

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

**LA INEFICACIA DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA CUANDO EXISTE
PARENTESCO ENTRE TUTOR Y PROTUTOR**

JORGE JAVIER PALACIOS RODAS

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2014

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

LA INEFICACIA DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA CUANDO EXISTE
PARENTESCO ENTRE TUTOR Y PROTUTOR

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

JORGE JAVIER PALACIOS RODAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre 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 I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal:	Lic. Edwin Noél Peláez Cordón
Secretario:	Lic. César Gabriel Siliezar García

Segunda Fase

Presidente:	Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal:	Lic. Hector René Granados Figueroa
Secretario:	Lic. Jeaner Roberto Arenales Meléndez

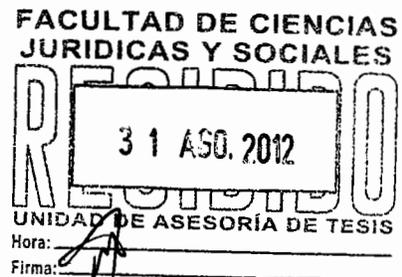
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público).

BUFETE JURIDICO
CASTELLANOS & ASOCIADOS
Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario

3ª. Av. 14-43 Zona 1, Guatemala, C.A. Tels. 2230-4830 - 5708-6848

Guatemala, 31 de agosto de 2012

Doctor
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Doctor Mejía Orellana:

De conformidad con el nombramiento de fecha 18 de marzo de 2012, como asesor del trabajo de tesis del bachiller **JORGE JAVIER PALACIOS RODAS** intitulado: **“LA INEFICACIA DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA CUANDO EXISTE PARENTESCO ENTRE TUTOR Y PROTUTOR”**, procedí asesorar al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes, para lo cual emito opinión tomando en cuenta lo siguiente:

a. El trabajo de investigación realizado, es un aporte científico y técnico que establece un amplio contenido jurídico y doctrinario al derecho civil, siendo objeto de desarrollo y análisis del trabajo de investigación de tesis fundamentado que en el ejercicio de la tutela, el tutor y protutor no sean parientes entre sí.

BUFETE JURIDICO
CASTELLANOS & ASOCIADOS
Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario

3ª. Av. 14-43 Zona 1, Guatemala, C.A. Tels. 2230-4830 - 5708-6848

b. La metodología y técnicas utilizadas en la realización del trabajo de investigación, fueron acordes al desarrollo de cada uno de los capítulos, introducción, conclusiones y recomendaciones, utilizando los métodos analítico y sintético, así como se aplicó los métodos deductivo e inductivo.

c. Se verificó el contenido científico y técnico en el desarrollo del tema, el método y técnicas de investigación fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo mejorar la redacción, permitiendo entender los elementos analizados por el estudiante, los criterios técnico jurídicos que le dan fundamento a cada argumento.

d. La contribución científica del tema es de suma importancia, siendo contenido de actualidad, la problemática estriba en el análisis jurídico de la necesidad de reformar el Código Civil, para que no exista parentesco entre tutor y protutor, garantizando así el efectivo ejercicio de la protutela y los fines para los cuales se ha creado esta figura.

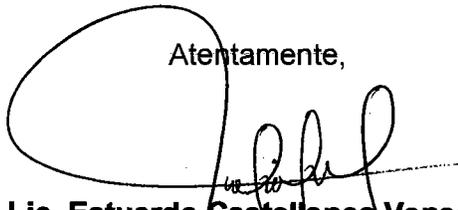
e. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones, se relacionan con el contenido del trabajo de investigación y reflejan el adecuado nivel de síntesis jurídico con el objeto del tema y se concluye con la necesidad de reformar el Código Civil Decreto Ley 106, en relación a la problemática planteada.

BUFETE JURIDICO
CASTELLANOS & ASOCIADOS
Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario

3ª. Av. 14-43 Zona 1, Guatemala, C.A. Tels. 2230-4830 - 5708-6848

d. En cuanto a la bibliografía utilizada para la elaboración de la tesis ha sido la adecuada; por lo que se puede establecer que el trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de las modificaciones realizadas tanto de fondo como de forma por el estudiante, según lo establecido en 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 lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** en cuanto a la fase de asesor en el trabajo de tesis del bachiller Palacios Rodas.

Atentamente,


Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
Colegiado 7,706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



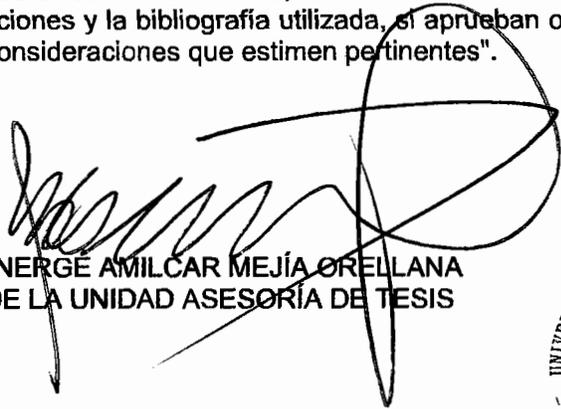
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 03 de octubre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante JORGE JAVIER PALACIOS RODAS, intitulado: "LA INEFICACIA DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA CUANDO EXISTE PARENTESCO ENTRE TUTOR Y PROTUTOR".

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



DR. BONERGÉ AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.



(6)



BUFETE JURIDICO
Lic. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3ª Av. 13-62 Zona 1, Guatemala, C.A. Tels. 2232-7936

Guatemala, 07 de febrero de 2013

Doctor
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Doctor Mejía Orellana:

Me dirijo a usted, a efecto de informarle que en cumplimiento a la resolución de fecha 03 de octubre de 2012, en la cual fui nombrado revisor del trabajo de tesis del Bachiller **JORGE JAVIER PALACIOS RODAS**, intitulado: **"LA INEFICACIA DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA CUANDO EXISTE PARENTESCO ENTRE TUTOR Y PROTUTOR"**.

Me permito rendir opinión en el siguiente dictamen:

I. El trabajo de investigación del sustentante, es un aporte científico y técnico fundamentado en el requisito primordial que debe regularse en la legislación vigente para prohibir que el tutor y protutor sean parientes entre sí, para el ejercicio de la tutela de un niño o niña que no esta sujeto a patria potestad y que la supervisión se realice de manera imparcial; estableciéndose un amplio contenido científico y técnico



BUFETE JURIDICO
Lic. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3ª. Av. 13-62 Zona 1, Guatemala, C.A. Tels. 2232-7936

en la elaboración del tema, en de ello se hace necesario reformar el Código Civil para que se establezca el cumplimiento de ese requisito.

II. La metodología aplicada en el desarrollo del trabajo de investigación fue de tipo analítico y sintético, así como la aplicación de métodos lógico-deductivo e inductivo, cumpliendo con el marco teórico el que se fundamenta en el Código Civil Decreto Ley número 106 del Congreso de la República. Durante el desarrollo de este trabajo se uso la técnica de ficha bibliográfica, mediante la cual se recopiló la información.

III. De acuerdo al contenido del trabajo de tesis, evidencia una adecuada redacción, verificando que las conclusiones y las recomendaciones estuvieran buscando el objeto del tema y fueran acepciones propias del estudiante y que conlleven con el verdadero objeto del tema del presente trabajo.

IV. La contribución científica de la investigación realizada, en cuanto a la problemática planteada, radica en el análisis jurídico sobre los requisitos para el nombramiento del protutor, reformando la norma existente y que existan garantías para los niños guatemaltecos que por una u otra razón no se encuentran sujetos a patria potestad.



BUFETE JURIDICO
Lic. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3ª. Av. 13-62 Zona 1, Guatemala, C.A. Tels. 2232-7936

V. Respecto a las conclusiones el trabajo realizado es coherente, se establecieron los elementos centrales que configuran los supuestos teóricos y la reflexión doctrinaria, para fundar y definir los principales hallazgos en torno a cada capítulo realizado; y por último constaté que la bibliografía consultada fue la adecuada.

Por lo expuesto en mi calidad de REVISOR, concluyo que el trabajo de tesis del Bachiller JORGE JAVIER PALACIOS RODAS, cumple con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que me permito aprobar el presente trabajo de investigación de tesis emitiendo DICTAMEN FAVORABLE, en cuanto a la fase de revisión.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de consideración y estima.

Atentamente,

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Revisor de Tesis
Colegiado 6,220

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de julio de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JORGE JAVIER PALACIOS RODAS, titulado LA INEFICACIA DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA CUANDO EXISTE PARENTESCO ENTRE TUTOR Y PROTUTOR. 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.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por **ÉL**, como dador de sabiduría que me permitió alcanzar esta meta profesional.

A MIS PADRES:

Jorge Arturo Palacios Andrino y Lidia Etelvina Rodas Chivichón, por su apoyo constante e inagotable hacia mi persona y por confiar en mí, así como también por la motivación que día a día me manifestaron para que pudiera realizarme como profesional.

A MI ESPOSA:

Ligia Eunice Palencia España, por ser ese motor que me impulsa a seguir adelante y por ser la mejor compañera que la vida pudo haber colocado en mi camino, esperando que esta meta adquirida sea un eslabón más que nos una.

A MIS BEBAS:

Brittany Daniela y María Renée, por ser la fuente de inspiración para que pudiera alcanzar este triunfo; así que esta meta es por y para ustedes hijas.

A MIS HERMANOS:

Luisa, Maricruz, Daniela y Jesús, por ser los mejores hermanos, y porque este esfuerzo sea una motivación en su vida.



A MI FAMILIA EN GENERAL:

A mi abuelita, abuelo, mis tíos, sobrinos, sobrina, primos y primas, por sus muestras de afecto hacia mi persona.

A MIS PADRINOS:

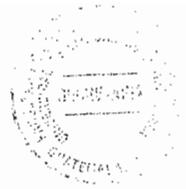
Porque siempre han estado presentes en cada momento especial de mi vida y en esta ocasión no es la excepción.

A MIS AMIGOS:

Por compartir conmigo este triunfo y por ser ustedes parte fundamental en mi vida y por todos y cada uno de esos inolvidables momentos compartidos.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por ser la casa donde me forjé como profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Tutela.....	1
1.1 Definiciones doctrinarias.....	1
1.2 Antecedentes.....	4
1.2.1 Antecedente de la regulación legal en Guatemala	8
1.3 Características de la tutela	11
1.4 Elementos de la tutela	13
1.4.1 Elementos personales subjetivos	14
1.4.2 Elemento objetivo	15
1.4.3 Elementos formales	15
1.5 Clases de tutela	17
1.5.1 Tutela testamentaria	17
1.5.2 Tutela legítima	18
1.5.3 Tutela judicial.....	18
1.5.4 Tutela especial.....	19
1.5.5 Tutela específica.....	19
1.5.6 Tutela legal	20
1.6 Casos en que procede la tutela	20
1.7 Clasificación de la tutela	22
1.7.1 Criterios doctrinarios.....	22

CAPÍTULO II

2. Capacidad para ser nombrado tutor	25
2.1 Prohibiciones para ser nombrado tutor	25
2.2 Nombramiento del tutor	26



	Pág.
2.3 El ejercicio de la tutela.....	26
2.4 Funciones del tutor	27
2.5 Inhabilidad para el ejercicio de la tutela.....	29
2.6 Prohibiciones para ejercer la tutela.....	31
2.7 Excusas para ejercer la tutela.....	32

CAPÍTULO III

3. El protutor	39
3.1 Capacidad para ser nombrado protutor	39
3.2 Prohibiciones para ser nombrado protutor	40
3.3 Nombramiento del protutor	37
3.4 Ejercicio de la protutela	38
3.5 Funciones del protutor	40
3.6 Fiscalización de la tutela por el protutor	44
3.7 Inhabilidad para el ejercicio de la protutela.....	45
3.8 Excusas para el ejercicio de la protutela	46
3.9 Remoción del tutor y protutor	48

CAPÍTULO IV

4. Regulación en el Código Civil de la institución de la tutela	51
4.1 Regulación en el Código Civil de la tutela legitima	51
4.2 Nombramiento del tutor legitimo.....	52
4.3 Ejercicio de la tutela legitima	53
4.4 Funciones del tutor legitimo.....	54
4.5 Garantía que deben prestar el tutor y protutor.....	57
4.6 Actos para los que el tutor requiere autorización judicial.....	58
4.7 El derecho del tutor y protutor a obtener una retribución.....	60



Pág.

