria potestad.

Por lo anterior, se puede decir que la diferencia más sustancial entre la tutela especial y la específica reside en la persona con la cual el menor tendrá el conflicto de intereses, porque tenga su patria potestad, en el caso de la tutela especial; o porque tenga su tutoría, pero no solamente la de él sino de otros pupilos; situación que creará compromiso entre estos y el tutor, debiendo el juez nombrar tutores específicos para cada uno de ellos; para así salvaguardar los intereses de todos y cada uno de los pupilos.

3.3.1. Semejanzas entre las dos instituciones

- Existe un conflicto de intereses.

- El juez nombra a un tutor.

- Tanto los padres como el tutor son representantes legales.

- Si hay abandono o incumplimiento, el tutor es responsable penalmente.

- El objetivo es cuidar y proteger a la persona y el patrimonio de un tercero.

- El sujeto a la patria potestad y a la tutela está obligado a vivir con el que la ejerce.

- Para la tutela específica no corre el término de prescripción mientras dure la tutela; para la tutela especial no corre durante la patria potestad.
- Debe seguirse el procedimiento de nombramiento.

3.3.2. Diferencias entre las dos instituciones

Tutela específica

- En la tutela específica se trata de pupilos sujetos a una misma tutela.
- En la tutela específica el tutor desempeña un cargo.
- En la tutela específica el tutor debe rendir cuentas a un administrador
- En la tutela específica existe una remuneración para el tutor.

Tutela especial

- En la tutela especial se trata de hijos sujetos a una misma patria potestad.
- En la tutela especial existe un vínculo familiar.
- En la tutela especial no se debe de rendir cuentas.
- En la tutela especial no existe una remuneración para el tutor.

Ahora bien al observar las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones, se determina que la diferencia más importante y fundamental entre ambas radica en la patria potestad.

Cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, los padres no están obligados a rendir cuentas, el tutor si tiene que rendir cuentas de la tutela. Tal como lo establece el Artículo 343 del Código Civil: “El tutor deberá rendir cuentas anualmente y al concluirse la tutela o cesar en su cargo.”

La rendición anual se hará ante el juez, interviniendo además el protutor y la Procuraduría General de la Nación. Para la rendición de cuentas final, ésta se hará por el tutor o sus herederos, al expupilo o a quien lo represente; dentro de sesenta días contados desde que terminó el ejercicio de la figura de la tutela.

También se establece en el Artículo 347 del Código Civil que: “Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de gastos en que no se acostumbre recoger recibo.”

Además se establece la entrega de bienes, por lo que el tutor está obligado a entregar al que fue su pupilo, tanto documentos como todos los bienes que le pertenezcan. Si de la entrega de cuentas y bienes resultare un saldo a favor, éste producirá intereses respecto al tutor. Cualquier acción u obligación de ambas partes (tutor y expupilo) se extingue a los cinco años de concluida ésta.

Como contraprestación de la rendición de cuentas y entrega de bienes además del cuidado del pupilo; el tutor tiene el derecho de obtener una retribución por el ejercicio de su cargo; la cual se pagará anualmente y no será menor del cinco ni mayor del quince por ciento de las rentas de los bienes del pupilo.



Lo anterior está regulado en el Artículo 340 del Código Civil: “Retribución de la tutela. 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.”



CAPÍTULO IV

4. Aplicación de la tutela especial en casos específicos en el municipio de Santiago Sacatepéquez, departamento de Sacatepéquez

En este capítulo se analizará información concerniente al municipio de Santiago Sacatepéquez del departamento de Sacatepéquez; así como la inoperancia de la figura de la tutela especial en el mismo.

4.1. Antecedentes históricos del municipio de Santiago Sacatepéquez

Santiago Sacatepéquez (Santiago: en honor a Santiago Apóstol) es un municipio del departamento de Sacatepéquez de la región suroccidente de la República de Guatemala.

“La historia de Santiago Sacatepéquez, se remonta a la época precolombina, mucho antes de la venida de los españoles; cuentan los habitantes ancianos en tradición oral, que antiguamente se ubicaba el poblado en el lugar conocido como “Las Tres Cruces”, donde actualmente se encuentra la bifurcación entre los caminos que conducen a San Pedro Sacatepéquez municipio del departamento de Guatemala, a la aldea San José Pacul perteneciente al municipio de Santiago Sacatepéquez y al poblado Santiago Sacatepéquez propiamente dicho, distando tres kilómetros de la ubicación actual del poblado.

