

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



**LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y
REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL
BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD**

JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA

GUATEMALA, MAYO DE 2015

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

**LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y
REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL
BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y de los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2015

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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana.
VOCAL I:	Lic.	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.	Daniel Mauricio Tejeda Ayena

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo
Secretario:	Lic.	Carlos Caceres

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Álvarez Quiroz
Vocal:	Licda.	María Lucrecia García de Guzmán
Secretario:	Lic.	José Antonio Meléndez Sandoval

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



Guatemala, 11 de Mayo del año 2011.

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Dr. Mejía Orellana.

De conformidad con el nombramiento emitido por la **UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**, con fecha veinticinco de agosto del año dos mil ocho, en la cual se me faculta como asesor de tesis del Bachiller JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA, a efecto de que realice las modificaciones de forma y de fondo que consideré oportunas en el trabajo de investigación intitulado **“LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD”**, y para el efecto procedo a emitir DICTAMEN DE ASESOR, a solicitud del bachiller JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Técnico General y Público y para lo cual procedo de la siguiente manera:

- a) El trabajo de tesis se denomina **“LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD”**.
- b) **Contenido Científico y técnico de la Tesis;** El sustentante abarcó en el presente trabajo de tesis, rubros de vital importancia desde el aspecto doctrinario como desde el marco constitucional y ordinario de la ley guatemalteca en relación a la tutela como punto de partida del estudio de tesis del sustentante.
- c) **Medidas y técnicas de investigación:** Los métodos que se utilizaron para realizar la investigación han sido el jurídico y el científico, el primero en atención a la naturaleza de la investigación la cual es eminentemente jurídica, el segundo para darle estructura y el rigor que establece el proceso de investigación científica.

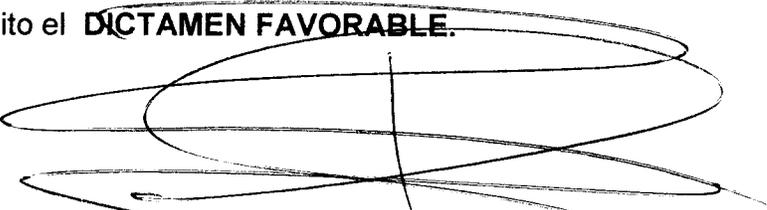


Lic. Jorge Francisco Domínguez Ruiz
Abogado y Notario
Calzada San Juan 0-41 Montserrat Uno Mixco Guatemala
Teléfono 25084292.

d) **La redacción.** El presente trabajo de tesis está compuesto por cuatro capítulos iniciándose el mismo desde las generalidades de la Institución jurídica como lo es la tutela, desarrollándose cada capítulo hasta concluir con la fiscalización del ejercicio de la tutela como finalidad central de nuestra tesis intitulada **“LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD”**

e) **Conclusiones y Recomendaciones.** Las cuales obedecen a la realidad social en que se encuentren inmersos los menores que son objeto de protección de la Tutela como Institución Jurídica y que en la realidad nunca son monitoreadas y/o supervisadas por ningún ente jurisdiccional o entidad pública o privada que velen por el buen desenvolvimiento del tutor como ente responsable, protector y administrador de los bienes y derechos de los menores sometidos a su protección.

En conclusión y en cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo al jefe de Unidad de Asesoría de Tesis que **APRUEBO** ampliamente la investigación realizada por el sustentante **JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA** por lo que emito el **DICTAMEN FAVORABLE.**


Lic. JORGE FRANCISCO DOMINGUEZ RUIZ
Abogado y Notario
Asesor de tesis
Colegiado 5974.





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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ ALFREDO SOLANO CHUY, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JUAN ANTONIO JERÉZ ROCA, Intitulado: "LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD".

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


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



cc. Unidad de Tesis
CMCM/cpt.



Lic. José Alfredo Solano Chuy

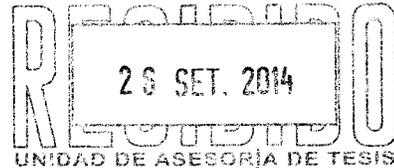
ABOGADO Y NOTARIO

8a. Avenida 12-29, Zona 1, 2do. Nivel, Of. 2 • Edificio Espinoza Castañeda
Teléfonos: 2220-9779 • 5890-6459

E-mail: josealfredosolanochuy@yahoo.es

Guatemala, 11 de junio del año 2014.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



Hora: _____
Firma: Samaris

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria, zona 12.

Dr. Mejía Orellana.

Por este medio de dirijo a usted respetuosamente, con el objeto de informarle, que a solicitud del estudiante de esta facultad **JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA**, quien se identifica con el número de carné estudiantil 9016946 fui nombrado como revisor del trabajo de su tesis intitulada **“LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD”**. Realizando la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla. Y en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales proceso a efectuar el presente dictamen.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las cuatro etapas del conocimiento científico, tales como: 1) El planteamiento del problema jurídico de actualidad; 2) El contenido de la investigación se encuentra inmerso en la hipótesis planteada que se enuncia de la siguiente manera, **LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCION PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD.”** Es de vital importancia para el desarrollo y protección del menor de edad, que se encuentra bajo su protección y cuidado de sus bienes. Es una herramienta esencial de protección familiar, 3) la recolección de la información realizada por el Bachiller JÉREZ ROCA, la que



Lic. José Alfredo Solano Chuy

ABOGADO Y NOTARIO

8a. Avenida 12-29, Zona 1, 2do. Nivel, Of. 2 • Edificio Espinoza Castañeda
Teléfonos: 2220-9779 • 5890-6459
E-mail: josealfredosolanochuy@yahoo.es

fue de gran apoyo en su investigación, ya que el material es considerablemente actual; 4) en consecuencia el ponente comprueba de manera irrefutable la hipótesis planteada; 5) La Estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia para el buen entendimiento de la misma así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y, la utilización de la técnica bibliográfica que comprueba que se hizo la recopilación de la bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado en tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en la medida de espacio, conocimiento e investigación ha estado apegado a las pretensiones del autor, en virtud de lo anterior APRUEBO la investigación realizada por el bachiller JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA, por lo que puede ser sometida a su discusión y aprobación.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Deferentemente:

Lic. JOSÉ ALFREDO SOLANO CHUY
Abogado y Notario
Revisor de tesis
Colegiado 6264

LIC. JOSÉ ALFREDO SOLANO CHUY
ABOGADO Y NOTARIO

DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la oportunidad de ver el amanecer cada día, contemplar el sol y disfrutar las mieles de la naturaleza, para luego descansar en la oscuridad y la penumbra de la noche, con la esperanza y la fortaleza de saber que existe el camino de la verdad y de la justicia.

A MIS PADRES:

Félix Enrique Jerez (+) y Ana Fidelina Roca Ruano, por haberme heredado el principio de vida, "Lo que más vale en la vida de una persona es la honestidad y la honradez, y que el nombre de un hombre hay que cuidarlo hasta los últimos días como principio de honradez".

A MI ESPOSA:

Por su apoyo y comprensión.

A MIS HIJOS:

Lesther Emmanuel y Lenin Fernando, con especial cariño.

A MIS HERMANOS:

Balbina, Mario, Alejandro, Francisco, Osmin, Ana, Mirza y Manuel.

A MIS AMIGOS:

Por su grata compañía, en especial a veneno (+), Byron, (+) Cusha, Alejandro, Marcelo, Marcelino, Mingo, Rafa, Polo, Gerardo, Gris, Julieta, Mayra, muy especialmente a los Licenciados Héctor Apolonio Coxaj Cuyuch, Juan Domingo Fuentes Morales (+) y Jorge Francisco Domínguez Ruiz, por su incondicional ayuda profesional

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.



A:

Universidad de San Carlos de Guatemala, alma mater, que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

481

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de abril de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN ANTONIO JÉREZ ROCA, titulado LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN, EXCUSA Y REMOCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, ATENDIENDO AL BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD. 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.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La tutela.....	1
1.1. Generalidades de la tutela.....	4
1.2. Definiciones de la tutela.....	14
1.3. Características de la tutela.....	19
1.4. Elementos de la tutela.....	24
1.5. Regulación jurídica.....	29

CAPÍTULO II

2. Clasificación de la tutela.....	41
2.1. Tutela testamentaria.....	42
2.2. Tutela legítima.....	46
2.3. Tutela judicial.....	50
2.4. Tutela legal.....	51
2.5. Tutela específica.....	51
2.6. Tutela especial.....	52
2.7. Especies de la tutela.....	54

CAPÍTULO III

3. Ejercicio de la tutela.....	61
3.1. Discernimiento del cargo.....	62
3.2. Autorización judicial.....	71
3.3. Prohibiciones para el tutor.....	73
3.4. Rendición de cuentas de la tutela.....	74



Pág.

3.5. El protutor.....	76
-----------------------	----

CAPÍTULO IV

4. Efectiva aplicación de las causas de inhabilitación, excusa y remoción.....	83
4.1. Inhabilidad para la tutela.....	84
4.2. Remoción de la tutela.....	88
4.3. Excusas para la tutela.....	90
4.4. La fiscalización del ejercicio de la tutela.....	93
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN



Justifico la presente investigación, lo que se busca con la institución de la tutela es la protección del menor de edad, y por ello debe atenderse a todos los factores que prohíben que una persona ejerza dicho cargo; de igual manera las causas que dan como resultado la remoción para el ejercicio de la tutela y las excusas para ejercer el cargo.

Es importante que exista fiscalización en el ejercicio de la tutela, para poder determinar cuando exista inhabilitación o causa para la remoción; así como atender a los casos en los cuales exista excusa para el ejercicio del cargo, todo con el fin de lograr el bienestar del menor.

La hipótesis planteada fue comprobada al establecer la necesidad de fiscalización sobre las personas que ejercen la tutela. Los objetivos de la investigación se cumplieron, ya que mediante la misma al establecer la efectividad sobre quienes ejercen el cargo de tutor, para determinar cuándo se dan casos en los cuales existe prohibición, remoción o excusa para el ejercicio.

Esta tesis consta de cuatro capítulos; desarrollando en el primero; la tutela; en el segundo; la clasificación de la tutela; en el tercero; el ejercicio de la tutela; y el cuanto finaliza con; efectiva aplicación de las causas de inhabilitación, excusa y remoción.



Para el desarrollo de este trabajo se utilizaron diversos métodos, entre los cuales se encuentran: El método deductivo que fue útil para determinar a partir de la observación del fenómeno del cargo de la tutela, a partir de ello se sintetizaron las ideas en relación a dicho fenómeno; el método analítico con el cual se estudiaron los textos que se refieren al tema y que contribuyen al desarrollo de la misma. La técnica utilizada fue la bibliográfica y la técnica documental, que permitió la consulta y análisis de la bibliografía relacionada con el tema.

Esperando que este informe sea tomado en cuenta para determinar la inhabilitación o causas para la remoción; así como atender a los casos en los cuales exista excusa para el ejercicio del cargo.