CAPÍTULO V

5. Remoción y separación del cargo del tutor y protutor	63
5.1 Extinción de la tutela.....	65
5.2 Rendición final de cuentas de la tutela	66
5.3 Importancia de reformar el Código Civil en relación a prohibir que el tutor y protutor sean parientes entre sí, para el ejercicio de la tutela del niño o niña que no están sujetos a patria potestad.....	67
5.4 Derecho comparado	72
5.4.1 Ordenamiento jurídico español.....	72
5.4.2 Ordenamiento jurídico italiano	75
5.4.3 Ordenamiento jurídico salvadoreño	72
5.5 Propuesta de reforma del Código Civil Decreto Ley 106	77
CONCLUSIONES	79
RECOMENDACIONES	81
ANEXOS	83
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

Constitucionalmente se reconoce la protección a la familia y al no existir la patria potestad, cualquiera que sea su causa, requiere que otros órganos garanticen la debida atención de los hijos menores y el cuidado de sus intereses. En situaciones normales, la institución de la patria potestad es de por sí, suficiente para procurar la formación integral de los hijos menores de edad y, en consecuencia, el mecanismo tutelar permanece ausente. El presente trabajo es motivado específicamente para que se tome en cuenta que los órganos jurisdiccionales deben realizarse un estudio a conciencia, para que, quien ejerza la figura de la tutela, sea la familia con quienes mejor se identifican emocionalmente los niños y niñas que se encuentran bajo la institución tutelar.

En el desarrollo del trabajo de tesis, el objetivo general es lograr que el cargo de tutor y protutor establecido en el ordenamiento jurídico no sea ejercido por parientes de la misma línea de parentesco para que la misma, sea eficaz; así como, dar a conocer la importancia de que los abuelos maternos tengan injerencia en primer término, para el ejercicio de la tutela y que la figura de la protutela, recaiga en la línea de parentesco opuesta a la de quien ejerza la tutela; en virtud, de que la normativa no contempla la prohibición de parentesco entre tutor y protutor, colocándose al niño y niña en un riesgo tanto psicológico como patrimonial, debido a que en algunos casos estas dos figuras son ejercidas por parientes de una misma línea de parentesco, sin tomar en cuenta el bien superior del niño o niña y los órganos jurisdiccionales resuelven si tomar en cuenta este aspecto, dando lugar a que el ejercicio de la tutela no se realice con la debida responsabilidad y se deja de lado la equidad entre ambas líneas.

También es importante considerar, que la tutela sea ejercida por los parientes de la línea con quienes el niño o niña más se ha identificado a lo largo de su vida. Por mandato de ley el abuelo paterno tiene la prioridad, sin tomar en cuenta que el pupilo no se identifica con su familia paterna, porque siempre ha vivido más cerca de la familia materna y como consecuencia se pone en riesgo su formación psicológica psicológica porque tiene que sopesar no solo la pérdida de sus padres y hermanos,



sino que también es alejado de la familia materna, teniendo que sobre llevar dos pérdidas al mismo tiempo.

Se comprobó la hipótesis en la presente investigación y ha quedado plenamente demostrado, que se coloca al niño y niña en riesgo tanto psicológico como patrimonial, debido a que se han dado casos en que estas dos figuras son ejercidas por parientes de una misma línea de parentesco y con ello no se está velando, por el bien superior del niño o niña que están sujetos a la institución de la tutela y los juzgados de familia resuelven si tomar en cuenta este aspecto, existiendo con ello la posibilidad de que el ejercicio de la tutela no se realice con la debida responsabilidad.

El presente trabajo de investigación consta de cinco capítulos, en el primer capítulo se definen generalidades de la institución de la tutela; al abordar el segundo capítulo se trató lo concerniente a la capacidad y prohibiciones para ser nombrado tutor; en el tercer capítulo, se enmarca la figura del protutor, su nombramiento y capacidad, así como el ejercicio de la protutela; al desarrollar el cuarto capítulo se trató sobre la regulación legal de la institución de la tutela y sus garantías. El quinto capítulo se refiere a la ineficacia del ejercicio de la tutela y protutela cuando existe parentesco entre tutor y protutor.

En el desarrollo de la investigación se empleo los métodos analítico e inductivo, aplicados a las ciencias sociales, utilizando para desarrollarlos, las técnicas de trabajo de investigación de campo, mediante entrevistas a juzgadores de los órganos jurisdiccionales del ramo de familia en donde estadísticamente la mayoría de los casos de tutela legítima ha sido otorgada al abuelo paterno, decisión tomada en cumplimiento a lo establecido en la ley de la materia. Las técnicas empleadas, fueron fuentes directas a través de entrevistas y las indirectas fueron las bibliográficas.



CAPÍTULO I

1. Tutela

La tutela es un vínculo jurídico que sustituye a la patria potestad, creado un vínculo entre pupilo y tutor, por cuanto su objetivo es cuidar y proteger al menor que no se encuentra bajo la patria potestad y al mayor de edad declarado en estado de interdicción, si carecen de padres o personas llamadas a ejercerlas.

También podemos definir la figura de la tutela como un cargo público que ejerce una persona que no es padre, para cuidar de un menor de edad y administrar sus bienes.

1.1 Definiciones doctrinarias

Existe una serie de definiciones en doctrina, relacionadas con la institución de la tutela, cada autor para definirla se basa en elementos que contribuyen a delimitar el perfil de esa institución jurídica: Para Izquierdo Tolsada: "La institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad y para la administración de su patrimonio"¹.

"Poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Guarda cierta similitud la patria

¹ Izquierdo Tolsada, **Estudios sobre la incapacitación e instituciones tutelares**, Pág.215.



potestad y la institución tutelar, enmarcándose la función de la patria potestad en un conjunto de derechos y obligaciones, que vienen a ser determinantes, para diferenciar una y otra institución, las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado por los padres o tutores, y la circunstancia de que la tutela carece de intimidad, plena confianza y totalidad que la ley otorga a la patria potestad, caracterizándose la tutela, en términos generales, por la frialdad, formalidad y rigidez de su ejercicio, así como por la fiscalización de que es objeto”².

La tutela es: “la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad y para la administración de su patrimonio”³. También se define la tutela como: “la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad y para la administración de su patrimonio”⁴.

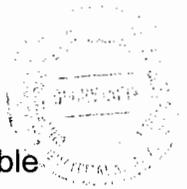
“Es preciso señalar que, en sentido estricto, la tutela no es relación familiar, sino un sustitutivo de aquella. La inclusión de la tutela en el derecho de familia obedece a razones históricas, sistemáticas y prácticas. Razones históricas porque en su origen la tutela estaba vinculada a la pertenencia a la familia y era una consecuencia del concepto unitario de la potestas o Munt; sistemáticas, porque la tutela sustituye a la patria potestad y existe una similitud entre la posición de los padres frente a sus hijos y el tutor o tutores frente a su pupilo;...”⁵.

² Alfonso Brañas. **Manual de Derecho Civil**. Pág.266.

³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de Familia**. Pág.279.

⁴ **Ibid.** Pág.279.

⁵ Izquierdo Tolsada. **Ob. Cit.** Pág. 220.



“El tutor es un órgano normalmente individual, y excepcionalmente, es también posible la concurrencia de varios tutores. El cargo de tutor requiere condiciones de capacidad plena y moralidad. A ello tiende el establecimiento de: condiciones de aptitud, causas de inhabilidad y causas de remoción”⁶.

En los Artículos 293, 294 y 295 del Código Civil Decreto Ley 106 establecen: “Casos en que procede. 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...” “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse,” “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”.

El Artículo 307 del cuerpo legal antes citado regula: “Mientras no se nombre tutor y protutor y no se disciernan los cargos, el juez, de oficio, o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado de la persona del menor o incapacitado y la seguridad de sus bienes”.

“La designación y nombramiento del tutor es llevada a cabo por la autoridad pública, sin que en esta decisión quede vinculado por las previsiones familiares particulares, mientras que la gestión bien puede resultar desempeñada por un órgano público, o

⁶ Ibid. Págs.279, 280.



bien por un pariente, en cuyo caso la autoridad ejercerá las funciones de vigilancia y control de la gestión”⁷.

1.2 Antecedentes

Origen, etimología y concepto. El origen de la institución tutelar, es anterior del derecho romano. “Los pueblos primitivos escribe Castán, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de ius dominicale. Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando sobre él el mismo poder dominical. En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era ésta establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. La tutela era, pues, legítima y familiar. Más tarde, desenvolviéndose la intervención del padre tutela testamentaria y de la autoridad pública tutela dativa, pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en este momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente la concebimos. Así, resulta consecuentemente la etimología de la palabra tutela, que derivase del verbo latino tutor, cuidar, proteger.

⁷ Ibid. Pág.277.



Para Justiniano, la tutela es fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse. Modernamente, es definida como poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados”.⁸

“La tutela en el derecho romano: Empieza siendo un poder potestad encomendado por la ley al más próximo varón del tutelado y que tiene por finalidad facilitarle principalmente en su propio interés la conservación del patrimonio familiar mientras que el incapaz viva, para acabar siendo un deber (munus) puesto al servicio de los intereses y necesidades del tutelado”.⁹

La tutela romana hace una distinción de dos clases de guardaduría: La tutela y la curatela. La tutela consistía en la cooperación o auxilio que el tutor estando presente, presentaba para la celebración de los actos jurídicos, a ello podía ir unida LA GESTIO, pero no era necesario. La curaduría consistía en la Gestio, o sea, la facultad de administrar los bienes del menor, celebrando actos jurídicos en su nombre y sin su intervención. En los pueblos griegos: En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo, del padre y de los parientes y apareció la institución de la tutela. En el derecho griego primitivo, la tutela era establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos.

⁸ Brañas, *Ob.Cit.* Págs. 265, 266

⁹ *Ibid.* Pág. 267.

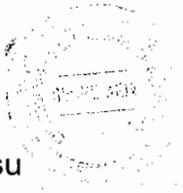


La tutela era legítima y familiar. Más tarde desarrollándose la intervención del padre como tutela testamentaria y de la autoridad pública como tutela dativa, pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar.

El derecho germánico conoció también la tutela de las personas necesitadas de protección. Estuvieron así sometidos a aquella, los menores, enfermos mentales, enfermos y pródigos, conociéndose también la tutela de las mujeres y en algunos casos de curatela para asuntos concretos. Se afirma que originalmente la tutela se consideró como un derecho en conjunto de los parientes dentro del séptimo grado reunidos en asamblea gestora, quienes designaban a un tutor para realizar los actos ordinarios respecto al patrimonio del pupilo y otro para guardar la persona de este; pero como señala Vleacker, aunque los rasgos esenciales estuvieron esbozados en la evolución jurídica alemana, en la regulación técnica fue Justiniano.

La tutela en el derecho español: El sistema del derecho romano se perdió en España a través de los antiguos cuerpos legales, y aparece sustituido por un sistema que puede llamarse nacional o gótico, reflejado en el fuero juzgo, fueros municipales, fuero viejo y fuero real y cuyas principales características son:

- a) Admitir una sola institución con el nombre de Guarda o Tutela.
- b) Corresponder ésta, a los parientes más próximos, que la ejercían según la concepción germana, colectivamente de uno de ellos.



En el fuero Viejo, se regulaba la guarda de los menores de 16 años, confiándoles su persona y sus bienes al pariente más cercano, quien podía dar en arrendamiento los bienes, pero era prohibida la enajenación. En el fuero municipal se regulaba también la tutela, el fuero de salamanca disponía que aún en vida de los padres, pudieran ejercer la tutela cuando éstos eran negligentes, de malas costumbres y peligrasen la vida y los bienes de los hijos; entonces los parientes se ocupaban de su custodia. Aquí los menores estaban bajo tutela hasta los doce años, en este sistema no se da la tutela testamentaria.

El otro sistema era el seguido por las leyes de las partidas, inspirado en el derecho romano, en el cual “se protegía a los huérfanos hasta los 14 años si eran niños y hasta los 12 años si eran niñas. La curatela era desempeñada por guardadores para mayores de 14 años y menores de 25”¹⁰.

“El paralelismo y la relación de subsidiariedad de la tutela y de la patria potestad es de todo punto de vista evidente y, con independencia de la regulación normativa que haya de considerarse, ha sido resaltada en cualquier época histórica. La inclusión de la tutela en el derecho de familia obedece a razones históricas, sistemáticas y prácticas. Razones históricas porque en su origen la tutela estaba vinculada a la pertenencia de la familiar y era una consecuencia del concepto unitario de la potestas o Munt. Sistemáticas, porque la tutela sustituye a la patria potestad y existe una similitud entre la posición de los padres frente a sus hijos y el tutor o tutores frente a su pupilo”.¹¹

¹⁰ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 278

¹¹ **Ibid.** Pág. 267



1.2.1 Antecedente de la regulación legal en Guatemala

El Código Civil es el que históricamente reconoce la figura de la tutela y protutela. La tutela en la legislación civil guatemalteca, nació en el año de 1877, la promulgación del Código Civil Decreto número 176, en la época del General Justo Rufino Barrios y es aquí, donde en el título X, apareció la institución de la tutela, como un cargo público, a cuyo desempeño estaban llamados todos los ciudadanos. Se establecieron cuatro clases de tutela: natural, testamentaria, legítima, y judicial.