Debido al frío intenso decidieron buscar otro lugar cuyo clima fuera templado. Cuentan que varios indígenas encontraron el lugar indicado cierto día que salieron a buscar bejucos, y al caminar sintieron que el clima cambiaba, por lo que esparcieron la noticia y en masa, la población se trasladó al lugar encontrado; donde el municipio se localiza actualmente.

El pueblo de Santiago Sacatepéquez era desde la época colonial sumamente importante, se conoce que fue fundado por los españoles con el nombre que actualmente tiene, aproximadamente entre los años 1540 a 1550. Varios cronistas escriben sobre la importancia del poblado en distintos aspectos.

Cuando Tomas Gage; misionero, vino a Guatemala, entre los años 1625 a 1637, visitó el pueblo de Santiago Sacatepéquez, escribiendo en su informe: “Hay cuatro pueblos considerables; el primero se llama Santiago, donde hay quinientas familias; el segundo San Pedro que tiene seiscientas; el tercero San Juan, que tiene otras tantas; y el cuarto Santo Domingo de Sinacao, donde puede haber cerca de 300 familias. Estos cuatro poblados son muy ricos; el clima es muy frío en los dos primeros, pero en los otros dos es más caliente. En sus alrededores hay muchas haciendas, donde se cosecha mucho trigo y maíz. Aquellos indios tienen más valor que los de otros pueblos, y en mi tiempo estuvieron cerca de sublevarse contra los españoles porque los trataban mal. Los españoles aquí son extremadamente ricos”.¹⁵

¹⁵ <http://santiagosacatepequez.blogspot.com> (Guatemala, 10 de agosto de 2013).

Francisco Antonio de Fuentes y Guzmán escribe con respecto al poblado de Santiago Sacatepéquez lo siguiente: "El curato de Santiago Sacatepéquez es uno de los más antiguos y de los primeros que se confirieron por el reverendo obispo don Francisco Marroquín a el celo vigilante de la religión de Santo Domingo, por el año 1543, antes que por el Santo Concilio de Trento se prohibiese a los religiosos semejantes administraciones y curatos, y el de los que tienen aprecio y estimación en la común aceptación, porque así por su cercanía a Guatemala, que es de cuatro leguas, aunque de penoso y doblado camino, como por su temperamento, aguas y abundancia de bastimentos debe ser apreciable, y en él después de habilitados los religiosos para semejante administración por la bula de San Pío Quinto, han continuado con las doctrinas esta sagrada religión y en esta de Santiago Sacatepéquez se ha conferido siempre a uno de los sujetos graduados en la línea de la predicatura general.

Los indios de este pueblo todos son dados a la cultura de los campos, de donde les procede largo recibo por las cosechas de trigo, maíz, frijoles y chile, produciéndoles y colmándoles no menos utilidad la ocupación en las labores de pan llevar, posesión de españoles, de que en el valle los indios que dan asistencias a ellas perciben por su trabajo a el año ciento y cuarenta y siete mil quinientos y cincuenta y dos pesos, de que consiguen la paga y satisfacción de sus tributos, servicio del tostón y manutención de cofradías, guachibales y otras de su cargo y obligación.

El temperamento de todo este curato es frío y destemplado, estando expuesto y descubierto a continuas brisas del rumbo de nordeste, situación del círculo de su posición. Es el lugar de Santiago que como cabecera del curato describimos primero de

su pueblo, que aunque el padrón del Corregidor del Valle parece componerse de quinientos vecinos de la nación cakchiquel, me aseguran algunos religiosos ser su padrón eclesiástico de más de seiscientos feligreses.

El arzobispo don Pedro Cortés y Larraz realizó una visita parroquial a la diócesis del reino de Guatemala entre los años 1768 y 1770, elaborando un informe de los aspectos que observó durante dicha visita, dibujando de igual forma un mapa de la Diócesis de Guatemala. Con respecto al pueblo de Santiago Sacatepéquez, el arzobispo Cortés señalaba: Desde el pueblo de Alotenango al de Santiago Sacatepéquez hay seis leguas, rumbo como de sur a norte; el camino es bueno, a reserva de como una legua de subida bastante violenta y de mal camino. Como a legua y media que se salió de Alotenango se pasa por el pueblo de Ciudad Vieja; desde éste a una legua larga, o legua y media se da en Guatemala y se cruza por dentro de algunos barrios, que están a uno de los extremos de la ciudad; luego que se sale de ésta se da con la cuesta sobredicha; luego en un sitio llamado Las Ventillas.