CAPÍTULO I



1. La tutela

El Código Civil de Guatemala a partir del Artículo 314 regula lo concerniente a las causas por las cuales se da la inhabilidad, excusa y remoción para la tutela.

De trascendental importancia resulta este tema, puesto que lo que debe privar es el bienestar de los menores de edad que no se hallan bajo la patria potestad, y por lo tanto la tutela como institución secundaria respecto de la patria potestad, debe existir con todos los factores que determinen aspectos positivos para los menores de edad.

Por la importancia de la vida, cuidado y bienestar del menor de edad; se debe poner énfasis en las causas que impiden que alguna persona ejerza el cargo de tutor, puesto que la persona que ejercerá dicho cargo, debe reunir las condiciones necesarias para el fiel cumplimiento de los fines que pretende dicha institución.

En cuanto a la remoción para el ejercicio de la tutela, debe atenderse al correcto y fiel desempeño del cargo, y por lo tanto el juez debe tomar en consideración todos los factores que sean negativos y que dañen el bienestar del menor de edad, y de esta forma remover del cargo a la persona que no



cumpla con las calidades necesarias.

En el mismo sentido, deben operar las consideraciones en los casos de excusa para el ejercicio de la tutela, puesto que existen personas que ante la ley deben ejercer dicho cargo, pero se producen factores que les imposibilitan atender al discernimiento del cargo, por ello debe tomarse en consideración las causas de excusa.

Dentro de las consideraciones antes expresadas, enmarcaremos el desarrollo del presente estudio, para determinar la efectiva aplicación del ejercicio de la tutela; institución fundamental para el bienestar del pupilo.

En principio, analizaremos lo concerniente a la tutela en cuanto a sus aspectos generales, tanto en el orden histórico relacionado con el surgimiento, desarrollo y evolución, su codificación hasta situarse tal como hoy la legislación civil guatemalteca lo regula.

La base sobre la cual se fundamenta la protección de los menores de edad, la podemos situar en los enunciados de la parte dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala; así, en el Artículo 1 se encuentra regulada la protección a la persona: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."



En el mismo sentido en el Artículo 2 se regula: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

Como puede advertirse, la protección hacia la persona se encuentra garantizada en la Constitución Política, situación que en lo específico se enmarca en cuanto a la protección de los menores de edad que no se hallen bajo el cuidado de sus padres, lo cual da surgimiento a la institución de la tutela.

Tal como lo regula la legislación civil guatemalteca, la institución de la tutela se establece para el cuidado de la persona y bienes del pupilo; situación que se encuentra acorde con los derechos individuales consagrados en la Constitución Política de la República, en el caso concreto lo que regula el Artículo 3: “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”

La protección hacia los menores de edad, constituye parte de los derechos sociales, a nivel de los Derechos Humanos; en consecuencia la Constitución Política de la República en el tema de la familia establece la protección a los menores. Así, en el Artículo 51 se establece: “Protección a menores y ancianos. El Estado garantiza la salud física y mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.”



1.1. Generalidades de la tutela

Debe partirse de las referencias históricas del surgimiento de la tutela, principalmente en Grecia y Roma, sociedades en las cuales se estableció el mayor número de instituciones que hoy nos regulan, sobre todo las referidas a la familia, y la persona. "El origen de la institución tutelar, es anterior al derecho romano. Los pueblos primitivos, 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 y de la autoridad pública, pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en ese momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente la concebimos."¹

¹ Castán Tobeñas, José, **Derecho civil**, pág. 226



En cuanto al aspecto histórico de los pueblos anteriores a la civilización romana podemos establecer que no era posible concebir una idea de tutela, pues que existiendo en los mismos la más cerrada organización patriarcal, los hijos eran considerados como una propiedad del pater, o en definitiva del grupo, y carentes, por tanto, de los derechos inherentes a la persona individual. No existiendo, pues, persona jurídica, sujetos de derecho, no era posible concebir una institución que tuviere por objeto la defensa de los mismos.

Es la civilización griega, y más tarde la romana, las que establecen el punto histórico de arranque de este instituto, que ya en sus mismos derechos recibe esplendoroso desarrollo. Pues la misma evolución de las ideas fue la encargada de marcar, aun dentro de la larga etapa de estas legislaciones, una evolución verdaderamente admirable en este sentido. En un primer momento, en efecto, se concibe la institución tutelar como un oficio público, cristalizado en una potestad por cuya virtud se defendían los intereses del grupo agnaticio, asegurando su derecho hereditario.

“En el curso del pensamiento romano va apuntando, no obstante, la idea de una función protectora del incapaz; y ese tránsito de principios se refleja en la famosa definición que centra en la institución las tres formas clásicas de constituirse: la disposición paterna, la aportación familiar y la disposición de la autoridad.

La institución tutelar se configura en Roma como una protección hacia la incapacidad normal. Para las situaciones de anormalidad, aparece al lado de la tutela otra



institución defensora: la curatela, y así se distinguía la curatela del loco, la del pródigo y la de quienes habiendo salido de la pubertad no hubieren cumplido los veinticinco años.

Como las dos, tutela y curatela, eran instituciones de asistencia y protección, se intentó trazar una línea divisoria entre las mismas, diciendo al efecto los viejos romanistas que la distinción radicaba en que aquella implicaba el cuidado de la persona y ésta la de los bienes; luego se dijo que el tutor defendía tanto a la persona como a los bienes, pero el curador sólo se ocupaba de éstos últimos. Pero a fines de la civilización romana se abre paso el principio de la representación, y con ello se da un nuevo sesgo al instituto. Después, el derecho germánico trae al ordenamiento de la tutela sus principios de organización familiar; más tarde el derecho intermedio aporta también nuevos trazos al organismo, que vuelve a partir diferenciándose en dos modalidades diversas que suponen una nueva aportación por el establecimiento de un órgano de vigilancia constante: la tutela de familia, propia del Código francés, con su esencialísimo órgano del Consejo de Familia, y la tutela de autoridad, de patrón alemán, en la que el Estado encomienda a órganos suyos la dirección del mecanismo.”²

“En Roma, la tutela presenta ya el carácter de protección personal y de gestión patrimonial relativa a los menores impúberes, y para las mujeres, sujetas a tutela cualquiera fuera su edad, hasta la reforma en este punto, acaecida ya a fines del Imperio. El primitivo tutor ejercía el cargo en interés propio, para defender el patrimonio del pupilo, del cual era heredero presunto. Pero pronto adquiere el carácter actual; el de carga, aunque no pública, sino de interés público, para cuidar de los bienes, para

² Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 520.



que éstos sean entregados sin menoscabo y con el posible aumento al menor, al llegar a la pubertad. En tal sentido, la institución tutelar era ya concebida como la fuerza y potestad sobre una persona libre, acordada y autorizada por el derecho civil, para defender al que por razón de edad o sexo no puede defenderse por propia iniciativa.”³

“Así, resulta consecuente la etimología de la palabra tutela que derivó del verbo latino “tueor”, defender, proteger, cuidar, ya con base conceptual surgida en el derecho romano, superada la etapa estrictamente formalista de ese derecho, que inicialmente hizo también imposible su concepción como ahora se desarrolla en la actualidad. En los tiempos antiguos la tutela, era atributo de la manus o potestas, como lo prueba el hecho mismo de que falte entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. Paterfamilias y tutor son una misma persona: la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

La que más tarde se llamaría familia communi iuree, no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. Y si esto ocurrió de tal manera, parece lo más probable que la tutela no se configurase como, bis ac potestas, subsistente por sí, sino como uno de los atributos de la manus. La diversificación sólo tuvo lugar en la época histórica.

Tutela y herencia se muestran en íntima conexión. Las vocaciones tutelares y hereditarias se conciben de acuerdo con un común determinante: la naturaleza del

³ Castan Tobeñas, **Ob. Cit**; pág. 234.



grupo familiar. Tutor, es en primer termino, el designado en testamento y, a falta de designación, o existiendo sólo impúberes o mujeres, asume la tutela el próximo en el orden respectivo de la familia.

En los orígenes, no otro distinto del pater familias es el que ejerce la potestad, porque únicamente el tiene poderes familiares. Y si en el derecho histórico fue posible investir en la tutela a persona distinta del pater familias, todavía se mantuvo por largo tiempo la idea de que sólo el pater familias, esta autorizado para nombrar tutor, y en el acto del testamento por el cual se provee a instituir heredero. Al entrar en quiebra la unidad compacta de la familia, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo propia fisonomía y propia denominación.”⁴

“Ambas formas de tutela no sirven en principio, a una función de asistencia o protectora del incapaz. Sólo al correr del tiempo, y por obra de una continua acción estatal, la tutela pierde su viejo carácter de potestad inherente a semejante posesión, así como toda nota de interés personal. En la época pos clásica, la tutela es un oficio oneroso, a la vez que un deber público.

La tutela es un poder tuitivo, diferente al poder absoluto que antiguamente ejercía el padre, aunque guarda cierta relación con la patria potestad; abandonado el concepto de patria potestad como poder omnímodo, supremo, enmarcada su función en un conjunto de derechos y obligaciones, vienen a ser determinantes, para diferenciar una

⁴ Puig Peña; **Ob. Cit**; pág. 520.



y otra institución, las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado, y la circunstancia de que la tutela carece de la 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.

También se daba la tutela de los impúberes, se daba desde la época romana, la cual se fundaba en la voluntad del testador, en la determinación de la ley o en el nombramiento del magistrado.

La tutela testamentaria es al principio, la ordenada en testamento por el pater familias, respecto de los hijos que, estando bajo su patria potestad, se convertían luego de que muriera, en sui iuris. La doble exigencia de que la tutela sea deferida por el pater y en testamento, viene atenuada sucesivamente: de un lado, se otorga validez al nombramiento hecho por la madre, los parientes próximos, el padre natural, el patrono y un extraño, siempre que instituyan heredero al impúber y, según regla general, sea confirmado el tutor, previa oportuna investigación, por el magistrado; de otra, se llega a admitir la validez del nombramiento hecho fuera de testamento o sin observancia de la forma legal.”⁵

“La tutela legítima, es deferida a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el orden de llamamientos que rige en materia de sucesión. Las XII Tablas confieren la tutela al más próximo pariente en línea masculina y, en su defecto, a los gentiles. Desaparecida

⁵ **Ibid**, pág. 521.

luego la clase de los gentiles, el llamado a la tutela legítima, en el curso de la época clásica, no es otro que el *adgnatus proximus*.