Al referirse a la tutela natural decía que el padre era el administrador de los bienes de los hijos menores, fueran legítimo, legitimados, ilegítimos, reconocidos o adoptados. A la muerte del padre, la tutela le correspondía a la madre; el padre podía nombrar a la madre sobreviviente como tutora, uno o más consejeros con quienes debía consultar los actos relativos a la tutela. El nombramiento de los consejeros se podía verificar de la siguiente forma:

- a) Por acto de última voluntad,
- b) Por una declaración hecha ante juez de primera instancia acompañado de un escribano, y
- c) Por escritura pública

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



ejerciendo la tutela. Si se casaba sin autorización, para continuar ejerciendo la tutela, junto con el marido eran responsables solidarios de las consecuencias. Y cuando el juez determinaba que la tutela continuara en la madre, daba necesariamente la misma al nuevo marido, quien era responsable con su mujer de la administración del anterior matrimonio.

En cuanto a la tutela judicial, se establecía cuando el menor de edad, no había cumplido edad para contraer ciertas obligaciones, el varón a los 14 años y la mujer a los 12 años. Cuando cumplían la mayoría de edad, ellos mismos solicitaban al juez que se cambiara el cargo de tutor a favor de ellos mismos. Como se puede observar la tutela solo se refería a los menores de edad, no para los incapacitados, para el cuidado de éstos últimos y la administración de sus bienes se le nombraba un guardador.

Entre las personas que podían excusarse para ejercer el cargo de tutor estaban el Presidente de la República, secretarios de Estado, magistrados, jefes políticos, fiscales, jueces. Durante el gobierno de José María Orellana en 1926, se promulgó el Decreto número 921, que contenía las reformas al Decreto 176, Código Civil de 1877, que entró en vigencia el 15 de septiembre de 1926; estas reformas se referían únicamente al libro primero, o sea a las personas y los cuatro libros restantes quedar igual al código anterior.



Con las reformas mencionadas, desaparece la tutela natural y aparece un nuevo órgano tutelar llamado consejo de tutela, que vino a sustituir al consejo de familia, el consejo de tutela estaba integrado por no menos de tres ni más de cinco personas, no importaba si eran o no parientes del menor o incapaz. Este consejo era nombrado por testamento o se integraba con tres miembros nombrados por el juez de primera instancia y escogidos entre los familiares más próximos del menor. Si no había familia se integraba con personas de notoria honradez. El consejo de tutela concurría ante el juez de primera instancia, quien en audiencia previa los instruía con relación a sus deberes y facultades.

El tutor no formaba parte del consejo, pero debía acudir a él cuando fuera citado y podía intervenir en la deliberación sin tener voto; si no acudía a una citación era multado. Al terminar la tutela se disolvía el consejo y se enviaba al tribunal el libro de actas de sus sesiones y además los documentos que tuvieran en su poder, para ser archivados. El Código Civil de 1933, a la tutela dativa se le da el nombre de tutela judicial; el sistema familiar de la tutela desaparece y surge un sistema mixto y cuando este código se refiere a las personas mayores de edad, pero incapaces, exige que sean declaradas interdictas, lo cual no estaba establecido en los códigos anteriores. El actual Código Civil Decreto Ley 106, entro en vigencia el uno de julio de 1964, introduce la figura de la tutela legal, la cual no fue conocida en los códigos anteriores; la ejercen los representantes legales o directores de los establecimientos de asistencia social, que dan acogida a menores de edad e incapacitados y se caracteriza por que no necesitan discerniendo del cargo.

1.3 Características de la tutela

La institución tutelar tiene las características siguientes:

a) La tutela sustituye la patria potestad

La tutela es una institución creada por la ley para sustituir la patria potestad, al tutor la ley le impone ciertas limitaciones para el ejercicio del cargo, es el encargado del cuidado y protección del tutelado; pero, también es el representante legal del pupilo y lo representa en todos los actos que éste tenga que realizar, protegiendo sus intereses y tiene la administración de sus bienes.

b) Es protectora

Su función es la de proteger a la persona que siendo menor de edad, no está sujeta a patria potestad o por circunstancias físicas no puede cuidar de sí misma. Esta característica le da relevancia a la institución tutelar, debido a que el tutor es la persona que en sustitución de los padres debe velar por la integridad, tanto física como emocional del pupilo.

c) Es irrenunciable

Debido a que la tutela es un cargo público, la persona que se encuentra en el ejercicio de la tutela, no puede renunciar sin causa justificada; siendo el juez de



primera instancia el único que acepte la renuncia, previamente demostrada la causal de la misma e inmediatamente de debe ser nombrado otro tutor, que reúna los requisitos que la ley exige.

d) El cargo de tutor es público y obligatorio

La tutela es un cargo público del que nadie puede eximirse, únicamente por causa justificada. El que es nombrado tutor y se rehúsa sin causa justa, será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resultaren para el menor de edad o incapacitado.

e) Es temporal

Cuando la tutela se ejerce en un niño o niña menor de edad, esta se extingue cuando el pupilo alcanza la mayoría de edad, que es a los 18 años, consecuentemente el tutor cesará en sus funciones y si se tratare de una persona mayor de edad pero incapacitado el plazo para ejercer la tutela varía de acuerdo a las circunstancias y necesidades que se encuentre el tutelado.

f) Es un cargo remunerado

Algunas legislaciones contemplan el ejercicio de la tutela como un cargo gratuito, en Guatemala no está contemplado así, se les reconoce tanto al tutor como al



protutor el derecho a una retribución por el desempeño del cargo, cuando se trata de tutela testamentaria la remuneración la fija el testador y cuando se trata de una tutela legítima o judicial, es fijada por el juez. Dicha retribución no podrá ser inferior al cinco por ciento ni exceder del quince por ciento anual de las rentas y productos percibidos por el pupilo. La distribución de la remuneración la realizará el juez entre el tutor y protutor, correspondiéndole al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restantes; si fueren removidos por negligencia o culpa, no tendrán derecho a recibir la retribución.

1.4 Elementos de la tutela

En la doctrina encontramos una seria de definiciones relacionadas con los elementos de la tutela, de las cuales mencionamos las siguientes:

1.4.1 Elementos personales o subjetivos

Estos los constituyen personas que intervienen en el ejercicio de la tutela siendo los siguientes:

- Tutor
- Protutor
- Pupilo o tutelado



a) Tutor

Es un ente individual que ejerce la tutela sobre el pupilo, representándolo en todos los actos civiles de acuerdo a la ley; asimismo brindarle protección y cuidado. Excepcionalmente, también es posible que concurren varios tutores, para un mismo pupilo; el tutor debe reunir condiciones de capacidad, honradez, aptitud; existiendo para el cargo de tutor causas de inhabilidad y causas de remoción; la ley también faculta al tutor para excusarse.

En la figura del tutor recae la representación legal del pupilo y la administración de sus bienes, por lo que es estrictamente necesario que el tutor reúna las condiciones exigidas en la ley.

b) Protutor

El objetivo de nombrar al protutor, es porque será la persona que asegure el recto ejercicio de la tutela, es el órgano fiscalizador de los actos del tutor, debe reunir las mismas condiciones de capacidad, honradez y aptitudes que el tutor, en virtud de que el protutor es quién vela porque el ejercicio de la tutela se realice atendiendo el bien superior del niño o niña sujetos a la institución tutelar.

c) Pupilo o tutelado

Es el niño o niña menor de edad que por determinadas razones no se encuentra sujeto a patria potestad o la persona mayor de edad que judicialmente es declarado en estado de interdicción y no tuviere padres, lo cual da lugar a la figura de la curatela.

1.4.2 Elemento objetivo

Es la creación del vínculo en virtud del cual los menores de edad se hallan bajo la guarda y custodia de la figura del tutor, porque no se encuentran sujetos a patria potestad o los adultos que han sido declarados judicialmente en estado de interdicción, quedan sujetos a la institución tutelar.

1.4.3 Elementos formales

La institución de la tutela además de los elementos subjetivos y objetivos requiere para su ejercicio, de cierta formalidad; la ley establece los elementos formales y son los que se enumeran y se desarrollan de la forma siguiente:

Discernimiento del cargo

Obligación de hacer inventario

Constituir garantía

Necesidad de autorización judicial

a) Discernimiento del cargo

Para ejercer el cargo de tutor y protutor es necesario que el mismo sea discernido por un juez competente, luego de haber cumplido con los requisitos que exige la ley; dichos requisitos los establece el Artículo 319 del Código Civil.

b) Obligación de hacer inventario

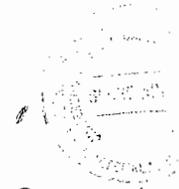
Dentro de los 30 días siguientes a la aceptación del cargo, el tutor procederá al avalúo de los bienes del menor o incapacitado, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el Juez según las circunstancias de cada caso.

c) Constituir garantía

Después de que se haya practicado el inventario tanto el tutor como el protutor, por mandato de ley están solidariamente obligados promover la constitución de la garantía.

d) Necesidad de autorización judicial

El tutor en el ejercicio de la tutela para realizar algunos actos no podrá proceder de acuerdo a su propio criterio o sea tomar decisiones unipersonales, es necesario que consulte con el juez cuando sea necesario enajenar o gravar algún bien



inmueble o derechos reales que pertenezca al pupilo; así como tomar dinero a mutuo, repudiar herencias, legados o donaciones; para ello es necesario la intervención judicial y que el tutor demuestre la utilidad o necesidad del acto.

1.5 Clases de tutela

El Código Civil establece las siguientes clases de tutela:

Tutela testamentaria

Tutela legítima

Tutela judicial

Tutela especial

Tutela específica

Tutela legal

1.5.1 Tutela testamentaria

Esta clase de tutela es la que se instituye por voluntad del padre o madre sobreviviente, para los hijos que se encuentren bajo su patria potestad; o por el abuelo o abuela para sus nietos que estén sujetos a tutela legítima. Pueden nombrar un tutor y un protutor para todos sus hijos o uno para cada uno de ellos; así mismo, pueden nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, en el orden en que fueron designados en el testamento.



1.5.2 Tutela legítima

La tutela legítima es la que la ley específicamente establece que será ejercida en primer orden por el abuelo paterno, es él quien tiene el privilegio por mandato de la ley, para ejercer la tutela sobre sus nietos menores de edad; sucesivamente la ley regula en segundo término que es el abuelo materno, la abuela paterna, la abuela materna y los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad. La ley también contempla para el caso de los hijos concebidos fuera de matrimonio o mejor dicho para los hijos de la madre soltera, será la línea materna la preferida para el ejercicio de la tutela legítima.

1.5.3 Tutela judicial

La tutela judicial procede por nombramiento de juez competente, cuando no hay tutor testamentario ni legítimo; este tipo de tutela será promovida por la Procuraduría General de la Nación o por cualquier persona que le conste el hecho de que existen niños o niñas menores de edad y que ninguna persona está ejerciendo la tutela para cuidar de ellos y de sus bienes. En este caso el juez al tener conocimiento del hecho se inicia el procedimiento correspondiente, donde el juez tomará en cuenta la existencia de parientes a quienes les pueda corresponder la tutela legítima y hará los nombramientos por la vía judicial, tomando en cuenta la idoneidad de la persona para el ejercicio de la tutela.



1.5.4 Tutela especial

Cuando varios hijos se encuentran sujetos a una misma patria potestad y surge conflicto de intereses entre ellos y los padres, será necesario que mediante un trámite judicial, se nombre un tutor especial. Se le llama tutor especial porque los hijos no están desprovistos de patria potestad, porque los padres están en el ejercicio de la misma, pero ha surgido conflicto entre ellos, lo cual da lugar a que se les nombra tutor y de allí surge esta figura.

1.5.5 Tutela específica

Este tipo de tutela se da cuando hay varios pupilos sujetos a un mismo tutor y surge conflicto de intereses entre ellos, mediante el trámite judicial el juez nombra a tutores específicos. La tutela específica se encuentra regulada en el Artículo 306 del Código Civil el cual preceptúa: **Tutores específicos**. Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos.