El pueblo de Santiago Sacatepéquez, está situado en llanura, sin dejar de tener algunas barrancas, como las tienen en toda la diócesis, aun los pueblos puestos en las mayores llanuras y a sus alrededores hay también varios cerros. Es la cabecera de curato con cinco pueblos anexos. El idioma que se habla en esta parroquia es el cakchiquel; los frutos que produce su terreno son maíces y frijoles en abundancia".¹⁶ (Sic).

¹⁶ Ibid.

Debido a la riqueza de la tierra de Santiago Sacatepéquez, los cronistas coloniales coincidieron al describir el poblado como una región rica y altamente productiva, características que conserva hasta el día de hoy.

4.1.1. Situación actual: datos demográficos y estadísticos de la composición actual del municipio Santiago Sacatepéquez

Según el XI Censo de Población y VI Censo de Habitación de Guatemala levantado por el Instituto Nacional de Estadística, Santiago Sacatepéquez posee una población de veintidós mil treinta y ocho (22,038) habitantes. En el año 2010, la población de Santiago fue estimada en veintiocho mil ciento sesenta y siete (28,167) habitantes.¹⁷

4.1.2. Crecimiento poblacional

El municipio tiene una tasa poblacional de 3.1 %, situándose al municipio como territorio de crecimiento medio; según datos e información del Instituto Nacional de Estadística.¹⁸

4.1.3. Población por grupos de edad

“La pirámide poblacional muestra un incremento quinquenal de la población joven. En el año 2010, la población proyectada estimó que los habitantes jóvenes representaban el 45.34 %. Para la población en edad económicamente productiva, las estimaciones

¹⁷ <http://sistemas.segeplan.gob.gt/SantiagoSacatepéquez>. (Guatemala, 11 de agosto de 2013).

¹⁸ *Ibid.*

indicaban que, 11,264 habitantes representaban el 51.11 % lo que sugiere que el municipio de Santiago Sacatepéquez cuenta con una población en edad apta para el mercado laboral, datos que se extraen del Instituto Nacional de Estadística.

4.1.4. Concentración y densidad poblacional

La densidad poblacional actual del municipio es de 1,469 hab/km² constituyéndose en un municipio altamente poblado y con un mayor número de habitantes por kilómetro cuadrado que el registro departamental y nacional que son estimados en 533 hab/km² y 103 hab/km² respectivamente. Para el 2020, se estima que la densidad poblacional aumentará a 2,301 hab/km², según el Instituto Nacional de Estadística.

4.1.5. Población según grupo étnico

El 85% de pobladores son de la etnia cakchiquel y el 15% ladino. En el municipio predomina la población con residencia urbana, que representa el 63.55 por ciento, datos obtenidos por el Instituto Nacional de Estadística.

4.1.6. Condiciones de vida

Santiago Sacatepéquez se sitúa en un Índice de Desarrollo Humano de 0.704, indicador que sitúa al municipio en un desarrollo medio alto y que ha sido medido a partir de la esperanza de vida al nacer, la tasa de alfabetización de la población y el nivel de vida

digno medido según su producto interno bruto (PIB) y a valores de paridad de poder adquisitivo (PPA).

4.1.7. Flujos migratorios

En el municipio de Santiago Sacatepéquez, la oferta de trabajo dentro del territorio es alta, especialmente la mano de obra calificada que es empleada en maquilas. La mano de obra no calificada migra hacia los campos de producción intensiva de hortalizas. Las migraciones educativas presentan movilidades hacia el municipio de San Lucas Sacatepéquez y La Antigua Guatemala.”¹⁹

4.2. Problemática sobre la aplicación de la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez

Como ya se ha determinado, la tutela especial es una institución que se implementa y funciona en los casos de conflictos entre los menores de edad sujetos a la patria potestad, contra las personas que ejercen la misma.

En este punto se encuentra una disyuntiva, la que sería: ¿Quién realizaría la solicitud para declarar la tutela especial? El ordenamiento jurídico guatemalteco es muy escueto en relación al trámite que debe realizarse para solicitar la tutela especial de un menor

¹⁹ <http://www.desarrollohumano.org.gt/fasciculos/pdfs/d3.pdf>. Población Santiago Sac. (Guatemala, 14 de agosto de 2013).

de edad; ya que si el menor tiene conflicto con los que ejercen la patria potestad, los cuales son sus representantes legales, entonces quién actuaría a favor de ellos.