Otro caso de tutela que se dio, fue la tutela de los patronos, la cual fue admitida como la tutela legítima. El que vende a su hijo, o nieto impúber con la condición de que luego le sea remancipado y, una vez que esto ha ocurrido, lo manumite, se hace su tutor legítimo. Muerto el padre la tutela es deferida a sus hijos y, recibe entonces el nombre de tutela fiduciaria. El propio nombre se da a la tutela del tercero que coopera a la emancipación del impúber que ha tenido transitoriamente.”⁶

“La tutela dativa, fue introducida por Lex Atila, anterior al 186 a. de C., siendo extendida a las provincias por las leyes, para atender a los casos en que faltare al impúber el tutor testamentario y el legítimo. Entre las incapacidades y excusas para ejercer la tutela, al principio no se permitió que la ejercieran las mujeres. En el Derecho posclásico, la madre y la abuela tienen también acceso a la tutela de sus descendientes, siempre que se comprometan bajo juramento a no contraer nuevas nupcias.”⁷ Al tutor testamentario le es permitido librarse definitivamente de la tutela, mediante declaración solemne, pronunciada ante testigos, de no querer ejercerla.

El tutor legítimo puede transferir a un extraño la tutela, a manera de cesión. De otra parte, la muerte del tutor legítimo determina el paso de la tutela al, designado ulteriormente.

⁶ *Ibid*, pág. 521.

⁷ *Ibid*, pág. 522.



El tutor dativo solo puede eximirse del cargo aduciendo razones graves que le impidan ejercerlo, o indicando a otra persona más idónea, ésta última facultad desapareció en el Derecho Justiniano.

El régimen de las excusas fue extendido, en la misma época clásica, a la tutela testamentaria, y más tarde, en el Siglo IV, a la legítima. Entre las numerosas excusas figuran como las más importantes las siguientes: ejercicio de cargos públicos o de oficios de pública utilidad, razones personales, cargas familiares o cuasi-familiares, razones de privilegio, etc.

Diferentes de las excusas son las incapacidades propiamente dichas. Sin embargo, se desarrollaron gradualmente y, en general, las nuevas incapacidades comienzan siendo razones de excusa. De aquí proviene el lenguaje vacilante de los textos justinianos a propósito de los locos, sordos, mudos, ciegos, enfermos graves y crónicos, personas enemistadas con el padre del pupilo, etc. El derecho justiniano declara incapaces para el desempeño de la tutela a los menores de veinticinco años, que en la época clásica podían excusarse, a los obispos, a los monjes y a los acreedores y deudores del pupilo, con excepción de la madre y de la abuela.

En consonancia con la originaria naturaleza de la tutela, el tutor es considerado como dominador del patrimonio pupilar. El tutor puede realizar toda clase de negocios de disposición: Enajenar y pignorar los bienes, colocar los capitales, hacer y recibir pagos, etc. Pronto, sin embargo, la gestión tutelar queda sujeta a la observancia de



determinadas formas, y así el tutor que no confecciona un inventario del patrimonio pupilar, incurre en dolo y se le hace responsable, consiguientemente, del daño eventual sufrido por el impúber. Otras obligaciones propias de su oficio, son las de emplear el capital, de ser posible, en fincas o prestarlo a intereses, la de cancelar las obligaciones y hacer efectivos los créditos inseguros, la de vender las cosas que perecen con el tiempo.

Se agregan a tales normas ciertas limitaciones: la jurisprudencia y la práctica judicial sientan el principio de que las donaciones hechas por el tutor no deben perjudicar al pupilo. En la época de Claudio, se obliga a los tutores a prestar una garantía, como medio de asegurar los bienes de los pupilos, para que estos no sean consumidos o menoscabados; prohíbe la enajenación del patrimonio del pupilo, salvo si media autorización del padre del pupilo, dispuesta en testamento o en resolución dictada por el magistrado, o si se trata de cosa común, cuando el condueño insta la división, o del ejercicio de su derecho por parte del acreedor que del ascendiente del pupilo hubiere recibido en prenda un fundo. Esta prohibición se extiende después por obra de la jurisprudencia, a la enajenación de un fundo superficario o poseído de buena fe, y a la constitución de gravámenes sobre los bienes pupilares, y por una disposición de Constantino, a la enajenación de toda clase de bienes, con excepción de los de poca valía que puedan deteriorarse. Tal régimen es mantenido por Justiniano, quien sujeta también a la vigilancia del magistrado los actos menores de gestión, colocación de capitales, cobros, pagos, etc. Cualquier enajenación efectuada con descuido de lo



estatuido, es declarada nula. El pupilo tiene una hipoteca legal y general sobre los bienes del tutor, en garantía de sus créditos.

La responsabilidad del tutor varía según las épocas y las diversas clases de tutela. Las XII Tablas sancionan dos remedios. La primera es una acción expedita para todos, es decir popular, menos para el pupilo; lleva aparejada la nota de infamia, y se dirige contra el tutor testamentario que obra dolosamente. En la época imperial se llega a la remoción del cargo, y no ya sólo de la administración, mediante el nombramiento de un nuevo tutor por el magistrado. Por último es permitida la remoción sin acusación, siempre que el tutor sea inepto o traiga en abandono la gestión.

Al principio el tutor solo responde por el dolo, pero más tarde le alcanza también la culpa. Se establece en relación al orden de responsabilidad, que el tutor haya dado al comienzo a la gestión. En la época imperial pueden los magistrados obligar a los tutores por ellos nombrados, a que no permanezcan en situación de pasividad.

Posteriormente, comenzó a considerarse y clasificarse la tutela en tres grupos o sistemas, los cuales se clasificaron así:

- a) Legislaciones que conciben la tutela como institución familiar, en la que el Consejo de Familia tiene parte preponderante; tales son la francesa, española, portuguesa e hispanoamericana.

b) Legislaciones que la conciben como institución pública, ejercida por cuerpos judiciales o administrativos, en que la autoridad tiene la parte predominante: Alemania, Austria, Suiza, Holanda e Inglaterra.

c) Tutela mixta.

En el aspecto histórico del surgimiento de la tutela, los datos consignados constituyen lo más relevante, no obstante la amplitud de documental en cuanto al desarrollo de dicho instituto jurídico, y su evolución especialmente en el derecho español y francés, hasta ser configurado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, tal como hoy lo conocemos.

1.2. Definiciones de la tutela

La tutela es la responsabilidad de cuidar de la persona y administrar los bienes de quienes no tienen capacidad para cuidarse a sí mismos, ni tienen a nadie que ejerza sobre ellos la patria potestad; o la responsabilidad de administrar los bienes de quienes por ser pródigos o ebrios habituales no pueden administrarlos. La tutela puede ser definida como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

“Si tomamos el vocablo en un sentido muy generalizado de la legislación de algunos

países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas. La legislación argentina divide en dos esa función protectora: La tutela para los menores no sometidos a la patria potestad y a la curatela para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes. En la ley argentina se entiende por tutela el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.”⁸

“En general, toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses. En lo jurídico, la suplencia de la patria potestad, en cuanto a la capacidad de un menor de edad. Por analogía, denominada curatela en los sistemas diversificadores, representación jurídica y cuidado de un incapaz. Ese concepto de tutela es el restringido, procedente del derecho romano, basado en la diferencia con la curatela. Con sentido unitario de protección y dirección personal del menor o incapacitado y de administración de sus bienes, la Academia entiende por tutela la autoridad que, en defecto de paterno o materna, se confiere para cuidar de la persona y de los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil.”⁹

“La tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de

⁸ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 996.

⁹ **Ibid**, pág. 233.



governarse a sí mismos. La tutela es una institución jurídica, es decir, la integran un conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran ese designio importantísimo de la asistencia normal de los jurídicamente incapaces. Esta institución es desde luego social, porque afecta a uno de los puntos más importantes del agregado humano que integra el cuerpo político, llenando uno de los vacíos que en el mismo se observan; es también moral, por cuanto da solución a gravísimos problemas de conciencia; es de matiz económico, porque gracias a ella se produce el cuidado de todo un patrimonio; pero ante todo es jurídica: nace en el campo del derecho, vive dentro de la ley y se matiza en el ramaje máspreciado del ordenamiento jurídico.

Esta institución se crea y organiza en las leyes para cuidar de la persona o patrimonio de un tercero. Es pues, una institución de defensa, de amparo, de cobijo o protección, similar a la otra gran institución de defensa: la patria potestad, con la que tiene muchos rasgos comunes, pero de la cual se diferencia principalmente en el diverso fondo que les da vida, pues en la patria potestad sólo hay una relación normal de padre a hijo; en la tutela hay una relación anormal de tutor a incapacitado, en la que faltan las bases de cariño de la primera.

Por eso la ley en lo concerniente a la tutela, previendo la condición de extraño del tutor o, por lo menos, la falta en éste del intenso vínculo familiar que puede existir, exige que se fijen con mayor rigor los límites de la autoridad tutelar y que se constituya un control más decidido de la misma. Las dos instituciones de defensa aparecen, una como



principal, y la otra como subsidiaria; no hay tutela cuando media la patria potestad, y sólo se puede organizar aquélla cuando falta ésta, bien por verdadera falta absoluta o inexistencia, como en el caso de muerte o declaración de fallecimiento, bien por impedimento legal de los padres, a base de la demencia o interdicción del poder paterno.”¹⁰

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir su actividad jurídica.

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

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

La tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y de sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien no estando bajo la patria potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo, por ser menor de edad o estar declarado como incapacitado.

¹⁰ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 518.



Según la legislación de cada país, la tutela puede ir acompañada de las figuras siguientes:

- a) Consejo de Familia, integrado por ascendientes directos del menor de edad que ejercen las funciones de tutelaje o de defensores del menor. En otros países estas funciones las realiza el defensor judicial o el juez.
- b) El defensor judicial, que con independencia de a quien se encomiende la tutela, vigila el cumplimiento de las obligaciones del tutor en beneficio del tutelado.
- c) Tutela compartida por dos o más tutores. Esta se permite en algunas legislaciones y lo que se aconseja que uno de ellos gestione la tutoría de la persona y otro la del patrimonio.

En lo relacionado con lo que regula la legislación civil guatemalteca, aunque no define lo que debe entenderse por tutela, en el Artículo 293 establece los casos en los cuales 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.

También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.”

Aunque lo que regula dicho Artículo no es una definición como tal, nos da elementos importantes en cuanto a lo que se debe entender por tutela y los rasgos esenciales de su conformación. Se evidencia que la tutela es para los menores de edad que no se hallan bajo la patria potestad, o quienes siendo mayores de edad han sido declarados en estado de interdicción. Otro aspecto a resaltar es el hecho de los dos puntos fundamentales que regula la tutela, los cuales se encuentran conformados por el cuidado de la persona del pupilo y el de su patrimonio; y el hecho de la representación legal que ejerce el tutor respecto al menor o incapacitado.

1.3. Características de la tutela

Establecer cuales son las características de la tutela, es sinónimo de determinar las particularidades o especialidades que configuran esta institución; situación que propicia un mejor entendimiento en cuanto a sus finalidades, especialmente en lo que hemos venido recalcando, es decir, la protección de la persona del pupilo así como el de sus bienes.

Los atributos que conforman la institución de la tutela, no facilitan distinguirla claramente de otras instituciones del derecho de familia, lo cual contribuye a la estructura del tema abordado.