1.5.6 Tutela legal

En cuanto a la tutela legal, se da en los establecimientos de asistencia social que dan acogida a niños o niñas menores de edad o incapacitados; quienes dirijan estas instituciones serán los tutores y representantes legales de los niños y niñas a quienes



den protección, desde el momento de su ingreso al establecimiento y no será necesario que el cargo sea discernido por un juez. Para fundamentar lo dicho anteriormente lo hacemos al amparo de lo establecido en el Artículo 308 del cuerpo legal citado el cual regula: **Tutores legales**. 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.

1.6 Casos en que procede la tutela

“La tutela y la protutela se trata, en realidad, de cargos públicos de naturaleza muy especial, espacialísima, ajena al concepto que en derecho administrativo se da al cargo público, toda vez que el tutor y protutor no tienen en el desempeño de su cargo y desarrollo de sus funciones, ninguna participación atinente a las actividades estatales. Puede decirse que se da por la ley a esos cargos categoría de públicos, en razón de su obligatoriedad para aceptarlos y por la necesaria intervención judicial en el desempeño de los mismos”¹².

La tutela básicamente procede cuando dentro de la sociedad se da el caso de que hay niños o niñas que no están sujetos a patria potestad; así mismo, cuando una persona mayor de edad que haya sido declarada su incapacidad, en virtud de que no pueden cuidar de sí mismos y de sus bienes y que además necesitan ser

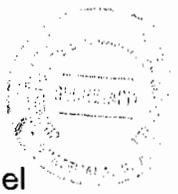
¹² Aguilar, **Ob. Cit.** Pág. 279.

representados legalmente. El Artículo 293 del Código Civil regula expresamente quienes deben estar sometidos a la tutela:

- "a) El menor de edad que no se halle bajo patria potestad, siendo el niño o niña cuyos padres hayan fallecido o declarados ausentes.
- b) También estarán sujetos a la figura de la tutela la persona que fuere mayor de edad, pero que hubiese sido declarado judicialmente en estado de interdicción y que no tuviere padres".

Para el caso de la tutela testamentaria, que el testador designe a varios tutores para sus hijos e hijas menores de edad o incapaces, la tutela la ejercerá el primero de los nombrados y sólo por muerte, incapacidad, excusa o separación del cargo, podrá ejercerla el que le sigue en el orden de nombramiento y así sucesivamente, por presumirse que ese es el orden que quiso darle el testador. En lo que se refiere a la tutela legítima, para los niños o niñas que han quedado en orfandad, el Artículo 299 del Código Civil regula el orden que le corresponde como ya se indicó anteriormente.

La tutela judicial es designada por un juez de familia, de donde proviene el nombre de tutela judicial, quien discierne los cargos de tutor y protutor y la misma se origina con la intervención de la Procuraduría General de la Nación o cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho en el hay niños o niñas no sujetos a patria potestad y procede el nombramiento de tutor y protutor por la vía judicial. También cuando hay varios menores de edad sujetos a una misma tutela y surge conflicto entre ellos, el



juez nombra tutor especial; lo cual tiene su fundamento legal en el Artículo 268 del código relacionado, el que establece para la tutela especial: "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".

Doctrinariamente encontramos que la tutela especial procede cuando los intereses de los hijos están en oposición con los intereses de los padres, en el caso de los hijos adquieran bienes que no les corresponda a los padres su administración, cuando los intereses de los menores de edad estuvieren en oposición con los intereses del tutor nombrado o de otro pupilo con quien se hallasen con un tutor común.

1.7 Clasificación de la tutela

Doctrinariamente se clasifica la tutela mediante sistemas a la tutela que son:

1.7.1 Criterios doctrinarios

Tradicionalmente en la práctica han existido dos sistemas tutelares: El sistema de familia y el sistema de autoridad. Modernamente la doctrina reconoce que existe un tercer sistema que viene a ser una combinación de los dos anteriores y es el sistema mixto.



a) Sistema de familia

Este sistema establece como órganos de la tutela al tutor, quien realiza la gestión y el protutor como órgano de vigilancia y por último al consejo de familia que está integrado por los parientes o en su defecto por amigos del menor, presididos por el juez de paz; siendo la autoridad suprema de la tutela y protutela, el consejo de familia. Este sistema considera que la tutela es una misión de la familia y que son los parientes del menor a quienes les corresponde el ejercicio tutelar.

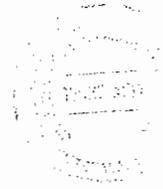
b) Sistema de autoridad

Este sistema tuvo su origen en países que consideran que la protección del pupilo o incapacitado es asunto de la función soberana del Estado, mediante la intervención de una autoridad se le proporcione la debida protección al tutelado y no dejarlo a cargo de un órgano como el consejo de familia.

c) Sistema mixto

Este sistema es el resultado de la combinación de los dos anteriores, ya que mediante este sistema, aunque el tutor y protutor sean nombrados por los padres, será el juez que les discierna el cargo y en algunos actos solo necesitaría autorización del consejo de familia.





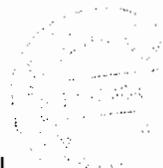
CAPÍTULO II

2. Capacidad para ser nombrado tutor

- a) La capacidad para ejercer el cargo de tutor lo establece la ley, la persona sobre quien recaerá el cargo debe encontrarse en el pleno goce de sus derechos civiles.
- b) La capacidad para el ejercicio de la tutela también se ve condicionada a la edad del tutor y la solvencia económica para que pueda hacerse cargo del cuidado personal del pupilo y de su patrimonio.

2.1 Prohibiciones para ser nombrado tutor

- a) Que no se encuentre enmarcado en alguna de las prohibiciones que contempla el Artículo 314 del Código Civil, las cuales determinan la imposibilidad de ejercer el cargo, unas con carácter absoluto y otras de forma relativa.
- b) De acuerdo a lo afirmado por la doctrina también tiene prohibición para ejercer el cargo de tutor, cuando la persona ha sido concursada; que por acción de aquellos a los que adeuda, está sujeto a un concurso de acreedores.
- c) También el tutor puede ser removido del cargo, cuando demuestra negligencia, infidelidad en el desempeño del cargo; incita al pupilo a corrupción o a cometer



delitos o le da malos tratos; que haya cometido inexactitud en la realización del inventario al omitir créditos, bienes, pasivos; como también las personas que se ausenten por más de seis meses del lugar donde se desempeñe el cargo. La regulación que da lugar a la remoción la enmarca el Artículo 316 del Código mencionado.

2.2 Nombramiento del tutor

En el Artículo 298 del mismo código, 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, en el orden de su designación. Doctrinariamente se indica el tutor es nombrado por el testador o elegido por el consejo de familia. Es pues, testamentario o dativo, pero nunca legal. Como principales disposiciones con respecto al tutor figuran, además de su necesidad y no ser renunciable al nombramiento sino por causa legítima, que el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin haber sido nombrado el protutor. El nombramiento de este no puede recaer en parientes de la misma línea que aquél¹³.

2.3 El ejercicio de la tutela

La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor, el tutor y protutor

¹³ Osorio Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 240



podrán iniciar su ejercicio, a partir del momento que les sea discernido el cargo por un juez competente, sin el cual ambos no están investidos de las atribuciones que les son inherentes al cargo; así como de las obligaciones que contraen con la aceptación del mismo; debiendo cumplir con los requisitos legales el juez a cargo, debe dictar resolución donde ordena el discernimiento del cargo tanto de tutor como de protutor.

El Artículo 319 del Código Civil establece: "Discernimiento del cargo. El tutor y 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".

En cuanto a los requisitos a que hace alusión este artículo podemos mencionar, la obligación de hacer inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, por parte del tutor el cual deberá realizar dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, es el juez que en determinado momento y de una manera prudencial puede restringir o ampliar dicho plazo de acuerdo a las circunstancias, de esta obligación no queda eximido el tutor ni aún por disposición testamentaria; siendo ésta una disposición obligatoria preceptuada en el Artículo 320 del mismo cuerpo legal antes citado, garantizándose de esta manera la protección al patrimonio del pupilo. El inventario se realizará sobre todos los bienes, derechos y obligaciones o pasivo que conforman el patrimonio del pupilo; el mismo, sirve de referencia para cuando finalice la tutela para comprobar la integridad del patrimonio y la efectiva



administración realizada por el tutor sobre los bienes del pupilo. Tanto tutor como protutor, están obligados a prestar la garantía que establece el Artículo 321 del Código Civil, el cual preceptúa: "Practicado el inventario, el tutor y protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado".

La finalidad de prestar garantía, es garantizar el resarcimiento a favor del pupilo en caso de incumplimiento o daños en la administración del patrimonio del tutelado. Como ya quedó anotado, la garantía únicamente se exige si la tutela fuese testamentaria y el testador haga la salvedad en el testamento, de lo contrario el juzgador está en la obligación de velar porque la misma sea prestada y demostrar que así se ha hecho. En cuanto a la representación legal del pupilo en todos los actos civiles, es el tutor quien tiene dicha representación, con excepción de algunos actos como en la disposición de los bienes del pupilo, el tutor necesita la autorización judicial para ello.

El pupilo, debe obediencia al tutor quien podrá ejercer autoridad sobre él, con las limitaciones que la ley establece y los derechos que le son inherentes al niño y niña y la protección específica que los cuerpos legales establecen a favor de la niñez. "Los menores o incapacitados deben respeto y obediencia al tutor; y éste podrá corregirlos moderadamente. Sin duda, como tal corrección es un eufemismo por



pegar, entendemos que no cabe con los incapacitados, mayores de edad y excluidos de las tundas paternas, cuanto más de las extrañas”¹⁴.

Como se puede observar el texto transcrito la corrección debe ser moderada, porque si no es aceptable la corrección corporal por parte de los padres, mucho menos, es aceptable de una persona extraña al pupilo. Actualmente la legislación específica de la niñez, ha sido creada con el fin de evitar abusos en la corrección de los niños y niñas, no es aceptable que la corrección a los pequeños incluya golpes o torturas corporales, como tampoco tratos que les afecte psicológicamente; la corrección debe ser con instrucción y con el ejemplo del actuar de los padres, del tutor o de quienes ejerzan la patria potestad sobre los niños y niñas.

“Obligaciones. Además de las ya expuestas, están:

- 1º. Alimentar y educar al menor o incapacitado, con arreglo a su condición y según las disposiciones de los padres o las del consejo de familia;
- 2º. Procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del sordomudo, loco o demente, que estos adquieran o recobren la capacidad;
- 3º. Hacer inventario de los bienes a que se extienda la tutela, en el plazo que se establezca;

¹⁴ Osorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 240

4°. Administrar el caudal de los menores o incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia;

5°. Solicitar oportunamente la autorización para lo que le precise;

6°. Procurar la intervención del protutor cuando corresponda.

Limitaciones. No puede hacer el tutor sin autorización de quien corresponda:

1°. Imponer al menor castigo corporal y los de retención casera o detención en establecimiento especial;

2°. Darle carrera u oficio, de no estar resuelto por los padres, o para modificar lo dispuesto por ellos;

3°. Recluir al incapaz en establecimiento de salud, a menos de ser el tutor el padre, la madre o algún hijo.

4°. Continuar el comercio o la industria a que el incapacitado o sus ascendientes o los del menor hubieran estado dedicados;

5°. Enajenar o gravar bienes del capital de los menores o incapaces y hacer actos o contratos sujetos a inscripción;



- 6°. Colocar el dinero sobrante de cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela en la cuenta que corresponda;
- 7°. Proceder a la división de la herencia o de otra cosa común del tutelado;
- 8°. Retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses;
- 9°. Dar y tomar dinero a préstamos;
10. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las donaciones;
11. Hacer gastos extraordinarios en las fincas;
12. Transigir y comprometer en árbitros las cuestiones del tutelado;
13. Entablar demandas en nombre de los sujetos a tutelar y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubieran sido condenados, pero con excepción de las demandas y recursos en juicios verbales.”¹⁵

¹⁵ **Ibid**, pág.240.