Es improbable que sea la Procuraduría General de la Nación, ya que a pesar que la misma puede actuar de oficio, no es posible que lleguen a su conocimiento conflictos que se suscitan en el seno familiar; por lo tanto, al carecer de información que les permita actuar, no realizarían ninguna acción.

Pero entonces, ¿Quién es el sujeto encargado de iniciar el procedimiento de la tutela especial ante los juzgados? ya que esta tutela, al igual que las demás, con excepción de la tutela legal, el juez es el que debe de nombrarla y discernir el cargo; de esta manera lo regula el Código Civil en el Artículo 268, el cual determina que 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.

Siendo este artículo el único del Código Civil guatemalteco que regula esta tutela, de tal manera que se podría llegar a la conclusión de que se debería integrar supletoriamente esta tutela con las disposiciones generales de las mismas, que supondría lo óptimo; de no ser porque las disposiciones generales van encaminadas a las tres tutelas principales, en las cuales ya no existe una relación de patria potestad con los menores y se les debe nombrar un representante legal.

Por lo tanto, no existe una aplicación real de la tutela especial en la República de Guatemala; existiendo solamente una figura que adopta las principales características de esta tutela, la que se encuentra en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; pero es un trámite de protección cautelar, el cual se encuentra regulado en el Artículo 11: “Medidas. Los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas:...

g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.

h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso...”

De esta manera, la protección cautelar cumple con el requisito de separar a los menores del lugar donde tengan conflicto con las personas que ejercen la patria potestad; ahora bien, solamente separan, pero no le otorgan al menor un representante legal; es decir, no crean una tutela especial, sino que solamente protegen al menor de la violencia que pueda estar sufriendo.

Esta figura de protección cautelar del menor tiene mucha aplicación, ya que puede hacerse efectiva con la denuncia de un particular; mientras que con la tutela se debe iniciar un procedimiento para poder declarar la misma.

Se puede determinar por lo tanto, que a pesar que ambas figuras, la tutela especial y la medida cautelar, tienen como finalidad esencial la de proteger al menor de edad; la segunda deja vulnerado al menor en su derecho de representación, ya que no le otorga un medio de representarse adecuadamente en el ámbito jurídico.

Así también estas dos figuras difieren respecto a los órganos competentes para realizar las declaraciones de ambos actos; en el caso de la tutela especial es un trámite de jurisdicción voluntaria judicial, siendo un juzgado de primera instancia el órgano competente para conocer el mismo; mientras que el trámite de la medida cautelar de protección al menor se realiza en un juzgado de paz.

Esta situación está determinada en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en el Artículo 103; que regula: "Atribuciones de los Juzgados de Paz. Son atribuciones de los Juzgados de Paz, en materia de derechos de la niñez y adolescencia:

- a) Conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que sean necesarias para el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia, pudiendo dictar las medidas establecidas en las literales e), g), h), e i) del artículo 112 y la contemplada en el artículo 115.
- b) Supervisar la ejecución de las medidas cautelares y definitivas que el Juez de la Niñez y Adolescencia dicte y así le sea solicitado.

- c) Una vez decretada la medida cautelar, el expediente deberá ser remitido, a la primera hora hábil del día siguiente, al Juzgado de la Niñez y Adolescencia competente.”

4.3. Seguimiento a casos concretos encontrados

Después de realizar investigaciones y recopilar información, se llegó a la conclusión que la tutela especial carece de antecedentes de aplicación en el territorio guatemalteco; ya que no hay sentencias ni procesos abiertos en ningún juzgado.

Lo anterior demuestra que el desuso de esta institución del derecho civil se debe a que la ley no le da la importancia debida; siendo necesario que el ordenamiento jurídico guatemalteco norme a las instituciones encargadas de velar por la protección del menor en los conflictos de la patria potestad; para así iniciar un proceso de tutela especial.

Los vacíos legales de esta institución en el ordenamiento legal guatemalteco hacen que ésta recaiga en la inoperancia; ya que no se puede tener un respaldo legal para la aplicación de la misma a un caso concreto; de esta manera, el ciudadano guatemalteco se inclina por la obtención de medidas cautelares para proteger a los menores, o incurre en tutelas de hecho, siendo esta medida más dañina; ya que no tiene la protección ni el reconocimiento legal para su existencia.

Por tanto, esta figura jurídica necesita ser analizada para poder reformarla y así ampliar el ámbito de aplicación; determinando quienes pueden ser los competentes para dar inicio a la misma, para la debida protección patrimonial y personal de los menores de edad.