De la diversidad de clasificaciones que existen referidas a las características de la tutela, de acuerdo a sus autores, podemos establecer las siguientes:



- a) Cargo de interés público: la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. Si quien es nombrado tutor se rehusare sin causa legal a desempeñar su cargo será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resultare para el incapacitado. A más de esta sanción, el tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto. El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.
- b) Irrenunciable: Por ser un oficio considerado de interés público, quien está desempeñando la tutela no puede renunciarse a su cargo, sin causa aceptada por el Juez. Su renuncia injustificada traerá consigo sanciones.
- c) Temporal: El tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso según la persona que ejerce la tutela y con respecto también a las circunstancias del pupilo. Si el pupilo es menor de edad, la tutela se extingue por alcanzar la mayoría, y así el tutor cesará en sus funciones. El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercitado por

los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge solo tendrá obligación de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge.

d) Excusable: Las personas pueden excusarse válidamente del ejercicio de la tutela:

a. Los empleados y funcionarios públicos;

b. Los militares en servicio activo;

c. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

e. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela;

f. Los que tengan sesenta años cumplidos;

g. Los que tengan a su cargo otra tutela;

h. Las personas que por su falta de ilustración, por su inexperiencia en los negocios, por su timidez o por otra causa igualmente grave a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Las causas señaladas son simplemente enumerativas, no limitativas, pues la última fracción del propio dispositivo deja a discreción del juez, cualquier otra circunstancia que pueda aducirse como excusa justificada para desempeñar el cargo de tutor. Pero en todo caso, el tutor debe exponer sus razones ante la autoridad judicial y ser ésta quien declare sobre la justificación de la excusa.



- e) La tutela es un cargo unitario: Esto significa que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos. En ciertos casos, cuando existan intereses opuestos de dos o más incapaces sujetos a la misma tutela, el tutor pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces que él mismo designe, mientras decida el punto de oposición. Si bien es cierto, que el incapaz no puede tener más de un tutor, también es verdad que el tutor puede serlo de hasta tres incapaces. Si éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un protutor a todos ellos, aunque sean más de tres. Los nombramientos de tutor y de protutor de un incapaz deben recaer en personas distintas, es decir, que no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral.
- f) La tutela es un cargo remunerado: El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.
- g) El cargo de tutor será siempre con posterioridad a la declaración de interdicción del que va a quedar sujeto a ella: Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga la ley. El estado de incapacidad de la



persona que va a quedar sujeta a ella, salvo el caso de la tutela de administración.

La declaración de estado de minoridad o incapacidad puede pedirse:

- g.1. Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años;
 - g.2. Por su cónyuge;
 - g.3. Por sus presuntos herederos legítimos;
 - g.4. Por el albacea;
 - g.5. Por la Procuraduría General de la Nación.
 - g.6. Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello.
- h) Cargo removible: Los tutores pueden ser removidos por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado, y no podrán ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo. Una de las obligaciones que tiene el tutor es la de rendir al juez cuenta detallada de su administración sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo, y la falta de presentación de la cuenta motivará la remoción del tutor. Y en caso de maltratos, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de mala administración de los bienes de éste, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador, de los parientes del incapacitado.

Ahora bien, de la tutela moderna son caracteres: a) La obligatoriedad del ejercicio, sólo renunciable por determinadas excusas legales; b) Constituir público oficio, pero sin configurar cargo de igual índole; c) La gratuidad, compatible con cierta retribución



cuando los bienes del pupilo lo permitan; d) La amplitud del poder otorgado sobre la persona del menor y los bienes de éste o del incapacitado; e) La unidad de ejercicio; f) El carácter orgánico, complejo al máximo en el derecho español con el triple elemento personal de tutor, protutor y consejo de familia; pero que no excluye, en los más simples, la intervención judicial junto a las funciones del tutor.

1.4. Elementos de la tutela

Dentro de los elementos que conforman la institución de la tutela, de manera general podemos mencionar que ésta se integra por el elemento subjetivo, objetivo y el formal; los cuales de manera concreta los expresamos así:

a) Subjetivo: Dentro de éstos elementos se encuentra, el pupilo, tutor, protutor y sujetos pasivos de la tutela.

a.1. Tutor: Es la persona que representa al menor, obra en su nombre, maneja y dirige su patrimonio. Es nombrado para cuidar de la persona y de los bienes del pupilo, se constituye como su representante legal.

a.2. Protutor: Persona que se encarga de las funciones de vigilancia de las acciones de representación y administración del pupilo y de sus bienes por parte del tutor, es decir, es el fiscalizador.



“En algunos sistemas de protección de los menores no sujetos a la patria potestad, así como de los incapacitados declarados como tales, no sólo se da la institución de la tutela o de la curatela, sino también las del consejo de familia y de la protutela. En cuanto a esta última, su función especial consiste en vigilar los actos que realiza el tutor, a efecto de evitar posibles abusos.

La protutela es desempeñada por el protutor, generalmente designado por el consejo de familia. La institución de la protutela ha sido muy discutida en la doctrina y rechazada por diversas legislaciones, como la argentina, por entender que sólo sirve para complicar el engranaje tutelar.

Otras, contrariamente, estiman que tal institución es útil porque contribuye a la mejor garantía de los derechos del tutelado, ya que no son raros los casos en que los tutores o curadores no proceden con la necesaria honradez, y si bien es cierto que esa vigilancia está atribuida en algunos países a determinados organismos judiciales, resulta más teórica que real, porque tales organismos por buena voluntad que tengan carecen de medios para reconocer cual es en cada momento la conducta de todos los tutores y curadores que desempeñan esos cargos, y que no siempre son afectos a sus pupilos.”¹¹

“Puede definirse al protutor como aquella persona que las leyes sitúan cerca del representante del incapaz para realizar una vigilancia concreta y específica de la gestión realizada por éste, y que el juez de familia no puede realizar por sí mismo.

¹¹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 815.



Además de esta función inspectora, tiene el protutor la función de sustituir al tutor en caso de oposición de intereses y la llamada función de intervención, que exige la concurrencia del protutor en aquellos casos de trascendencia en los que los fraudes son particularmente fáciles, como ocurre con la formación de inventario y la constitución de la fianza y las funciones de mediación entre el tutor y el juez de familia, cuya reunión debe promover para el nombramiento del nuevo tutor cuando la tutela quede vacante o abandonada, y al que debe llamar la atención cuando la gestión del tutor le pareciere perjudicial a la persona o a los intereses del menor.

El cargo de protutor, igual que el de tutor, precisa de ciertas características y singularidades que lo matizan con singular relieve. La legislación y la jurisprudencia señalan las notas fundamentales siguientes: El cargo de protutor es personal, no pudiendo, por consiguiente el protutor 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, encomendando a éstos la realización de operaciones materiales que no supongan nunca el traspaso jurídico de sus facultades de gestión e inspección. Es obligatorio y no renunciable sin justa causa. Es gratuito, toda vez que la ley a diferencia del tutor, no señala retribución alguna para el protutor. Las mismas causas de incapacidad, excusa o remoción que la ley establece en cuanto a los tutores son aplicables a los protutores, a los que además afecta la incapacidad aludida, de no poder pertenecer a la misma línea del tutor.”¹²

¹² **Ibid**, pág. 568.



1. Pupilo: Persona menor sobre la que se ejerce la tutoría o protutoría. Es el menor que no se halle bajo la patria potestad o del mayor que halla sido declarado en estado de interdicción y sujeto a la tutela. "Pupilo. El huérfano menor de edad, en relación con su tutor. Huésped que abona hospedaje en casa particular. Colegial interno en un establecimiento de enseñanza elemental o secundaria. Cuando, además de las clases, sólo permanece en el establecimiento durante la comida del mediodía, se le denomina medio pupilo o medio pensionista. Antiguamente, pupilo significaba niño de corta edad, y comprendía en general a todos los impúberes.

En Derecho Civil. El Código Civil español, el ocuparse de la tutela, desdeña esta voz y casi no emplea otra que la de menor; sin embargo, aparece en el texto al menos cuando se declara que la disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor, hecha antes de aprobadas las cuentas definitivas, no surte efecto, aun muriendo el testador después de la aprobación. En el Derecho Penal. En el Código Penal español, se establece la responsabilidad civil subsidiaria de los tutores por los pupilos, salvo proceder muy diligente."¹³

De manera escueta, en el Artículo 331 del Código Civil se hace alusión a la figura del pupilo: "El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece."

2. Sujetos pasivos de la tutela: Siendo la tutela una institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los

¹³ **Ibid**, pág. 520.

menores de edad no sujetos a patria potestad, se determina que los sujetos pasivos de la tutela son los incapacitados en general.

La determinación de quienes se encuentran sujetos a tutela requiere de una fijación expresa. Así se señala limitativamente quiénes tienen incapacidad: Los menores de edad, los mayores de edad, con incapacidad o discapacidad originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial que les impida gobernarse por sí mismos o no puedan manifestar su voluntad por algún medio, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

La incapacidad por minoría de edad no requiere más que la prueba de la misma ante la autoridad judicial. Una prueba fehaciente es el acta de nacimiento expedida por el Registrador Civil; a falta de la misma, la prueba se obtendrá por el examen personal del menor de edad, por información de testigos, con o sin asistencia de la Procuraduría General de la Nación. El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayoría de edad. Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores. Esta interdicción no cesará sino por muerte del incapacitado o por sentencia definitiva que se pronuncie en el juicio correspondiente. Para que un mayor de edad sea declarado incapaz necesita llevar un juicio de interdicción en el que se seguirán todas las formalidades.



- b) **Objetivo:** Es la creación de un vínculo en virtud del cual menores no sujetos a patria potestad o adultos que están en estado de interdicción, quedan sujetos a la guarda y cuidado de una persona llamada tutor.

- c) **Formal:** Lo constituye las clases o formas de establecer el elemento objetivo; tal es el caso de: la tutela testamentaria, legítima, judicial, específica, legal y especial. La legislación que regula ésta institución jurídica, en nuestro caso el Código Civil, específicamente en los Artículos del doscientos noventa y tres al trescientos cincuenta y uno.

- d) **Elemento teleológico:** Lo componen el cuidado y protección del menor de edad, así como de sus bienes.

1.5. Regulación jurídica

El tema de la tutela tiene como base fundamental lo relacionado con la protección de la persona del menor de edad, aspecto que también se encuentra considerado en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales pasan a formar parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, toda vez hayan sido aceptados y ratificados por el Estado.



En ese contexto, podemos referirnos a la regulación jurídica internacional de la niñez, la cual se complementa con el ordenamiento jurídico guatemalteco. Así, existe un marcado interés a nivel internacional, por la protección de los derechos de la niñez.

En 1924 la Unión Internacional Para la Protección de la Infancia, adoptó la Declaración de Ginebra que comprendía cinco puntos sobre la necesidad de dar protección especial a los derechos del niño, esta declaración fue el punto de partida del desarrollo internacional al ser adoptada por la Sociedad de las Naciones en ese mismo año; posteriormente, La Organización de Naciones Unidas aprobó el 20 de noviembre de 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, sobre la base de que la niñez necesita una protección especial y deben ser los primeros en recibir ayuda.