2.4 Funciones del tutor

Las funciones del tutor en el ejercicio de la tutela deben estar apegadas a lo que la ley establece siendo las siguientes:

a) Representación legal del menor de edad o incapacitado

El último párrafo del Artículo 293 de Código Civil, establece que el tutor es el representante legal del menor o incapacitado. El referido nombramiento, queda implícito en la resolución judicial, en el momento que el juez nombra al tutor y le discierne el cargo. En virtud del nombramiento hecho por el juez, el tutor queda facultado para representar al pupilo jurídicamente en juicio y fuera de él, en el ámbito que la ley le faculta. El Artículo 339 del mismo cuerpo legal establece: "Durante el ejercicio de la tutela, el protutor está obligado a defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, cuando estén en oposición con los intereses del tutor; y a promover el nombramiento, cuando proceda la remoción del que la tuviere en ejercicio, o cuando la tutela quede vacante o abandonada."

b) El tutor deberá velar por el pupilo

El tutor es el encargado de cubrir las necesidades básicas del pupilo, quien deberá vivir en el mismo techo que el tutor, deberá alimentarlo, vestirlo, darle una



formación integral que incluya la educación, preparación académica y cuando se trate de un incapacitado, procurará su recuperación y adaptación a la sociedad.

c) Administrar el patrimonio del pupilo

Dentro de las obligaciones del tutor tenemos la administración de los bienes del tutelado, como que si se tratase de un padre de familia que ejerce la patria potestad.

“Esta es una facultad cuyo ámbito de ejercicio tiene lugar intermitentemente, es decir, consiste en un conjunto de posibilidades de actuación dirigidas a la gestión, conservación y cuidado del patrimonio del pupilo. Por tanto, su ejercicio se manifiesta en actos que tienen eficacia en el ámbito interno de los intereses económicos del pupilo, sin que tal actividad trascienda a las relaciones con terceros, dado que las relaciones con éstos son propias del ejercicio de la facultad de representación legal”¹⁶.

2.5 Inhabilidad para el ejercicio de la tutela

El Código Civil en el Artículo 314 establece las causas que inhabilitan a una persona para que pueda ser nombrado tutor o protutor siendo las siguientes:

¹⁶ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 287



"No puede ser tutor ni protutor:

- 1º. El menor de edad y el incapacitado;

- 2º. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;

- 3º. El que hubiere sido removido de otra tutela, no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuvieren aprobadas;

- 4º. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;

- 5º. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;

- 6º. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;

- 7º. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;



- 8°. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;

- 10°. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa. “De acuerdo a la ley, cuando el tutor o protutor se encuentren en ejercicio del cargo respectivo y les sobrevenga alguna de las incapacidades mencionadas anteriormente, serán separados de su cargo, mediante declaración judicial, requiriéndose para el efecto, la denuncia realizada por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente del pupilo.

2.6 Prohibiciones para ejercer la tutela

En el Artículo 336 del Código Civil encontramos establecido los actos que le son prohibidos al tutor para el ejercicio de la tutela, los cuales son:

- 1°. Contratar por sí o por interpósita (persona que aparentando obrar por cuenta propia, interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otra persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;

- 2°. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;

- 
- 3°. Aceptar donaciones del expupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge o hermano del donante;
 - 4°. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
 - 5°. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.

2.7 Excusas para ejercer la tutela

Las excusas para el ejercicio de la tutela tienen que ser causales legítimas debidamente justificadas, las cuales pueden ser de tipo legal y extralegal. En el Artículo 317 del Código Civil encontramos reguladas las excusas de tipo legal, en lo que se refiere a las de tipo extralegal no se encuentran establecidas en la ley; y, por lo tanto el juez competente no necesariamente las tiene que admitir, por lo que en el desarrollo del ejercicio de la tutela se podrán presentar y el titular del órgano jurisdiccional las resolverá conforme a derecho.

El artículo relacionado anteriormente preceptúa las mismas excusas para la tutela y protutela: Excusa. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

- 1°. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;



2°. Los mayores de sesenta años;

3°. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;

4°. Las mujeres;

5°. Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;

6°. Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y

7°. Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.



CAPÍTULO III

3. El Protutor

Es nombrado con el fin de que fiscalice el ejercicio de la tutela, el ejercicio de la protutela es garantizar que el tutor esté cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones, tanto en el cuidado personal del pupilo, como en la correcta administración de sus bienes. "Según los antecedentes históricos, el protutor no existió en el derecho romano ni tampoco en el español, se cree que se originó en el derecho consuetudinario francés del cual fue tomado por el Código de Napoleón, en el que aparece esta figura con el nombre de vice tutor. Se cree que la figura de protutor nació por la necesidad de ejercer una constante vigilancia sobre los actos realizados por el tutor, fue esto lo que hizo pensar a los legisladores en la conveniencia de introducir en el complejo organismo tutela, una institución especial que llenara ese cometido"¹⁷. La ley es clara al establecer que el protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su correcto ejercicio.

3.1 Capacidad para ser nombrado protutor

El cuerpo legal antes citado en los Artículos del 293 al 351 regula lo relacionado a la

¹⁷ Rogina Villegas, Rafaél. Compendio de derecho civil. Pág. 154



institución de la tutela, siendo una normativa específica para regular la capacidad que debe tener una persona para que sea nombrado tutor o protutor; en este espacio trataremos lo relativo a la capacidad para que una persona sea nombrado protutor.

Para el nombramiento del protutor se requiere que cumpla con los mismos requisitos que la ley establece para el nombramiento del tutor, la normativa sobre el protutor es bastante mínima, se circunscribe a lo que regulan los Artículos 304 y 305 del Código Civil. El Artículo 304 del código referido regula: "Protutor. El protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio.

La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor; puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúna las condiciones de notoria honradez y arraigo". Claramente se establece que la ley es garante del recto ejercicio de la tutela.

3.2 Prohibiciones para ser nombrado protutor

En lo concerniente a las prohibiciones para que se realice el nombramiento del protutor, la ley establece que son las mismas que para las del tutor, no obstante que la labor del protutor es de fiscalizador en el ejercicio de la tutela, la ley no establece prohibiciones exclusivas para este cargo; dichas prohibiciones son las establecidas en el Artículo 314 del Código Civil, las cuales ya fueron mencionadas en el apartado anterior, que se refiere al la figura del tutor.

3.3 Nombramiento del protutor

De igual manera que el tutor, el protutor es nombrado por los padres o los abuelos para sus hijos e hijas menores de edad; así también puede nombrarlos el juez cuando se trata de la institución de tutela legítima o judicial.

En el Artículo 304 del cuerpo legal antes citado en el segundo párrafo establece: “La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúna las condiciones de notoria honradez y arraigo”.

Nombramiento: El protutor es nombrado por el testador o elegido por el consejo de familia. Es pues, testamentario o dativo, pero nunca legal. Toda vez que se haya nombrado tutor, es necesario el nombramiento del protutor. En la práctica se realiza la solicitud para que sea nombrado el tutor y protutor en un solo acto, luego de proponer a los candidatos para dichos cargos, el juez hace el discernimiento respectivo.

“Como principales disposiciones con respecto al protutor figuran, además de su necesidad, y no ser renunciable el nombramiento sino por causa legítima, que el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin haber sido nombrado el protutor. El nombramiento de este no puede recaer en parientes de la misma línea que aquél



¹⁸ . Como podemos observar doctrinariamente se considera que ambos cargos no pueden recaer en parientes de la misma línea de parentesco y la ley no establece ese extremo.

3.4. Ejercicio de la protutela

“Protutor: Cargo creado para ejercer funciones de intervención individual en la tutela de menores e incapacitados. En cierto modo constituye un órgano de vigilancia del tutor. En el Derecho galo, el protuteur, que puede traducirse protutor, constituye en realidad el tutor o administrador específico de los bienes coloniales de un menor residente en Francia; o el de los bienes metropolitanos de un menor francés domiciliado en las colonias.

En la legislación francesa, la pieza tutela equivalente al genuino protutor hispánico se designa como tutor subrogado. Función. Este órgano, desconocido en la generalidad de los códigos hispanoamericanos, constituye un engranaje más que complica la recargada tutela española. El cargo lo admiten también el Código Civil portugués y el italiano.

La legislación guatemalteca no contempla lo relativo al incumplimiento de las funciones del protutor, pero al igual que el tutor se remueve cuando incumple sus funciones. La normativa no regula la forma como el protutor va a desempeñar sus

¹⁸ Aguilar Guerra. **Ob.Cit.** Pág. 490.



funciones, por lo que éste tendrá que buscar por sí mismo la forma en que va a desempeñar su cargo.

El protutor es un vigilante o centinela del menor contra su tutor infiel o negligente y da el grito de alarma al Consejo de Familia para prevenir el daño en el momento que amenaza.

“El protutor tiene voz pero no voto en las reuniones del Consejo de Familia. Le alcanzan las mismas incapacidades, excusas y causas de remoción que al tutor. Mientras se constituye fianza, el protutor ejerce los actos administrativos indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos. El protutor debe en su caso pedir la constitución de la hipoteca dotal. No puede el protutor comprar bienes de la persona que está bajo su protutela”¹⁹.

El protutor en ningún momento sustituye al tutor, cuando el tutor no puede desempeñar su cargo, por cualquier de las causas establecidas en la ley, el protutor no lo suplirá, sino que éste debe velar porque se nombre a un nuevo tutor; porque como ya se indicó el protutor intervendrá en las funciones de la tutela para asegurar su correcto ejercicio, concretando su labor en ejercer vigilancia sobre la actividad del tutor.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 766



3.5 Funciones del protutor

Las obligaciones en el ejercicio de la protutela las establece el Artículo 305 del Código Civil, las cuales son las siguientes:

- a) Intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe de prestar el tutor.
- b) A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.
- c) Promover el nombramiento del tutor, cuando proceda la remoción del que estuviere ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;
- c) A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y
- e) A ejercer las demás atribuciones que señala la ley.

3.6 Fiscalización de la tutela por el protutor

Doctrinariamente en cuanto a la fiscalización ejercida por el protutor, García Goyena hace un aporte muy importante para este tema: "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”²⁰. Según el Código Civil español, protutor es el cargo creado para ejercer las funciones de intervención o vigilancia en la tutela de menores e incapacitados.

3.7 Inhabilidad para el ejercicio de la protutela

Los doctrinarios en la materia han hecho énfasis en que los cargos de tutor y protutor se desempeñan en forma personal, como lo expresa Rogina Villega: “Al igual que con el tutor, el cargo de protutor es personal, por consiguiente el protutor no puede delegar sus funciones en persona extraña y mucho menos en persona que pertenezca a la misma línea del tutor; tan solo le está permitido valerse en su cometido de auxiliares de cumplimiento, a quienes puede encomendar la realización de operaciones materiales que no sean el traspaso jurídico de sus facultades de gestión e inspección del ejercicio de la tutela. Es necesario precisar que las causas de incapacidad, inhabilidad, excusa o remoción que la ley establece le son aplicables a los protutores, las misma que la ley establece para el tutor”²¹.

Si se toma en cuenta lo aseverado anteriormente que los cargos son ejercidos de forma personal, por ende el protutor no puede delegar sus funciones en persona extraña y mucho menos en persona que pertenezca a la misma línea del tutor, por lo que tampoco debe ser ejercido el cargo de protutor por una persona que pertenezca

²⁰ Cabanellas Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, volumen III. Pág. 419.

²¹ Rogina Villegas. Rafael. **Derecho mexicano**. Pág. 568

a la misma línea de parentesco; porque suponiendo, que el tutela legítima recaiga en el abuelo paterno y la protutela en la abuela paterna.

De lo expresado anteriormente cabe preguntarse ¿Que efectiva será la fiscalización ejercida por el protutor si el tutor es el abuelo paterno y protutor la abuela paterna?; la respuesta es clara no podrá haber una efectiva fiscalización si ambos son esposos y en la vida diaria se dan mucho casos en esa condición, porque no existe la prohibición en la ley; conociéndose casos específicos en que el tutor es el abuelo paterno y la abuela paterna ha sido nombrada protutora, vulnerándose el derecho que por las leyes de la naturaleza, les corresponde a la familia materna del pupilo.

3.8 Excusas para el ejercicio de la protutela

Como principio diremos que los cargos de tutor y protutor son irrenunciables, pero admite excepciones las cuales se fundamentan en el interés público; las excusas para el ejercicio de la tutela y protutela tienen que ser causales legítimas debidamente justificadas y pueden ser de tipo legal y extra legal.

Las excusas de tipo legal se encuentran reguladas en el Artículo 317 del Código Civil, en cuando a las de tipo extralegal no se encuentran establecidas y por lo tanto el juez competente no está obligado a admitirlas, pero si se presentan en el desarrollo del ejercicio de la tutela y el titular del órgano jurisdiccional las resolverá



El Artículo 318 del Código referido, regula que las personas que no siendo parientes del menor de edad incapacitado, fueren llamados a ejercer la tutela o protutela, no están obligados a su aceptación si hubiere personas llamadas por la ley, para su ejercicio, que no tengan excusas o impedimentos para el ejercer dichos cargos.