Inoperancia de la figura de tutela especial

Si surgiere conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial. De esta manera el Código Civil, regula únicamente la institución de la tutela especial, careciendo de más normas que puedan ayudar a comprender mejor la misma, la forma de operar y las personas que deberían participar en la tutela especial.

La ley determina que la tutela especial entrará en acción cuando exista un conflicto entre los padres, los cuales ejercen la patria potestad y los hijos; esta manera tan vaga de describir los sucesos que deben existir para que pueda darse la tutela especial crean confusión; pues ¿cómo determinar qué acciones de los padres pueden crear conflicto con los menores de edad? Para este caso se podría recurrir al derecho comparado y a la doctrina; para determinar las circunstancias en las cuales existe un conflicto entre los que ejercen la patria potestad y los menores de edad.

La doctrina establece que se da un conflicto que puede dar inicio a la tutela especial en los siguientes casos:

- a) Cuando tuvieren bienes fuera de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor; y
- b) Cuando se trate de negocios o de materias que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta.

De igual manera, el derecho comparado da pautas que siguen los ordenamientos jurídicos en relación a la tutela especial; estas condiciones o escenarios se determinan como conflictos entre la patria potestad y los menores:

- a) Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres bajo cuyo poder se encuentren;
- b) Cuando el padre o la madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos;
- c) Cuando los hijos adquiriesen bienes cuya administración no corresponda a los padres;
- d) Cuando sus intereses estuviesen en oposición con los de otro pupilo que se hallase con ello bajo un tutor común, o con los de un incapaz del que el tutor sea curador;

- e) Cuando los menores adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por otra persona o de no ser administrados por su tutor.

De esta forma el derecho comparado da la pauta para que el tutor especial sólo pueda intervenir en el negocio o gestión para el cual ha sido designado. Su designación no afecta la patria potestad ni altera las funciones del tutor general.

Se puede apreciar así que la legislación comparada es más exacta al regular las circunstancias en las que procede esta institución y cual es la finalidad de la misma; hecho que el Código Civil guatemalteco no establece claramente, dándose así una laguna legal.

Se observa de esta manera que no se descuida en lo absoluto las situaciones por las cuales se debe dar la tutela especial; no dando lugar a ambigüedades las cuales abundan en la legislación guatemalteca, no solamente en esta institución, sino en muchas otras.

4.4. La inoperancia de la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez

En Guatemala, en el municipio de Santiago Sacatepéquez, la figura de la tutela especial es inoperante, a raíz de los problemas socioeconómicos en los cuales está sumergida la sociedad guatemalteca y la pobreza que existe a nivel nacional.



El nivel de educación también es una pauta para que las personas del municipio de Santiago Sacatepéquez no acudan a los tribunales de justicia ejerciendo su derecho de acción y pretensión civil. Concretamente los menores de edad ignoran y no hacen efectiva su capacidad civil relativa, acudiendo con un primer escrito ante el juez; para que éste investigue y de oficio promueva el asunto de tutela especial, por lo cual el menor de edad debe ser acompañado por la Procuraduría General de la Nación, como garante de los derechos del menor.

La falta de información y campañas de educación en el municipio sobre la tutela especial, también es un factor de inoperancia, ya que teniendo acceso a charlas, lecturas guiadas por los maestros de la escuela de la localidad o conferencias por abogados y notarios; pueden despertar el interés de los menores que se enmarquen en esta problemática, a poner en movimiento el órgano judicial respectivo y resolver su situación.

La falta de interés de las autoridades de justicia del departamento de Sacatepéquez; en promover la figura de tutela especial se debe a que creen más adecuado el uso de las medidas cautelares que están establecidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Además, la situación económica de los adolescentes de Santiago Sacatepéquez no es la adecuada para que ellos puedan costear un abogado que los acompañe y asesore.



Así se llega a la conclusión que, a pesar de que la tutela especial brinda una protección integral a los intereses de los pupilos, Guatemala no tiene el desarrollo social ni económico para ejercitarla; a esta situación se agrega el hecho de que la legislación no regula las situaciones que dan lugar a ésta, y estos vacíos legales hacen inoperante a la misma.