Al mismo tiempo, en diferentes instrumentos internacionales se aprobaron normas relativas a la niñez, indicando la necesidad y situaciones particulares; estos instrumentos poseen, en su mayoría fuerza jurídica. Como ejemplo se pueden citar Los pactos internacionales de derechos humanos, las convenciones de Ginebra de 1949.

Este desarrollo internacional motivó al Estado de Polonia a presentar en 1978 la propuesta a la ONU en el sentido de que la niñez necesita de un cuerpo coherente de normas jurídicas para la protección de sus derechos específicos, lo que significó la primera idea sobre la necesidad de una convención.



En 1979, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, creó el grupo de trabajo abierto para la cuestión de la Convención sobre los Derechos del Niño, con la finalidad de revisar el documento presentado por Polonia y estudiar la posibilidad de aprobar una convención en ese sentido. El grupo de trabajo comprendió 43 representantes de los Estados miembros de la Comisión; también se incorporaron otros delegados por parte de organismos intergubernamentales tales como UNICEF, OIT, ACNUR y las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la ONU.

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene un conjunto de normas jurídicas que protegen a la niñez, esto implica, que los Estados que la ratifiquen tienen la obligación de velar por el cumplimiento de esas normas.

La Convención sobre los Derechos del Niño es especial porque, por primera vez en la historia del derecho internacional, los derechos del niño y la niña son incorporados en un tratado con fuerza coercitiva para todos aquellos Estados que ratifiquen la convención. Gracias a esta Convención el niño y la niña podrán disfrutar de sus propios derechos y están llamados a ejercerlos activamente de acuerdo con su desarrollo y sus crecientes capacidades.

La convención contiene disposiciones generales que tienen como objetivo garantizar los derechos de todos los niños y las niñas en asuntos de importancia, para sus necesidades e intereses fundamentales. Además, ofrece protección a los niños y niñas



que se encuentran en condiciones excepcionalmente difíciles. La convención concierne a todas las personas menores de 18 años, salvo que en virtud de la ley de su país hayan alcanzado antes la mayoría de edad. Las disposiciones de la convención se basan en el principio de la no discriminación; se aplican a toda la niñez y sin tomar en cuenta la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición.

En 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, de los Derechos del Niño, lo que implica que desde mucho antes de la creación de la ONU ha existido una preocupación por la niñez. Posteriormente, en 1949 la Comisión de Desarrollo Social del ECOSOC se dio a la labor de redactar un proyecto de declaración de los derechos del niño, encuadrado en el espíritu y propósitos de la ONU y de acuerdo con las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos; este proyecto fue aprobado por la asamblea general de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

La Declaración de los Derechos del Niño, regula la protección de los infantes, toda vez que por su condición son más vulnerables y necesitan de especial protección. Dicha Declaración se compone de un preámbulo y diez principios, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

- a. El niño tendrá derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

- 
- b. El niño disfrutará de beneficios de seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse con buena salud, y por ello se le deben proporcionar cuidados especiales y protección tanto a él como a su madre. El niño tendrá derecho a recibir nutrición adecuada, alojamiento, distracciones y servicios médicos.
 - c. El niño que esté física, mental o socialmente impedido recibirá el tratamiento, educación y atención especiales requeridos por su condición particular.
 - d. El niño deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en una atmósfera de afecto y de seguridad moral y material, salvo en circunstancias excepcionales, un niño en la infancia no será separado de su madre. Además, la sociedad y las autoridades públicas, tendrán el deber de proporcionar atención especial a los niños sin familia y a aquellos sin medios adecuados de sostenimiento.
 - e. El niño disfrutará de protección especial, y se le darán oportunidades y facilidades, mediante la ley o por otros medios, para permitirle desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en una forma saludable y normal y en condiciones de libertad y dignidad.
 - f. El niño deberá ser protegido contra todas las formas de abandono, explotación y crueldad.
 - g. El niño tiene derecho a recibir educación, de forma gratuita y obligatoria, por lo menos en las etapas elementales.



h. Los que sean responsables del niño, deberán velar por los intereses de éste.

Estos son los principios que están incluidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. De forma más particularizada, el organismo que se ocupa de los niños a nivel internacional, es el Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia, -UNICEF-, que resulta de su inmediato antecedente que fue El Fondo de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, creado el 11 de diciembre de 1946, para asistir a la infancia y adolescencia de la población sufrida como resultado de la Segunda Guerra Mundial.

Entre los principios fundamentales para la protección del niño se establecieron:

- a. Proporcionar un marco para la defensa en bien de los niños, y para incrementar la conciencia de las necesidades especiales de ello, en los encargados de tomar las decisiones y del público.
- b. Fomentar el reconocimiento del hecho de que los programas para la niñez, deberían ser parte integral de los planes de desarrollo social y económico. El derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos en general.
- c. Brindar a los menores una defensa que en todo momento los beneficie, además de proporcionar un ambiente que permita el pleno desarrollo de la niñez, en un entorno que los favorezca.



d. Incrementar el reconocimiento que de los derechos del niño debe hacerse, tanto a nivel de los Estados, que ratificaron la Convención, como a nivel internacional.

De manera concreta, entre los principales convenios y tratados de derecho internacional, que regulan los aspectos de protección hacia los menores de edad; los cuales se hacen extensivos a lo que regula la institución de la tutela, podemos mencionar los siguientes:

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en el Artículo veinticuatro regula: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

b) La Convención Sobre los Derechos de la Niñez. Entre las normas que regulan la protección hacia los menores, podemos mencionar las siguientes:

Artículo seis. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

Artículo nueve. “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento adoptado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que éste separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o el fallecimiento de uno de los padres o de ambos o bien del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán además de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para él o los interesados.”



Artículo 18. “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los tutores la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en esta Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los tutores para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de los niños a los que puedan acogerse.”

Artículo 23. “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación del niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su



cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme el párrafo 2 será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Los Estados partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de la información sobre los métodos de formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en el Artículo 19 establece: “Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de



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

Lo descrito conforma de manera particularizada, lo principal a nuestro entender, en cuanto a lo que ha constituido el desarrollo de la institución de la tutela, vista en su aspecto histórico con relación a su establecimiento, hasta consolidarse en los distintos ordenamientos jurídicos, tal es el caso del Código Civil guatemalteco en el aspecto sustantivo, y en lo adjetivo o procesal lo que establece el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, unido de manera fundamental a lo que preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.



CAPÍTULO II



2. Clasificación de la tutela

En doctrina existe diversidad de clasificaciones en cuanto a la tutela, aunque casi todas en similar sentido, o con ciertas variaciones atendiendo al autor de que se trate. En cuanto al aspecto legal, en función de la legislación civil guatemalteca, en el Decreto Ley 106 se regulan los distintos tipos de tutela que pueden ejercerse, de acuerdo a su naturaleza, constitución o con relación a la persona que va a ejercer tal función.

El establecimiento de una clasificación obedece a que se producen distintas situaciones en cuanto al cuidado del menor de edad, lo cual demanda un trato específico para cada caso. El análisis de la clasificación de la tutela, favorecerá el desarrollo de nuestro estudio, a efecto de poder determinar la forma en que opera dicha institución.

Cuando se producen los supuestos legales establecidos en el Código Civil guatemalteco, es decir, del menor que no se halle bajo la patria potestad, o en el caso de los declarados en interdicción que no tuvieren padres, surge la necesidad de nombrar un tutor, para ejercer las funciones que la legislación contempla.

Diversas situaciones pueden producirse al respecto, como el hecho de que exista persona denominada a través de testamento para que ejerza el cargo de tutor; también



puede producirse que no exista tal denominación, en consecuencia debe realizarse en función del orden que establece la ley o, de acuerdo al actuar del juez. Estas entre otras situaciones pueden acaecer, por lo tanto, la ley regula varios supuestos, pero de forma concreta en el Artículo 296 del Código Civil se establece: “Clases de tutela. La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial.”

Dentro de las clasificaciones existentes, pasemos a analizar las principales, pero sobre todo en el aspecto legal.

2.1. Tutela testamentaria

Es la primera que regula nuestra legislación civil, en atención a la voluntad de los padres manifestada a través de tan solemne documento. En doctrina la tutela testamentaria encuentra cierta uniformidad en cuanto a los autores.

“Parece ser, que la primitiva forma de delación tutelar estaba integrada por la designación de los parientes; sin embargo, la tutela testamentaria adquiere un rango privilegiado, como consecuencia derivada del prestigio y significación de la patria potestas del derecho romano. Solo, pues, el pater familias era el que podía nombrar tutor testamentario a sus hijos, y ese nombramiento adquiría condiciones de respetabilidad. Más tarde, no obstante, se admite ya que pueden nombrar tutor en testamento otras personas distintas del padre; y entonces empieza a desconectarse la delación testamentaria de la potestad paterna.

Tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados. Este derecho de los padres para nombrar a sus hijos tutor y protutor es absoluto; siquiera en algunos casos no llega a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido, haciendo resurgir su voluntad sin consideración al tiempo transcurrido, como sucede cuando, por hallarse sometidos la madre y el hijo a expediente de incapacidad, desaparece todo obstáculo para que los nombramientos hechos por el padre en su testamento tengan eficacia.”¹⁴

Como complemento se puede establecer con respecto a la tutela testamentaria de los padres: que el nombramiento de tutor por los padres es siempre absolutamente preferente, por lo cual, si hallándose en ejercicio un tutor, apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Que este derecho es absoluto y no limitado por ninguna suerte de circunstancias, excepto las que se refieren a la inhabilidad, que por ser de orden público ha de ser respetado; sin embargo, habrá de pasarse por su nombramiento cuando, con noticias del hecho de su inhabilidad fueran, a pesar de ello, designados por el padre en algunos de los casos establecidos en la legislación.

Que tanto el padre como la madre, dentro de la facultad de nombrar tutor testamentario, pueden moverse con una flexibilidad máxima y así pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos y hacer varios nombramientos, a fin de que se sustituyan unos a otros los nombrados. En la pluralidad de nombramientos de la tutela

¹⁴ Puig Peña, **Ob. Cit;** pág. 532.



testamentaria, se da un sistema de preferencias que, en virtud del principio de unidad de la tutela, marca la prelación que deben unos tutores sobre otros.

“La tutela testamentaria es la discernida de a cuerdo con el nombramiento que el padre o la madre hacen en su testamento, y que puede recaer sobre cualquiera persona con capacidad de obrar y que no está excluida por la ley. Por extensión la determinada en documento público, para que surta efecto después de la muerte, y que a tales efectos ha de estimarse cual disposición mortis causa y, por tanto, testamentaria. La que el legislador califica como tutela dada por los padres.