El Artículo 317 del mismo cuerpo legal preceptúa: Excusa. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

- 1°. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- 2°. Los mayores de sesenta años;
- 3°. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- 4°. Las mujeres;
- 5°. Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;
- 6°. Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y
- 7°. Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.

3.9 Remoción del tutor y protutor

Tanto el tutor como el protutor serán removidos de sus cargos, cuando se demuestre negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño de sus cargos; los que incitaren al pupilo a la corrupción o a cometer un ilícito penal; así como los que emplearen maltrato para el menor; los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñen la tutela y protutela. En la presente investigación se considera que de acuerdo a lo estipulado legalmente para la remoción tanto del tutor, como del protutor cuando han cometido alguna causal para su remoción, de igual manera debe procederse cuando ambos cargos han recaído en personas que pertenecen a la misma línea de parentesco con el pupilo.

En las estadísticas judiciales no aparecen registrados los casos de niños y niñas que han sido entregados a tutores paternos, en virtud de la vulnerabilidad de éstos pequeños. En algunos procesos se determinó que los cargos de tutor y protutor son ejercidos en parientes de la misma línea de parentesco; y más grave aún, figuran como tutor el abuelo paterno y como protutora la abuela materna, los procedimientos carecen de un estudio psicológico que garantice que a los pupilos verdaderamente se les esté garantizando la seguridad física, emocional, educativa y todo lo que conlleva a su desarrollo como personas y que a la vez se esté garantizando el patrimonio al que tienen derecho, pues muchas veces es el aspecto material que inclina a cierta línea de parentesco a buscar el ejercicio de la tutela de niños y niñas

que por una u otra razón han quedado en la orfandad y que no tienen suficiente edad para cuidarse así mismo, mucho menos tener la idea sobre el patrimonio que les pertenece.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente se considera de suma importancia, que existan lineamientos legales para que se prohíba que los cargos de tutor y protutor recaigan en la misma línea de parentesco y mucho menos en abuelo y abuela paternos, siendo de mucha importancia por el bienestar e interés superior del niño y la niña el equilibrio y equidad en el ejercicio de la institución de la tutela; por lo que en el siguiente capítulo se entra a considerar la regulación legal en cuanto al orden en el ejercicio de la tutela.

CAPÍTULO IV

4. Regulación en el Código Civil de la institución de la tutela

La legislación guatemalteca contempla la institución de la tutela regulando los requisitos para ser nombrado tutor, las clases de tutela y específicamente lo concerniente a la tutela legítima que es la materia que nos ocupa en el presente trabajo de investigación.

4.1 Regulación en el Código Civil de la institución de la tutela legítima

La tutela legítima es la que específicamente regula la ley atendiendo a los lazos de parentesco que existe entre el pupilo con el tutor mediante el llamamiento legal. Esta clase de tutela la regula en el Artículo 299 del Código Civil, el cual establece: La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1°. Al abuelo paterno;

2°. Al abuelo materno;

3°. A la abuela paterna;

4°. A la abuela materna; y



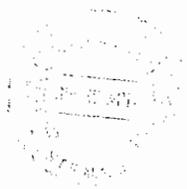
5°. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

La tutela legítima es la llamada directamente por la ley, de donde toma el nombre de legítima; se da cuando no existe tutor nombrado en testamento por el padre o la madre o bien cuando se excusa o es removido el tutor testamentario.

4.2 Nombramiento del tutor legítimo

El tutor legítimo es nombrado por el juez mediante los requisitos establecidos en la ley, la solicitud procede por intervención directa de quien pretende ser el tutor, en todo caso del abuelo paterno principalmente por ser el primero en el orden que establece la ley o en ausencia de persona interesada, por solicitud emanada por la Procuraduría General de la Nación o por un pariente del menor de edad o incapacitado.

Realizada la solicitud para el nombramiento ante el órgano jurisdiccional, habrá que seguir la secuencia del desarrollo del proceso, el cual en cada una de sus etapas el juez irá resolviendo conforme a derecho lo que proceda, dando intervención a la Procuraduría General de la Nación, hasta que se concluya con el nombramiento tanto del tutor como del protutor y consecuentemente con el discernimiento de ambos cargos, haciendo la salvedad de que el nombramiento de los dos se realizará conjuntamente.



4.3 Ejercicio de la tutela legítima

El ejercicio de la tutela legítima recae sobre parientes del pupilo, debido a que el parentesco legitima a estos para que se encarguen del cuidado de la persona del menor de edad o incapacitado, así como de la administración de sus bienes, en tanto éstos llegan a la mayoría de edad.

Para el ejercicio de la tutela la ley establece el orden de prioridad que ya hemos indicado antes; el problema que presenta el orden que la ley establece, es que no deja abierta la posibilidad de poder elegir a la persona que reúna las condiciones de solvencia, idoneidad y preparación que esta condición constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

El caso es que el ejercicio de la tutela legítima de acuerdo a la normativa legal, debe de realizarse conforme a los lineamientos que establece el Código Civil, en el párrafo III del capítulo IX establece el ejercicio de la tutela, el tutor legítimo en relación a las demás clases de tutela, tienen los mismos requisitos y el desarrollo de la figura tutelar es el mismo; deberá ser nombrados y discernido el cargo por un juez competente, deberá realizar inventario y avalúo de los bienes del pupilo dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, en ningún caso el tutor queda eximido de esta obligación, aún cuando es por disposición testamentaria; deberá constituir una garantía para asegurar el importe de los bienes del pupilo.



Dentro del primer mes de ejercer el cargo, el tutor someterá a la aprobación del juez el presupuesto de gastos para la administración del año; si hubiere gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, deberá solicitar autorización al juez.

4.4 Funciones del tutor legítimo

Como función principal del tutor legítimo es la de velar por el bien del pupilo, su educación, alimentación, formación integral para que se desarrolle como buen ciudadano dentro de la sociedad; además la función de proteger y cuidar al pupilo, enseñarle un oficio, así como también administrar su patrimonio siempre buscando que el mismo no disminuya, sino que por el contrario, procurará que éste se incremente; llevando las cuentas detalladas respaldándose documentalmente, además llevará un control detallado del inventario de todos los bienes que le pertenecen al pupilo.

Asimismo, el tutor es el representante legal del pupilo en todos los actos civiles en los cuales el pupilo tenga interés; el pupilo debe respeto y obediencia al tutor y éste podrá ejercer autoridad sobre él, con las limitaciones que la ley le estipula. En la doctrina también se encuentra aseverado lo siguiente: “Los menores o incapacitados deben respeto y obediencia al tutor; y éste podrá corregirlos moderadamente. Sin duda, como tal corrección es un eufemismo por pegar, entendemos que no cabe con los incapacitados, mayores de edad y excluidos de las tundas paternas, cuanto más de las extrañas”²².

²² Rogina Villegas. **Ob.Cit.** Pág. 239



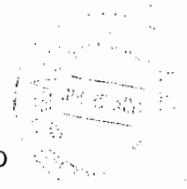
En el desarrollo de la tutela, el tutor deberá cumplir con las siguientes obligaciones.

Además de las ya expuestas: "Obligaciones del tutor:

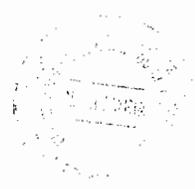
- 1º. Alimentar y educar al menor o incapacitado, con arreglo a su condición y según las disposiciones de los padres o las del consejo de familia;
- 2º. Procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del sordomudo, loco o demente, que estos adquieran o recobren la capacidad;
- 3º. Hacer inventario de los bienes a que se extienda la tutela, en el plazo que se establezca;
- 4º. Administrar el caudal de los menores o incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia;
- 5º. Solicitar oportunamente la autorización para lo que le precise;
- 6º. Procurar la intervención del protutor cuando corresponda.

Limitaciones. No puede hacer el tutor sin autorización de quien corresponda:

- 1º. Imponer al menor castigo corporal y los de retención casera o detención en establecimiento especial;



- 2°. Darle carrera u oficio, de no estar resuelto por los padres, o para modificar lo dispuesto por ellos;
- 3°. Recluir al incapaz en establecimiento de salud, a menos de ser el tutor el padre, la madre o algún hijo.
- 4°. Continuar el comercio o la industria a que el incapacitado o sus ascendientes o los del menor hubieran estado dedicados;
- 5°. Enajenar o gravar bienes del capital de los menores o incapaces y hacer actos o contratos sujetos a inscripción;
- 6°. Colocar el dinero sobrante de cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela en la cuenta que corresponda;
- 7°. Proceder a la división de la herencia o de otra cosa común del tutelado;
- 8°. Retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses;
- 9°. Dar y tomar dinero a préstamos;
10. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las donaciones;

- 
11. Hacer gastos extraordinarios en las fincas;
 12. Transigir y comprometer en árbitros las cuestiones del tutelado;
 13. Entablar demandas en nombre de los sujetos a tutelar y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubieran sido condenados, pero con excepción de las demandas y recursos en juicios verbales²³.

Las funciones del tutor serán vigiladas por el protutor, el tutor puede actuar en el ejercicio de su cargo en todos los actos para los que la ley le faculta; pero cuando necesite disponer de los bienes del pupilo, solo podrá hacerlo con autorización judicial, para lo cual el juez antes de resolver deberá comprobar la utilidad y necesidad para disponer de los bienes del menor e incapacitado dicha necesidad solo podrá ser por motivos de enfermedad y educación, demostrando la utilidad y necesidad el juez procederá a otorgar la autorización y como ya se indicó, mediante hechos debidamente comprobados y que a criterio del juez sean suficientes y convincentes, para el bienestar del pupilo.

4.5 Garantía que deben prestar el tutor y protutor

Al haber practicado el inventario, el tutor y protutor quedan solidariamente obligados a constituir la garantía que establece la ley de acuerdo al Artículo 321 del Código Civil.

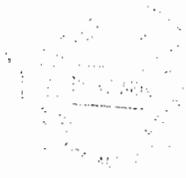
²³ **Ibid.** pág.240.

La finalidad de la constitución de la garantía es garantizar el resarcimiento por incumplimiento o daños en la administración de los bienes del pupilo. La obligación de prestar garantía únicamente se les exime cuando el tutelado no tenga bienes o si la tutela fuere testamentaria y así lo disponga el testador sobre los bienes de la herencia; no obstante si durante el ejercicio del cargo, surge la necesidad de prestar la garantía por que si, existen bienes a favor del pupilo, deberá darse aviso al juez para que se cumpla con la referida obligación.

El objetivo de constituir garantía es para asegurar el importe del patrimonio del pupilo, la misma podrá aumentar o disminuir si el patrimonio sufre alguna variación y podrá constituirse ya sea mediante hipoteca, prenda que puede constituir depositando los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y a falta de ello en una persona de notorio arraigo; o fianza otorgada por alguna institución bancaria o institución legalmente autorizada para el efecto. El juez puede admitir la garantía personal y aún la caución juratoria, cuando a su juicio fueren suficientes tomando en cuenta el valor de los bienes que haya de administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste, de acuerdo a lo fundamentado en el Artículo 325 del Código Civil.

4.6 Actos para los que el tutor requiere autorización judicial

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 332 del Código Civil, el tutor necesitará autorización judicial:

- 
- 1°. Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor o incapacitado, para dar los primeros en arrendamiento, por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año, para hacer o reconocer mejoras que no sean necesarias; para constituir servidumbres pasivas y en general para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pase de Q.500.00. Los contratos a que se refiere este inciso no pueden ser prorrogados.
 - 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.

De acuerdo a lo estipulado en el Artículo 333 del Código citado anteriormente, la venta de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse extrajudicialmente, pero nunca por un valor menor del que se

cotice en la plaza el día de la venta, lo cual deberá comprobar el tutor al rendir sus cuentas.

Así mismo, el tutor necesita autorización judicial para disponer del capital del menor o incapaz, es decir tomar parte del capital del pupilo. Este caso se da cuando los ingresos no alcanzan para su educación y alimentos, en este caso, el juez autoriza al tutor para que utilice una parte del capital del pupilo con el fin de que éste reciba educación; es en situaciones como esta que el tutor demuestra que efectivamente está velando porque al pupilo no le falte nada y tenga lo esencial para su desarrollo físico y académico.

4.7 El derecho del tutor y protutor a obtener una retribución

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 340 del Código Civil, el tutor y protutor tienen derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará de 5 ni excederá del 15 por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere producido rentas o productos líquidos, la fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela. La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor correspondiendo al primero el 75 por ciento y al segundo el 25 por ciento restante.