CONCLUSIONES

1. La falta de información sobre la aplicación de la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez de parte de las autoridades judiciales y de las escolares; hace que los menores de edad en conflictos con sus padres, no conozcan de esta figura ni la apliquen.
2. Los jueces de paz en los municipios por lo regular sólo aplican medidas cautelares para los menores por ser inmediatas; ya que el trámite de la tutela especial no sólo es desconocido sino corresponde a los jueces de primera instancia.
3. La tutela especial es una figura onerosa para el menor de edad, el cual no puede costear el trámite, por no disponer de recursos propios; ya que los bienes que posee están bajo la administración de los que ejercen la patria potestad.
4. En el ejercicio de la tutela especial no está regulado que los niños y niñas que han quedado en orfandad, y que no están sujetos a patria potestad para el cuidado de su persona y de sus bienes; puedan vivir con la familia con quien más se identifican.



5. La tutela especial carece de efectividad en el contexto nacional, debido a la escueta regulación de la misma en la legislación guatemalteca y a la falta de difusión de esta medida de protección para el menor.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe reformar el Código Civil guatemalteco ampliando la tutela especial, regulando los casos de aplicación de la figura; el órgano competente y el trámite.
2. Los jueces deben implementar la tutela especial en el municipio de Santiago Sacatepéquez, para así poder otorgarle al menor de edad un representante legal, en los casos de violencia intrafamiliar; para que los defienda, proteja y sobre todo accione ante los tribunales de justicia para frenar la violencia de que es objeto.
3. Las autoridades del Ministerio de Educación tienen que implementar cursos sobre los derechos y garantías que protegen a los menores de edad; haciéndoles saber la importancia de la tutela especial.
4. Las autoridades judiciales deberán fomentar la denuncia de conflictos en el área de Santiago Sacatepéquez entre sujetos que ejerzan la patria potestad y los menores de edad, a través de charlas guiadas por profesionales del derecho y la colocación de material informativo sobre el trámite de la tutela especial.



5. El Organismo Judicial debería capacitar a todos los jueces civiles a nivel nacional, para la aplicación de la tutela especial en los casos que así lo ameriten; lo que beneficiaría a los menores que necesiten de protección legal y social.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Tomo II. Guatemala: Departamento de Reproducciones. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 1982.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 8va edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Helliasta, S.R.L, 1979.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ra edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1962.
- DE PINA, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Tomo I. 11ª ed. México. Ed. Porrúa, S.A, 1991.
- Editorial Ramón Sopena, S.A. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Provenza, Barcelona: Ed. Ramón Sopena, 1978.
- GARCÍA GOYENA, Florencio. **Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español**. Tomo I. Madrid, España: Ed. Maxtor Ediciones, 1852.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Aspectos Generales de los Procesos de Conocimiento. Guatemala: Impresos Praxis, (s.f.).
- <http://derecho-romano.blogspot.com/2006/08/la-curatela.html> (Guatemala, 11 de julio de 2013).
- <http://es.scribd.com/doc/28720158/la-tutela>. (Guatemala, 20 de julio de 2013).



<http://www.derechoromano.es/2011/12/las-tutelas.html>. (Guatemala, 17 de julio de 2013).

http://prezi.com/xyuxfifc5pl_/patriapotestad-en-roma-y-la-tutela/ (Guatemala, 15 de julio de 2013).

<http://www.desarrollohumano.org.gt/fasciculos/pdfs/d3.pdf>. **Población Santiago Sac.** (Guatemala, 14 de agosto de 2013).

<http://santiagosacatepéquez.blogspot.com/>. (Guatemala, 10 de agosto de 2013).

<http://sistemas.segeplan.gob.gt/SantiagoSacatepéquez>. (Guatemala, 11 de agosto de 2013).

<http://www.monografias.com/tutela>. (Guatemala, 17 de julio de 2013).

<http://www.buenastareas.com/ensayos/tutela>. (Guatemala, 20 de julio de 2013).

MONTERO AROCA, Juan y Mauro Roderico Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Tomo I. Guatemala: Ed. Helvetia, 1999.

OCHOA G. Oscar E. **Derecho civil I personas**. Primera edición. Caracas, Venezuela: Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

RAMOS POZOS, Rene. **Derecho de familia**. Segunda edición actualizada. Colección Manuales Jurídicos. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Vigésima primera ed. Madrid, España: Ed. RAE, 1992.

SAMPER POLO, Francisco. **Instituciones jurídicas de Gayo**. Primera edición. Chile. Editorial jurídica de Chile, 2000.



www.canalsocial.net › Enciclopedia GER/derecho-civil-de-España. (Guatemala, 18 de julio de 2013).

Legislación:

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

Convención Americana de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, 1978.

Convención de los Derechos de la Niñez. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas, 1976.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas, 1976.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-2003, 2003.