La legislación reconoce la primacía de este nombramiento; a falta del cual se recurre a la tutela legítima discernida por la ley a los más cercanos parientes; y últimamente a la tutela dativa, que los parientes o el juez encomiendan a la persona hábil que estimen conveniente y acepte.

La facultad paterna se establece en virtud que tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya sean naturales reconocidos o ya algunos de los ilegítimos a quienes están obligados a alimentar. En todo caso será preciso que la persona a quien se nombre tutor o protutor no se halle sometida a la potestad de otra.

Puede también nombrar tutor a los menores o incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia. Para surtir efecto la designación, deberá el Consejo de Familia



haber aceptado la herencia o el legado.

Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos o uno para todos; y hacer diversos llamamientos para que se substituyan unos a otros. En caso de duda se supone nombrado un solo tutor para toda la prole, y el primero de los incluidos en el documento. De haber propuesto a nombrado varios tutores para igual persona, se discernirá el cargo: al elegido por el padre; al elegido por la madre; al nombrado por el extraño que haya instituido heredero, al menor e incapaz, de ser importante la herencia; al indicado por quien deje al tutelado manda de importancia.

Cuando en ejercicio un tutor, aparezca el nombrado por el padre, se le transfiere inmediatamente la tutela; pero si el tutor aparecido es el designado por un extraño, se limitará a administrar los bienes en que el menor se le haya instituido como sucesor universal o singular, hasta que vaque la tutela, en que se le concederá el desempeño del cargo.”¹⁵

En atención a que la voluntad de los padres priva en éste tipo de tutelas, el Código Civil guatemalteco de manera concreta lo contempla en dos Artículos, los cuales establecen: Artículo 297 del Código Civil guatemalteco: “Testamentaria. La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre y/o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo y/o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya

¹⁵ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 238.



heredero y/o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre y/o la madre y de tutor legítimo, y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.”

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

Como se evidencia de lo establecido en la legislación civil guatemalteca, el nombramiento de tutor testamentario implica cierto grado de amplitud en cuanto a las personas que lo realizan; en principio como es lógico, son los padres quienes realizan el nombramiento, ya sea de forma conjunta y/o separada. Pero, ante la ausencia de los padres pueden realizar tal acción los abuelos, siempre que los nietos se encuentren bajo su tutela legítima, y finalmente por cualquier testador atendiendo a los presupuestos descritos en el Artículo 297 del Código Civil guatemalteco.

2.2. Tutela legítima

En atención al orden que establece el Código Civil guatemalteco, estudiamos la tutela legítima. Esta clase de tutela es la que establece la ley a falta de la tutela testamentaria, ésta se defiere inmediatamente, no requiere de nombramiento. Según la Ley de las XII Tablas, será tutor legítimo el pariente más cercano por la vía masculina,



si hay varios en el mismo grado todos serán tutores. El tutor legítimo no puede rechazar el cargo. El tutor legítimo podía en derecho antiguo, ceder la tutela a otro pariente menos próximo, mediante una cesión tutelar. La tutela legítima, pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado.

Se encuentra regulada en el Artículo 299 del Código Civil guatemalteco. “Legítima. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

- a. Al abuelo paterno;
- b. Al abuelo materno;
- c. A la abuela paterna;
- d. A la abuela materna; y
- e. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor de edad y capacidad.

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

Situación en la legislación guatemalteca. El Código Civil de Guatemala, en lo relacionado con la tutela legítima; no define lo que se entiende por esta, solamente



establece el orden en el cual ha de corresponder, para beneficiar al menor de edad que no se encuentre bajo la patria potestad.

La tutela legítima, es aquella que se encuentra regulada en la legislación; en nuestro caso en el Código Civil, Decreto-ley 106; y en el cual se establece el orden en el cual se debe tomar en cuenta a los familiares del menor de edad, para que ejerzan el cargo de tutor, cuando este no ha sido nombrado en testamento. Es decir, la tutela legítima posee el carácter de accesoria, toda vez que se ejerce cuando no existe la tutela testamentaria.

Siguiendo el orden de preferencias que la ley marca, después de la tutela testamentaria viene la legítima, es decir, la de aquellas personas que por su próximo parentesco con el incapaz han de ocupar el cargo.

“De acuerdo al derecho romano, la tutela legítima era la deferida a falta de tutor testamentario de acuerdo con el orden de llamamientos que regía en materia de sucesión ab intestato. La tutela legítima se dividió en:

- a. Tutela patronal. Creada por obra de la interpretación, sobre la base de la relación que media entre la tutela y herencia. Dado que las XII Tablas nombran sucesores del liberto, al patrono y a sus hijos, se admitía por los juristas que el patrono y sus hijos venían llamados a la tutela de aquel.

- 
- b. Tutela fiduciaria. El que vendía a un hijo y/o nieto impúber con la condición de que luego le fuese remancipado y, una vez que esto ha ocurrido, lo manumite, se hace su tutor legítimo. Muerto el padre, la tutela es deferida a sus hijos, y recibe entonces el nombre de tutela fiduciaria. En el derecho justiniano, no hay otros derechos fiduciarios que los hijos del que vendía al impúber, de los llamados a suceder en la tutela paterna sobre sus hermanos y hermanas y sobre los hijos emancipados por el abuelo.
- c. Tutela dativa. Fue introducida por la Lex Atilia, siendo extendida a las provincias, para atender en los casos en que faltase al impúber el tutor testamentario. El nombramiento del tutor, se hacía por el pretor urbano, con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe y por el gobernador provincial.”¹⁶

“Otros casos que pueden producirse relacionados con la tutela legítima, son lo que a continuación exponemos:

- a. Tutela legítima de menores que tienen familiares. Cuando los menores quedan sin quien ejerza sobre ellos la patria potestad y los que la ejercían no designaron tutor testamentario, la tutela corresponderá a los parientes del menor. La ley regula el orden en el cual son tomados en cuenta los parientes del menor, para ejercer el cargo de tutor y de esta forma el juez es quien designa a la persona. Al igual que en el caso de la falta temporal del tutor testamentario, cuando falta el tutor legítimo, el juez proveerá de un tutor.

¹⁶ *Ibid*, pág. 533.

- b. Tutela legítima de los mayores incapacitados. Tratándose de la tutela de dementes, idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, se ejercerá de la manera siguiente: Por el cónyuge, el padre y la madre, los hijos mayores de edad y los abuelos en el orden antes establecido. Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos han sido declarados en estado de interdicción y no posean cónyuge, tampoco tengan hijos para que puedan desempeñar el cargo de tutor.
- c. Tutela legítima de los menores abandonados. En caso de que los menores hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, 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.”¹⁷

2.3. Tutela judicial

Se encuentra regulada en el Artículo 300 del Código Civil guatemalteco. “Judicial. La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista. Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el Artículo anterior.”

¹⁷ **Ibid**, pág 534.

Esta clase de tutela es, eminentemente supletoria; radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad y declarada en estado de interdicción, que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.

2.4. Tutela legal

Es la tutela de los niños incapacitados y expósitos, los cuales se encuentran en un establecimiento de asistencia social. Si los padres no hubiesen elegido tutor, y el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes, o sea, los abuelos, tíos, hermanos y medio hermanos del menor, sin distinción de sexos. Obviamente, entre estos parientes, el juez elegirá al que resulte más idóneo para atender al menor y sus intereses económicos. El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 308 regula lo concerniente a este tipo de tutela: "Tutores legales. Los directores y 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."

2.5. Tutela específica

Este tipo de tutela se otorga cuando existe conflicto de intereses entre los pupilos que se encuentran bajo la misma tutela; lo cual hace necesario nombrarles un tutor

específico.

El Artículo 306 del Código civil guatemalteco regula este tipo de tutela en los términos siguientes: "Tutores específicos. Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos."

Como se puede apreciar, la regulación de la tutela específica en la legislación civil guatemalteca, es mínima; factores como la poca frecuencia con la cual se establece, podrían ser determinantes al respecto.

2.6. Tutela especial

Este tipo de tutela es la que otorga el juez, cuando surge un conflicto entre los hijos que se encuentran bajo una misma patria potestad o, entre los hijos y los padres. Esta tutela se establece para un negocio especialmente determinado. Es así que se designará tutor especial al menor, aún estando bajo la patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres o al menor que tiene tutor, cuando sus intereses económicos están opuestos a los del tutor, o a los de otro pupilo de su tutor. Cuando el tutor es designado para actuar en juicio en representación del menor, toma el nombre de tutor ad litem.

"Este tecnicismo es propio del Código Civil Argentino, que recurre a él, con acierto, para englobar una serie de situaciones peculiares, y que no entran dentro de las tutelas



genéricas ni merecen tratamiento independiente.

El nombramiento de los tutores respectivos, para los menores por supuesto -dada la existencia de la curatela en la legislación Argentina-, corresponde al juez en estos casos: Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres, a cuya potestad se hallen sujetos; Cuando el padre y la madre pierdan la administración de los bienes filiales; Cuando los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponda a los padres; Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de su tutor general o especial.

Cuando sus intereses pugnen con los de otro pupilo sujeto al mismo tutor, o con los del incapaz, del cual sea curador aquél; Cuando adquieran bienes con cláusula de ser administrados por tutor; Cuando tengan bienes fuera de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser administrados debidamente por el tutor; Cuando hubiese negocios y se trate de objetos que exijan especiales conocimientos o administración distinta. Se trata, pues de casos de administraciones limitadas y de defensa especial en juicio.”¹⁸

Al respecto, en el Artículo 268 del Código Civil guatemalteco, se establece: “Tutor especial. Si surgiere conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial.”

¹⁸ **Ibid**, pág. 237.

2.7. Especies de la tutela

No obstante lo que la legislación civil guatemalteca contempla con relación a la clasificación de la tutela, existen caracteres y sub divisiones de la tutela, las cuales operan con poca frecuencia o de manera un tanto aislada. Así, entre dichas situaciones que pueden producirse encontramos las siguientes:

- a) "Tutela de los menores. Es la tutela normal; pero requiere que sean huérfanos de padre y madre o que ni uno ni otro tengan capacidad para ejercer la patria potestad. En algún sistema arcaico, como el francés, la madre viuda es tutora de sus hijos, por no quererle reconocer la patria potestad.

La tutela de los menores, no emancipados ni sujetos a la patria potestad, es la regulada con preferencia en los textos legales, y hasta exclusivamente en donde la curatela se reserva para los mayores de edad en los cuales concurre alguna circunstancia que limita su capacidad de obrar.