Quando el tutor y el protutor hubieren sido removidos por su culpa, no tendrán derecho recibir la retribución.



CAPÍTULO V

5. Remoción y separación del cargo del tutor y protutor

La remoción y separación del cargo de tutor y protutor, doctrinariamente puede darse por varias causas entre ellas tenemos:

- "Por no haber reclamado el nombramiento del protutor
- Por estar o quedar a su vez sujeto a otra tutela
- Por ser condenado por delitos contra la propiedad o las buenas costumbres
- Por haber sido removido de tutela anterior
- Por mala conducta o no tener una manera conocida de vida
- Por concurso de acreedores o quiebra
- Por disputas con el pupilo acerca del estado civil de éste
- Por ser extranjero y ausentarse del país

- Por no haber prestado fianza o inscrito la garantía hipotecaria que por su función debe prestar

- Por no elaborar inventario

- Por hacerlo fuera del plazo y elaborarlo sin fidelidad

- Por conducirse mal en el desempeño de la tutela²⁴.

El Artículo 316 del Código Civil, refiere que serán removidos de la tutela y protutela los que demuestren negligencia o sean infieles en el desempeño del cargo, los que inciten al pupilo a corrupción o a cometer un delito, los que emplearen mal trato con el menor, los que hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes, créditos, activos o pasivos; y los que se ausenten del país por más de seis meses del lugar donde desempeñen la tutela y protutela. Las normas jurídicas en Guatemala establecen los mismos motivos para separar o remover del cargo tanto al tutor como al protutor.

Así mismo, en cuanto al Artículo 315 del mismo cuerpo legal citado, se refiere a la separación del cargo de tutor y protutor, al especificar que a quienes les sobrevenga alguna de las incapacidades que dan lugar a las prohibiciones que establece la ley para ejercer la tutela y protutela, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente del pupilo.

5.1 Extinción de la tutela

La extinción de la tutela se da cuando la protección del menor o incapacitado no sea necesaria por haber llegado a la mayoría de edad o sea que ha desaparecido el hecho que originó la misma. Encontramos algunas causas de extinción de la tutela:

- a) El menor alcanza la mayoría de edad, que es a los 18 años;
- b) Por adopción, en este caso el pupilo adquiere la protección y asistencia del adoptado y el adoptante tiene la facultad de pedir la rendición de cuentas al tutor;
- c) Por cesar la causa que la motivo, es decir cuando la persona protegida es un incapaz recupera su capacidad civil, la cual se decreta mediante declaración judicial;
- d) Por muerte del pupilo,
- e) Por la restitución a los padres la patria potestad, este es el caso, cuando los padres han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, como lo preceptúa el Código Civil en los Artículos 273 y 274.

²⁴ Cabanellas, Ob.Cit.Pág.626.

La institución tutelar no desaparece con la muerte del tutor, porque inmediatamente es sustituido por el protutor mientras se nombra otro tutor.

5.2 Rendición final de cuentas de la tutela

La rendición final de cuentas de la tutela, la debe realizar el tutor anualmente, al concluirse la tutela o cesar en su cargo, ante un juez con la intervención del protutor y la Procuraduría General de la Nación; la misma se realizará dentro del plazo de sesenta días contados desde que terminó el ejercicio de la tutela. Cuando el tutor es sustituido por otro, el que toma el cargo deberá exigir la entrega de los bienes, la rendición de cuentas, si no lo hiciera éste será responsable de los daños y perjuicios que su omisión cause.

El tutor está obligado a rendir cuentas en los tres casos siguientes:

- a) Anualmente durante el ejercicio de la tutela;
- b) Al concluirse la tutela; y
- c) Al sustituirse un tutor por otro.

Doctrinariamente las cuentas se rinden en forma privada, pero si no se pusieren de acuerdo lo harán a través de la vía judicial, en forma anual ante el juez. Las cuentas



deberán rendirse de manera justificada contra los documentos que justifiquen los gastos, los ingresos que se hayan realizado durante el ejercicio tutelar, como lo preceptúan los Artículos 347 y 348 del Código Civil: "Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre extender documento. Los gastos de la rendición de cuentas serán a cargo del menor o incapacitado".

El tutor cuando concluya la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo todos los bienes y documentos que le pertenecen, pero si estuviere pendiente la rendición de cuentas, esta obligación no se suspende. Los saldos de las cuentas que resulten a favor o contra del tutor producen interés legal, en caso de que sean a favor del tutor empezarán a correr desde el momento en que sea requerido de pago el pupilo, previa entrega de los bienes y en caso de que el saldo sea a favor del pupilo, también genera intereses, desde la rendición de cuentas, si hubiese sido rendidas dentro del término legal en caso contrario desde que ésta expire de acuerdo a lo establecido en el Artículo 350 del Código relacionado.

Las acciones u obligaciones que recíprocamente les correspondan tanto al tutor como al ex pupilo, en razón del ejercicio de la tutela se extingue a los cinco años de concluida la misma.

5.3 Importancia de reformar el Código Civil en relación a prohibir que el tutor y protutor sean parientes entre sí, para el ejercicio de la tutela del niño o niña que no están sujetos a patria potestad

El Código Civil Decreto Ley 106 en los Artículos 294 y 295 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. 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.

Como podemos observar en el párrafo anterior, ambos cargos son públicos y a la vez personales no pueden delegarse y para el desempeño de estos cargos están obligadas todas las personas; el precepto legal que ampara lo ya referido es muy amplio porque indica que todas las personas están obligadas a desempeñar el cargo de tutor y protutor, siempre que gocen de sus derechos civiles, pero no existe la prohibición de que no sean parientes entre sí, lo cual crea una controversia, debido a que si el protutor es el encargado de ejercer supervisión sobre el ejercicio correcto de las funciones del tutor, no podrá realizarlo de una manera imparcial si existe parentesco entre ellos.

Como un ejemplo claro se tiene en el caso de la tutela legítima donde el abuelo paterno gestiona que se le otorgue la tutela que por ley le corresponde en primer orden y a la vez la abuela paterna solicita se le otorgue el nombramiento como protutora; y, a

la vez el juez les discierne el cargo a ambos porque en la ley no existe ninguna prohibición y como tampoco existe una supervisión por una tercera persona, las funciones de ambos en determinado momento pueden ser al margen de lo establecido en la ley y no habrá forma de garantizar su correcto ejercicio, poniendo en riesgo la formación integral del pupilo y la correcta administración de su patrimonio.

Como ya se indicó hay niños y niñas que han quedado en orfandad y cuya tutela es ejercida por el abuelo paterno y la abuela materna es la protutora y existen circunstancias en las cuales la familia paterna en muy raras ocasiones ha tenido acercamiento con los menores de edad con quienes les une parentesco y existen intereses de por medio por los que de alguna manera se verán beneficiados, gestionan ante los órganos jurisdiccionales y la Procuraduría General de la Nación, para que sean nombrados como tutor y protutor, logrando así que les sea discernido el cargo y los niños y niñas quedan bajo la figuras de tutela y protutela legítima, sin que sea tomado en cuenta el aspecto de parentesco entre ambos.

Cabe comentar que el legislador no previó este aspecto y regular sobre la prohibición de que exista parentesco entre tutor y protutor situación tan importante en la vida de la niñez, para su cuidado físico, emocional y a la vez la correcta administración de sus bienes, que por azares de la vida han perdido a sus padres y muchas veces a sus hermanos al mismo tiempo en hechos trágicos y que cuando lleguen a la edad en la cual puedan hacerse cargo del cuidado de su persona y de sus bienes, se encuentren



con que no cuentan con ningún haber en su patrimonio, porque los abuelos paternos ejercen el derecho que la ley les concede prioritariamente para obtener la tutela.

Al existir bienes materiales de por medio y por ser la línea paterna la que en determinado momento se considere con mayor derecho por ser parientes del padre y que por encontrarnos ante una sociedad donde predomina el machismo, consideran que el padre es quien adquirió la mayoría de bienes, a ellos les corresponda la sucesión de dichos bienes y toman la institución de la tutela y protutela como una forma de administrar esos bienes que a la postre pasen a formar parte de su propio patrimonio, sin importar el daño que puedan causar a los niños y niñas sujetos a la institución tutelar.

El trabajo de campo realizado ante los órganos jurisdiccionales específicamente en el juzgado séptimo de primera instancia de familia del municipio de Guatemala departamento de Guatemala y a través de entrevistas y cuestionarios elaborados resueltos por profesionales del derecho que han tenido que tramitar dentro de los asuntos de familia, casos relacionados con la tutela legítima, existen casos en los que se ha nombrado tutor y protutor a los abuelos de la línea paterna; de un niño o niña que por algún hecho trágico ha quedado huérfano o huérfana de ambos padres y donde también ha perdido a sus hermanos en un hecho trágico siendo él o ella único sobreviviente, los abuelos paternos hicieron uso del derecho que les concede la ley para que fueran nombrados tutor y protutor dentro de la misma línea, cargo discernido por un juez de familia amparado en ley, pero como la ley no prohíbe que ambos cargos

sean desempeñados por el abuelo y abuela paternos, los casos se han resuelto de manera favorable para los referidos solicitantes.

Resultando de lo expuesto, procedente la reforma al Código Civil para normar que en la tutela legítima sea tutor el abuelo paterno, pero que como protutor sean nombrado un familiar del pupilo de la línea materna; se torna necesaria esa reforma a la ley, porque aunque se crea que son casos muy aislados y remotos, si se dan en las familias guatemaltecas y son hechos que causan conmoción que viéndolo desde un punto de vista neutral, esta triste historia en nuestro país sucede con mucha frecuencia y se evidencia más que todo, el interés de los familiares en ejercer la tutela y protutela dentro de la misma línea de parentesco por intereses sobre los bienes que por derecho les corresponde a los pupilos.

Jurídicamente se considera que los niños y niñas sujetos a tutela están siendo protegidos de la mejor manera, pero la realidad es que no existe un mecanismo de control directo sobre las funciones de tutor y protutor de manera inmediata y cuando el pupilo llega a la edad en que puede hacerse cargo de su persona y de su patrimonio, resulta que no tiene ningún bien material con el cual pueda hacerle frente a la vida.

En este trabajo de investigación no se hace mención casos concretos que puedan identificar a los niños y niñas que se encuentran en las condiciones descritas, por tratarse de casos de niñez los cuales se manejan bajo las mayor discreción debido al bien superior del niño y la niña y para proteger la identidad de estas pequeñas



personas que están creciendo para ser el día de mañana buenos ciudadanos y ciudadanas, pero por las situaciones trágicas que les ha tocado vivir en la vida y si no se da la protección necesaria para que puedan tener un cuidado íntegro tanto de su persona como de su patrimonio, el mismo sistema legal provocará que ellos y ellas sean personas con escasos valores para ser en la vida adulta los buenos guatemaltecos que tanto necesitamos para crear una sociedad íntegra.

5.4 Derecho comparado

Dentro de las normas jurídicas extranjeras podemos mencionar:

5.4.1 Ordenamiento jurídico español

El gobierno español ha recalcado importancia a la institución de la tutela al manifestar: "Se establece la tutela para garantizar de forma permanente y estable la guarda y protección de la persona y bienes del tutelado"²⁵.

"En la ley catalana no se nombra protutor, sino que un administrador de bienes del tutelado. Nombramiento de un administrador: Cuando además del cuidado de la persona sea preciso proveer para el cuidado de los bienes, el juez nombrará un administrador. Si el juez no lo estima procedente, no es obligatorio nombrarlo; en caso de que no se le nombre, actuará el Ministerio Fiscal. Para nombrarle no es preciso

²⁵ Ministerio de Justicia Español, *Guía sobre tutelas y demás instituciones de guarda legal*, 1994.



seguir las reglas de la tutela, pero sí elegir a la persona más beneficiosa para el menor o incapacitado.

Al final de su gestión el administrador, deberá rendir cuentas al juez, aplicando analógicamente y con las adaptaciones oportunas las reglas de la tutela las cuales se encuentran reguladas en los Artículos 279 al 285 del Código Civil español; salvo en cuanto a los plazos, ya que aquí será inmediatamente. Tanto el Código Civil español en el Artículo. 231 como la Ley Catalana, Artículo. L39/1991, regulan las audiencias que se pueden o deben llevar a cabo en la fase de instrucción, el juez constituirá la tutela previa audiencia a los parientes más próximos requisito constitutivo.

No se determina grado de parentesco, y ello es lógico y correcto, pues dada la subjetividad y complejidad de las relaciones familiares, podría ocurrir que el pariente excluido fuera el que mayores relaciones tuviera con el sometido a tutela, este inconveniente se solventa con la audiencia de las personas que el juez considere oportuno. Serán oídos los ascendientes, descendientes y los colaterales hasta el cuarto grado. El juez también otorgará audiencia a los profesionales que rodean al menor o incapaz, psicólogos, psiquiatras, cuidadores.

Con la reforma operada por Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, se reconoce expresamente el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una

decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Artículo 9. La fianza, como obligación del tutor.

En la compilación Catalana y en la compilación de Aragón, como en la compilación de Navarra, las leyes proveen una fianza como garantía que asegure el cumplimiento de las obligaciones del tutor, tanto las obligaciones personales como las patrimoniales. En sentido patrimonialista es un medio para asegurar los eventuales o futuros créditos que puedan surgir a favor del menor o incapaz, durante la vida de la tutela. La fianza es exigida por el juez, pero de acuerdo a una reforma de 1983, concede al juez el criterio de poder exigir o eximir de la fianza al tutor, dado que por lo oneroso y generalmente gratuito del cargo de tutor y concede al juez el poder de establecer medidas de vigilancia o control que estime oportunas. Artículo. 233 C.C”²⁶.

“En el ordenamiento jurídico español y de acuerdo a la ley catalana, esta establecido nombrar tutor para los menores de edad e incapacitados que carezcan de patria potestad, ya sea en tutela testamentaria o legítima para el cuidado de su persona y les es nombrado un administrador de sus bienes, cargo que puede recaer en familiares del tutelado o en persona particular; pero previo a su nombramiento, el juez a cargo realiza una audiencia en la cual se da participación a los parientes del tutelado hasta el cuarto grado de consanguinidad”²⁷.

²⁶ <http://www.mju.es/guía-tutelas.html> (10 de septiembre del año 2012)

²⁷ Ministerio de Justicia Español, **Guía sobre tutelas y demás instituciones de guarda legal**, 1994.

En la normativa guatemalteca, no se nombra administrador, sino que un protutor; el problema de la legislación guatemalteca, es que el juez a cargo no fija audiencia para que sean escuchados los parientes del pupilo, sino que a la solicitud del tutor legítimo automáticamente previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, se le discierne el cargo de tutor y protutor y ambos cargos en determinado momento recaen en parientes de la misma línea paterna y en algunos casos el tutor legítimo es el abuelo paterno y la protutora legítima es la abuela paterna, considerando que sería más conveniente que el protutor fuese nombrado de la línea materna.

5.4.2 Ordenamiento jurídico italiano

“En Francia, la representación de los incapaces no sujetos a patria potestad ha sido absorbida por la tutela, sustituyendo a la curatela. Sin embargo existen países aunque distinguen la tutela de la curatela, como en el caso de Alemania, que admite la tutela cuando el padre o en ausencia de este el tutor no puede atender aspectos de esta, o en padecimientos o enfermedades corporales o mentales no requieren declarar la interdicción; también acepta la curatela para los ausentes, las personas por nacer, etc.

En el ordenamiento jurídico italiano que es el que corresponde a este apartado, está establecido: “el trámite de la tutela puede ser llevado por una oficina notarial entre las funciones y poderes atribuidos al Cónsul, se comprende una serie de actas que normalmente en Italia son de competencia de escribanías. Las principales actas que en general pueden ser realizadas por la oficina consular son:

- Poderes especiales o generales
- Convenios matrimoniales
- Escrituras privadas con autenticación de firma
- Declaraciones sustitutivas de actas notariales
- Notificaciones
- Tutela
- Legalizaciones

Se establece en la legislación italiana, que el Cónsul ejerce, con relación a los ciudadanos residentes en la circunscripción consular, funciones y poderes en materia de tutela, al juez tutelar le son atribuidas funciones como emitir provisiones de voluntaria jurisdicción en materia de derecho de familia y sucesión.

- La determinación más frecuente es la autorización al otorgamiento o renovación de pasaporte de padres de hijos menores.
- El Cónsul puede emanar tal provisión sobre la base de una instancia motivada por parte de los interesados, acompañada eventualmente por documentación justificativa, copia de la sentencia de separación o divorcio, declaración de imposibilidad de ser encontrado el otro cónyuge, prueba del pago de eventuales alimentos, etc."²⁸.

²⁸ Ministerio de Justicia Español, **Guía sobre tutelas y demás instituciones de guarda legal**, 1994.

5.4.3 Ordenamiento jurídico salvadoreño

En el país centroamericano salvadoreño el nombramiento y discernimiento de cargo de tutor para representar a un menor o incapaz, le corresponde al juez a solicitud del interesado. Sin embargo el nombramiento y discernimiento del cargo de tutor testamentario se puede realizar notarialmente; en el ordenamiento jurídico guatemalteco el único competente para discernir el cargo de tutor y protutor según la ley es a un Juez competente, aún en caso de tutela testamentaria.

En cuanto al discernimiento de ambos cargos tenemos: "No cabe ejercer la funciones de tutor, ni aún por nombramiento paterno, sin que el cargo sea discernido por juez competente, que autorice al nombrado para ejercer sus funciones. Es juez competente para el discernimiento de la tutela es el del lugar en que los padres tenían su domicilio el día del fallecimiento, aun cuando los bienes del menor se encuentren fuera de su jurisdicción. Para discernir la tutela, el autor confirmado o nombrado asegurará bajo juramento el buen desempeño de sus funciones. Priva de validez a los actos practicados por el tutor a falta de discernimiento judicial; pero el ulterior discernimiento implica ratificación de lo actuado, siempre que no haya perjuicio para el menor. Aun discernida la tutela, los bienes del pupilo no se entregan al tutor hasta luego del inventario y avalúo judicial"²⁹.

²⁹ Cabanellas, *Ob.Cit.* Pág. 267.

CONCLUSIONES

1. El ámbito de acción de la institución tutelar es eminentemente con fines sociales, para proteger al niño o niña que no están sujetos a patria potestad y a las personas mayores de edad que han sido declarados en estado de interdicción y que carecen de representación legal, para el cuidado de su persona y de sus bienes; por lo que es menester que la referida institución se ajuste a los requerimientos actuales de la niñez.
2. La figura de la tutela ha sido creada con el fin de que el tutor represente legalmente al pupilo y que a la vez sea el encargado de proporcionarle alimentos, educación y todo lo necesario para que logre el desarrollo integral que todo niño y niña necesita para su completo desarrollo; por lo que el ejercicio de la tutela y la protutela deben ceñirse a los lineamientos que la ley establece.
3. La ley sustantiva no llena los requisitos que se requieren para el ejercicio íntegro y eficiente de la tutela y protutela, existiendo un vacío legal debido a que no establece ninguna limitante en cuanto a que entre tutor y protutor no exista parentesco; la falta de regulación en ese sentido, trae como consecuencia el incumplimiento en el ejercicio de la tutela, al no existir certeza jurídica.
4. La institución de la tutela es protectora de la niñez y por ende la ley debe establecer plenamente las garantías para que el ejercicio de la tutela, se desarrolle enfocado



al bien superior del niño y niño que por alguna razón han quedado en orfandad; por lo que el juez que ha discernido el cargo al tutor, debe ordenar supervisiones periódicas para determinar las condiciones en que se encuentra el pupilo y que éste se encuentre a cargo de la persona que fue nombrada para el cargo y no a cargo de una persona distinta.

5. Se considera conveniente que el protutor preste garantía al igual que lo hace el tutor, porque es una manera de garantizar el manejo del patrimonio del pupilo, ya que la figura del protutor fue creada con el fin de defender los derechos del pupilo y si se le da participación en la rendición de cuentas, al prestar garantía, sería menos susceptible de ser inducido a un dictamen desfavorable en el manejo de las cuentas del pupilo.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe ampliar la ley en el sentido de establecer como requisito principal, que para el ejercicio del cargo del tutor legítimo y protutor, el juez debe tener competencia para decidir que los cargos recaigan, uno en la familia de la línea paterna y el otro en la línea materna, para que exista imparcialidad en el ejercicios de ambos cargos.
2. El Organismo Ejecutivo debe presentar una iniciativa de ley ante el Congreso de la República de Guatemala, para reformar el Artículo 304 del Código Civil Decreto Ley 106, regular que no exista parentesco entre tutor y protutor en el ejercicio de la tutela legítima, que el juez competente antes de discernir los cargos debe establecer plenamente que no exista parentesco entre ellos, que ambos pertenezcan a la misma línea de parentesco.
3. Los juzgadores antes de emitir la resolución para discernir el cargo al tutor y protutor legítimo, es conveniente que se escuche la postura de las personas que tengan parentesco cercano con el pupilo, para resolver en cuanto a la procedencia del cargo y sobre todo se le dé participación al pupilo para que externe opinión, de acuerdo a su edad y condiciones en las que éste se encuentre.

- 
4. Resulta conveniente que el Congreso de la República de Guatemala, modifique el orden establecido para el ejercicio del cargo del tutor legítimo, dejando en libertad a los órganos jurisdiccionales y a la Procuraduría General de la Nación, para que tanto los integrantes de la familia materna como paterna tengan los mismos derechos en el orden de nombramiento de los cargos.

 5. El Organismo Ejecutivo debe presentar una iniciativa de ley ante el Congreso de la República de Guatemala, para reformar el Artículo 299 del Código Civil Decreto Ley 106, en el sentido de que el orden para el ejercicio de la tutela sea más amplio y se considere lo más conveniente para el pupilo observando el bien superior del niño o niña sujetos a esta institución.

ANEXOS

5.5 PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY NÚMERO 106 ENRIQUE PERALTA AZURDIA JEFE DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO...

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce el derecho de toda persona a tener una familia como ente principal e importante dentro la sociedad, así también otorga al Estado de Guatemala la potestad de que se organice para proteger a la persona y a la familia y como fin supremo la realización del bien común.

CONSIDERANDO:

Que dentro del orden constitucional el Estado ha creado leyes especiales que son protectoras de la niñez y adolescencia; así como ratificado tratados y convenios internacionales para la protección integral de los niños y niñas con el fin de que tengan la protección tanto de la familia como del propio Estado.

CONSIDERANDO:

Que el actual Código Civil Decreto Ley 106 no cumple con los requisitos que exige la institución de la tutela debido a que en asuntos relativos a la niñez, de alguna manera les son violados sus derechos y el código regula las diferentes clases de tutela, pero estas no cumplen con los requerimientos que en la actualidad se necesitan, específicamente en lo relativo a la tutela legítima, en la que tiene la prioridad el abuelo paterno para el ejercicio de la tutela y la ley no especifica el orden en que se debe nombrar el protutor y muchas veces ambos cargos recaen en parientes de la línea paterna, sin tomar en cuenta a los parientes maternos del pupilo. Por lo que se hace necesario reformar el Artículo 304 del Código Civil en lo relativo a la institución de la tutela, en cuanto a la figura del protutor.

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente reforma al Código Civil Decreto Ley Número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.



Artículo 1. Se adiciona el siguiente párrafo al Artículo 304 del Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, el cual queda así: "... Para el nombramiento del protutor es necesario acreditar que entre tutor y protutor no exista parentesco, para el ejercicio de la tutela legítima de niños y niñas que no están sujetos a patria potestad".

Artículo 2. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario de Centro América, órgano oficial del Estado y será aplicable en aras de velar por el bien superior del niño y la niña que estén sujetos a la institución de la tutela legítima.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala a los _____ días del mes de _____ de dos mil _____.

f) Presidente del Congreso de la República

f) Secretario

f) Secretario





BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco, departamento de reproducciones.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editora Estudiantil Fénix, USAC, Tomo II. Guatemala, 1982.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Editora Estudiantil Fénix, Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, marzo 1996.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual,** Editorial Heliastas, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979. Octava edición.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Editorial depalma. 3ª. Edición. ; Buenos Aires, Argentina, 1962.

Diccionario enciclopedico ilustrado sopena. Editorial Ramón Sopena, S.A. Provensa, Barcelona, 1978.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Volumen II, 4ª. ed.; Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975.

GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo, **Derecho procesal civil guatemalteco. Aspectos Generales de los Procesos de Conocimiento.** Impresos Praxis. Guatemala (s.e.)

MONTERO Y CHACÓN, **Manual de derecho procesal civil guatemalteco.** Ed. Helvetia, Guatemala, 1999 Tomo I.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.



PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 15ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1983

PUIG PEÑA. Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo II. 3ª. Ed.; revisada, Ed. Pirámide, S.A: Madrid, 1876.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, España. Vigésima Primera edición 1192.

ROGINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Tomo II. Ed. Porrúa S.A. México 1978.

Legislación:

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

Código Civil Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

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