Corresponde esta tutela, en primer término a lo previsto por los padres en testamento o acto solemne y no revocado, a falta de previsiones paternas y maternas, y al no aceptar o no querer desempeñar el cargo los que cuenten con excusa legal, entra en vigor el orden de llamamientos de la tutela legítima, fundada en la proximidad de grado, en la preferencia de los varones, en la de la línea paterna sobre la materna y en el de más edad dentro de los hermanos. Resultando imposible proveer la tutela según esta

forma y la anterior testamentaria, procede la tutela dativa, inagotable porque recae sobre lejanos parientes o extraños cualesquiera, según designación del Consejo de familia o del juez.”¹⁹

b) “Tutela de los sujetos a interdicción. La de índole patrimonial, a consecuencia de que la pena de interdicción civil priva al condenado, entre otros derechos, del de administración de sus bienes y de la facultad dispositiva sobre los mismos por acto inter vivos. A un lado la sanción moral que significa para el delincuente, es una medida protectora para él mismo por cuanto suele recaer sobre los que están sufriendo penas privativas de libertad, lo cual los restringe materialmente para posibles actos de enajenación y para la continuidad en la explotación y conservación de su patrimonio y del de las personas antes dependientes de ellos en lo conyugal y en lo filial.

Actuación de oficio. Una vez firme la sentencia que imponga la pena de interdicción civil, a la Procuraduría General de la Nación corresponde que se dé cumplimiento a las disposiciones legales relativas al nombramiento de tutor y a la constitución del consejo de familia. De no hacerlo, incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios que sobrevengan. El cónyuge y los herederos ab intestato del penado pueden pedir también tales designaciones.

Delación. La tutela de los sujetos a interdicción se confiere por el siguiente orden: al cónyuge no separado; al padre y, en su caso, a la madre; a los hijos, con preferencia

¹⁹ *Ibid*, pág. 236.



del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer, y sobre el menor del mayor; a los abuelos, antes que a las abuelas, y con prelación de la línea paterna sobre la materna; al mayor de los hermanos de doble vínculo; y, a falta de estos, a los consanguíneos o uterinos; a las hermanas por el mismo orden.

Contenido. Esta tutela se limita a la administración de los bienes y a representación en juicio del condenado. Además, y hasta que se les provea de otro tutor, el del recluso ha de cuidar de la persona y bienes de los menores e incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto a interdicción. La mujer del penado ejercerá la patria potestad -interina en este caso- sobre los hijos comunes, mientras dure la condena.

Extinción. Por la singularidad de esta tutela, su término puede producirse de manera normal, por el cumplimiento de la pena de interdicción, sea principal o accesoria, o por alguna circunstancia súbita, como una amnistía. Aún no estableciéndolo ni el legislador sustantivo ni el adjetivo expresamente, ha de entenderse que la extinción tutelar se produce ope legis, por la notoriedad o la fácil comprobación de haberse recuperado la capacidad patrimonial.”²⁰

En cuanto al orden para el ejercicio de la tutela de los declarados en estado de interdicción, en el Artículo 301 del Código Civil guatemalteco se regula: “Tutela de los declarados en estado de interdicción. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde:

²⁰ **Ibid.** pág. 237.



- a. Al cónyuge;
 - b. Al padre y a la madre;
 - c. A los hijos mayores de edad; y
 - d. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.”
- c) “Tutela de hecho. El cuidado de un menor o incapaz y la administración de sus bienes hecha por quien carece de derecho o título legal para ejercer tal potestad y representación; pero con apariencia protectora, ejercicio de funciones, asunción de responsabilidades y continuidad. Como antecedente de esta situación irregular, pero bien intencionada y provechosa para los que han menester de defensa personal o patrimonial, se cita la protutela romana, gestión de buena o mala fe de los bienes ajenos, pero por iniciativa privada.

Casos. Dentro del derecho español son tutelas de hecho: La del tutor declarado incapaz por el consejo de familia y que sigue no obstante desempeñando el cargo hasta el nombramiento del sustituto; la del que sigue ejerciendo el cargo de tutor de quien ha llegado a la mayoría de edad, pero es loco, prodigo o está sujeto a interdicción; La del tutor nombrado por el consejo de familia y que haya actuado antes de remover el anterior. Facultades. Como prolongación de los deberes legales, como gestión de negocios ajenos, como mandato, el tutor de hecho se encuentra obligado a administrar los bienes del pupilo o incapaz con diligencia de un buen padre de familia, y responde de los perjuicios y daños que origine.

Ámbito. Entre tutela de hecho o adopción irregular cabe estimar las situaciones de los que recogen a menores huérfanos o abandonados -sobrinos especialmente- y a desvalidos del todo, y de los cuales cuidan con altruismo e incluso manejan sus intereses, en caso de existir los de índole económico.

La finalidad de los poderes públicos en tales situaciones debe consistir en favorecer esas protecciones, por espontáneas, dignas de consolidarse, encuadrándolas dentro de una posesión de estado pupilar.

Situación intermedia. Aún ejercidas innumerables tutelas por aquellos a quienes corresponde legítimamente su desempeño, tanto ante las orfandades de los menores como en los supuestos de incapacidades, sobre todo físicas, de mayores, integran esta especie de las de hecho cuantas no han sido inscritas en el respectivo Registro, allí donde es obligatorio, o no han ido precedidas de la pertinente declaración judicial de incapacidad.

Funcionan, con evidente mayoría en casi todas partes, cuando los pupilos no poseen patrimonio ni realizan actos de trascendencia jurídica calificada que imponga la intervención prevista legalmente para concertarlos o convalidarlos.”²¹

d) “Tutela de los pródigos. Ha de preceder a ella la declaración de prodigalidad, en juicio contradictorio. La sentencia detallará los actos que quedan prohibidos al pródigo, las facultades del tutor y los casos en que uno u otro deberán consultar al

²¹ *Ibid.* pág. 235.



Consejo de Familia. La judicial que conduce a esta tutela pueden pedirla el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo y el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de cualquier pariente de aquéllos cuando sean menores o estén incapacitados.

Esta tutela, reducida a lo patrimonial, no priva ni de la patria potestad ni de la autoridad marital que compete al pródigo, ni autoriza al tutor para tomar medida alguna sobre el pródigo, en lo personal. Sin embargo, cuando se trate de demencia combinada con prodigalidad, ha de estimarse que el tutor debe procurar la corrección o curación del incapacitado, aun siendo pródigo, por lo que tiene de otro.

De rebote, el tutor del pródigo ejerce la tutela de los hijos del derrochador en a cuanto a su matrimonio anterior, pero con el nombre de administración. La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesita autorización judicial.

La tutela de los pródigos corresponde al padre y, en su caso a la madre; a los abuelos paterno y materno; al mayor de los hijos varones emancipados.²²

La amplitud de clasificaciones respecto a la tutela, nos ha llevado a desarrollar las más esenciales en cuanto a lo que la doctrina informa y lo que establece la legislación civil guatemalteca, situación que posibilita el estudio del ejercicio de la tutela.

²² **Ibid**, pág. 236.



CAPÍTULO III



3. Ejercicio de la tutela

El estudio del ejercicio de la tutela, más que una aproximación conceptual debe traducirse en el cumplimiento de lo que la legislación civil establece, en cuanto a la correcta aplicación de los preceptos que demandan el cuidado y protección de la persona del pupilo, así como de su patrimonio.

En tal sentido, puede expresarse que las normas jurídicas además de positivas, -lo cual deviene de la función legislativa-, deben traducirse en eficaces a efecto de que su contenido tanto en el orden sustantivo como adjetivo guarde estrecha relación con la realidad y los fines para los cuales fue creada.

Así, la tutela como una de las instituciones que guarda y protege a los menores de edad que no tienen padres, debe verse reflejada en los resultados; en virtud que muchos de los casos en los cuales se ejerce la función tutelar, no cumplen a cabalidad con su cometido.

Existe una responsabilidad por parte de la persona que ejerce la tutela, sumado a la fiscalización que desarrolla el protutor, lo cual debe verse complementado con el actuar del los jueces de instancia de familia, quienes dentro de las atribuciones que les competen deben velar por el fiel cumplimiento de los fines de la tutela y protutela. Por

ello, en el presente capítulo analizaremos la forma en que se da el ejercicio de la tutela, complementándolo de manera precisa con las funciones del protutor, a efecto de poder determinar la correcta aplicación de los principios tanto doctrinarios como legales de los cuales se encuentra investida tan extraordinaria figura jurídica; la cual se ha visto disminuida en sus resultados.

3.1. Discernimiento del cargo

La primera fase en cuanto al ejercicio de la tutela, se configura con el discernimiento del cargo. Dentro de los preceptos que establece el Código Civil guatemalteco para el ejercicio de la tutela y protutela, en primer lugar regula la necesidad que existe de que el cargo sea discernido. El discernimiento implica el nombramiento que un juez realiza para desempeñar el cargo de tutor y protutor, por consiguiente dicho requisito es indispensable.

“El discernimiento del cargo de tutor es la designación del que haya de ejercer el cargo. Tal discernimiento no ofrece problemas sino en los dos extremos dispares de no existir nombramiento por previsión paterna o por falta de personas expresada en las previsiones legales; o, por el contrario, por estar ante el caso del nombramiento plural de tutores. En la primera hipótesis, agotada la tutela legítima, entran en juego las normas de la dativa, que entrega a los parientes del menor o incapacitado, y en último extremo a los jueces, el pertinente nombramiento.

Con carácter privado, en el conflicto positivo el discernimiento debe ser al tutor elegido por el padre o por la madre; al nombrado por extraño cuando hubiese instituido heredero al menor incapaz; al designado por quien le deje legado o manda importante.

De existir concurrencia en los dos últimos supuestos, el discernimiento del cargo corresponde al Juez.

No cabe ejercer las funciones de tutor, ni aun 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 el del lugar en que los padres tenían su domicilio el día del fallecimiento. El juez que discierne la tutela es el competente para dirigir todo lo con ella relacionado, aun cuando los bienes del menor se encuentren fuera de su jurisdicción. Para discernir la tutela, el tutor confirmado o nombrado asegurará bajo juramento el buen desempeño de sus funciones. Priva de validez a los actos practicados por el tutor la 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.”²³

En el aspecto legal, el Artículo 319 del Código Civil guatemalteco preceptúa: “Discernimiento del cargo. El tutor y el protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez. Ninguna tutela puede ser discernida sin estar llenados todos los requisitos que para su ejercicio exige la ley.”

²³ **Ibid**, pág. 267.

Otra de las obligaciones que existen relacionadas con el ejercicio de la tutela, es la concerniente a la exigencia de realizar inventario, ello con la finalidad de determinar con exactitud los bienes con los cuales cuenta el pupilo, a efecto de que se exija al tutor a prestar una garantía acorde con el haber del pupilo.

El Artículo 320 del Código Civil lo preceptúa: "Obligación de hacer inventario. El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez, según la circunstancias. En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedará el tutor eximido de esta obligación."

Además de la obligación de hacer inventario, debe realizarse el avalúo de los bienes. "El avalúo significa la acción y efecto de evaluar, de señalar a una cosa el valor correspondiente a su estimación, así como también ponerle precio. Esta expresión tiene importancia jurídica en diversos actos, ya que, por equivalente a tasación, es aplicable a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria o prendaria, a la estimación de las mercaderías sujetas al pago de derechos arancelarios, a la determinación de la cuantía de ciertos impuestos y contribuciones, a las cesiones mortis causa, para la valoración de los bienes, a efecto de su partición."²⁴

El Artículo 321 del Código Civil guatemalteco establece: "Constitución de garantía. Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de

²⁴ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 114.

tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.”

Artículo 322 del Código Civil guatemalteco. “Cuando con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que haga obligatoria la caución, lo harán saber al juez, el propio tutor o el protutor, o la Procuraduría General de la Nación, para el efecto de la constitución de la garantía.”

De acuerdo con lo que establece el Artículo 323 del Código Civil, “la garantía que preste el tutor deberá asegurar:

- a) El importe de los bienes muebles que reciba el tutor;
- b) El promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela;
- y,
- c) Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa.”

“La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según aumente o disminuya el valor de los bienes expresados y el de las cosas en que aquélla esté constituida.”²⁵

- e. Artículo 325. “La garantía deberá consistir en hipoteca, prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria o legalmente autorizada para el efecto. La garantía personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio,

²⁵ *Ibid*, pág. 60.

- fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vaya a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste.”
- f. Artículo 326. “La garantía prenda que preste el tutor, se constituirá depositando los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; y a falta de ella, en una persona de notorio arraigo.”
 - g. Artículo 327. “El juez fijará, a solicitud y propuesta del tutor, la pensión alimenticia, de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciará el tribunal.”
 - h. Artículo 328. “Presupuesto. El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de administración para el año. Para los gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial.”
 - i. Artículo 329. “Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos, bonos, acciones y valores, que a juicio del juez no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento autorizado por la ley para recibir depósitos.”
 - j. Artículo 330. “Carrera, oficio o profesión del menor. El tutor destinará al menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias. Si ya había iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor.”
 - k. Artículo 331. “El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece.”

En el discernimiento del cargo de tutor, es necesario atender a tres aspectos fundamentales, de acuerdo a lo que regula la legislación civil guatemalteca: en principio debemos referirnos a la obligación de hacer inventario, el avalúo de los bienes y la constitución de garantía. La obligación de hacer inventario, tal como lo establece la ley tiene carácter imperativo, no es opcional; a tal punto que se regula que en ningún caso quedará el tutor liberado de tal responsabilidad. Dicha obligación tiene su fundamento lógico, en virtud del cuidado que debe brindarse al patrimonio del pupilo.

La palabra patrimonio significa el conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre, o los bienes propios adquiridos por cualquier título. "En una definición más jurídica, el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero. A modo de síntesis caracterizadora incluye el patrimonio: solo las personas pueden tener patrimonio, pero se reconoce a los individuos y a las personas abstractas; toda persona tiene un patrimonio, así se limite su activo a lo que tenga puesto y lo demás sean deudas; la mayor o menor cantidad y valor de los bienes no afecta a que sólo tenga un patrimonio cada persona, aunque la técnica moderna destaque la existencia excepcional del patrimonio separado; sólo cabe transmitirlo íntegramente por causa de muerte; constituye la prenda tácita y común de todos los acreedores del titular de los perjudicados por él."²⁶

En consecuencia, es necesario que antes de entrar el tutor a ejercer el cargo, se cuente con un detalle del debe y haber que conforman el patrimonio del pupilo, dicho

²⁶ **Ibid**, pág. 729.

balance resulta esencial no sólo para individualizar el patrimonio del pupilo, sino que también para determinar el rendimiento o beneficios que puede proporcionar, ya que de las ganancias que produzcan dependerá la subsistencia del pupilo, así como la remuneración que por ley corresponde al tutor.

Asimismo, al momento de la rendición de cuentas, esta se realizará con base en los bienes que se detallaron en el inventario, para demostrar el buen actuar del tutor, o en su caso para iniciar las acciones legales que correspondan.

En cuanto al avalúo de los bienes del pupilo, su cuantificación es fundamental en el sentido que proporcionará el monto total al cual asciende el patrimonio del pupilo, así como el beneficio o rendimiento que puede generar, toda vez la administración sea adecuada y eficiente.

La obligación de prestar garantía, ya sea hipotecaria, prendaria o fianza; es una de las formas que el legislador materializó en la ley, a efecto de salvaguardar los bienes del pupilo ante una posible dilapidación; caso en el cual, se estaría ante la posibilidad de recuperar el patrimonio del pupilo. Insistimos, en principio el patrimonio es importante porque de éste depende la subsistencia del pupilo y, en forma accesoria lo relacionado con la retribución del ejercicio de la tutela y protutela.

Con relación al tipo de garantía que deba prestarse, consideramos que la más adecuada es la hipotecaria, toda vez que se constituye sobre bienes inmuebles, lo cual

repercute en la solvencia para el cumplimiento de una obligación, como el caso particular que nos ocupa, es decir, el correcto ejercicio de la tutela, lo cual comprende la administración de los bienes del pupilo.

Por ello, los jueces de familia al realizar el discernimiento del cargo de tutor, deben procurar que las personas nombradas para tales fines, presten como garantía el contrato hipotecario sobre los bienes que alcancen a asegurar los del pupilo. Entre las ventajas que se encuentra en la garantía hipotecaria podemos establecer:

- a) La tendencia al alza en cuanto al precio, lo cual, por lo general se produce sobre los bienes inmuebles, con escasas excepciones de devaluación;
- b) En términos más precisos, la plusvalía de los inmuebles, lo cual asegura una mejor situación para el patrimonio del pupilo;
- c) El monto que se le asigna a través del avalúo, por lo general guarda relación con el valor real;
- d) El aumento que puede producirse en cuanto a su valor cuantitativo y cualitativo;
- e) Por lo general este tipo de garantías alcanza a cubrir el monto total de la obligación contraída;
- f) La dificultad que representa enajenar los bienes inmuebles cuando pesa sobre estos un gravamen de tipo hipotecario.
- g) La naturaleza de los bienes sobre los cuales se constituye, es decir, bienes inmuebles;
- h) Gozan del beneficio de inscripción en el Registro General de la Propiedad;

- i) La opción de promover el remate, para exigir el cumplimiento de la obligación con el importe de la subasta del inmueble;
- j) La inamovilización que se produce sobre esta clase de bienes, toda vez se realice tal anotación en el Registro General de la Propiedad.

Pero más que un asunto legal en cuanto al discernimiento del cargo de tutor, - inventario, avalúo y constitución de garantía-; es necesaria la valoración que el juez realiza, en función de los aspectos que la sana crítica razonada y su experiencia le aconsejan; en virtud que de la valoración que realice, depende en gran medida el buen funcionamiento de las funciones tutelares.

“Ejercicio. Estableciendo la estructuración general de la tutela, se declara que ésta se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y con intervención del consejo de familia. Todo ello configura pesada armazón, de trabas recíprocas y dilaciones sin cuenta, objeto de tantas censuras y de unánimes deseos de simplificación.

Gastos. Todos los que abone el tutor con cargo a los bienes del pupilo deben ir acompañados de sus documentos justificativos. Sólo puede excusarse ello en los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra a recoger recibos.

Los gastos de rendición de cuentas de la tutela corren a cargo del menor o incapacitado. Además, el tutor ha de requerir autorización del consejo de familia para hacer gastos extraordinarios en los bienes que administre por razón de la tutela.

Normas internacionales privadas. La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de cada país. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley. Será aplicable la ley para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto a los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio.”²⁷

3.2. Autorización judicial

Existen ciertos actos que debe realizar el tutor, los cuales requieren de la autorización del juez, en virtud de la naturaleza de los mismos, sobre todo aquellos que se refieren al patrimonio del pupilo en cuanto a su enajenación. De forma concreta, en el Artículo 332 del Código Civil guatemalteco se encuentran enumerados dichos supuestos de la forma siguiente:

“Necesidad de autorización judicial. El tutor necesita autorización judicial:

- a) Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derecho reales del menor incapacitado; para dar los primeros en arrendamiento por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año; para hacer o reconocer mejoras que sean necesaria, para

²⁷ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 326.

- constituir servidumbres pasivas; y en general, para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales.
- b) Los contratos a que se refiere este inciso, no pueden ser prorrogados;
 - c) Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
 - d) Para repudiar herencias, legados y donaciones;
 - e) Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
 - f) Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero el pupilo.”

Como complemento a los supuestos en los cuales el tutor necesita autorización judicial; en los Artículos 333, 334 y 335 del Código Civil se regula: “La venta de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse extrajudicialmente, pero nunca por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta, lo cual deberá comprobar el tutor al rendir sus cuentas.”

“El tutor responde de los intereses legales del capital del pupilo, cuando por su omisión o negligencia, quedare improductivo o sin empleo.”

“El tutor no puede sin autorización judicial, liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que éste o sus causante hubieren estado dedicados.”

3.3. Prohibiciones para el tutor

El Código Civil, en el Artículo 336, regula lo concerniente a las prohibiciones para el tutor, las cuales son:

- a) "Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él créditos, derechos, o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;
 - b) Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
 - c) Aceptar donaciones del ex pupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendiente cónyuge o hermano del donante;
 - d) Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
 - e) Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo."
1. Artículo 337. "Tampoco podrán contratar acerca de bienes del menor o incapacitado, por sí o por interpósita persona, los parientes del tutor, salvo que éstos sean coherederos o copartícipes del pupilo."
 2. Artículo 338. "el tutor no puede reconocer hijos del pupilo, sino con el consentimiento expreso de éste y en ningún caso los del incapaz, ni consentir expresa o tácitamente las resoluciones desfavorables al pupilo."
 3. Artículo 339. "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.”

3.4. Rendición de cuentas de la tutela

A partir del Artículo 343 del Código Civil guatemalteco, se regula lo concerniente a la rendición de cuentas de la tutela, la cual deberá realizarse en forma anual y al concluirse; ya sea por haberse cumplido el tiempo para ello, o porque existe cesación en el cargo. El tutor está obligado a rendir las cuentas de la tutela, en forma anual, y al concluirse la tutela o cesar en su cargo. Dicha rendición de cuentas se hará ante el juez, y en presencia del protutor y de un representante de la Procuraduría General de la Nación.

Los gastos que ocasione la rendición de cuentas correrán por cuenta del pupilo o del incapacitado, según sea el caso; asimismo, el tutor está obligado a entregar los bienes que sean del pupilo y los documentos que le pertenezcan. El plazo para efectuar la rendición de cuentas del ejercicio de la tutela, es de sesenta días contados a partir del cese del ejercicio de la tutela; además el plazo de prescripción para las acciones u obligaciones que correspondan al tutor y al pupilo, se extinguen dentro de los cinco años, contados a partir de la finalización de la relación tutelar.

El ejercicio de la tutela y de la pro-tutela, dan derecho a una retribución, la cual estará comprendida entre el cinco y el quince por ciento anual de las rentas del pupilo. Dicha

retribución se pagará anualmente. Pero si el tutor o el protutor fueron removidos por culpa de éstos, no tendrán derecho a la retribución. El tutor está obligado a llevar una contabilidad, para acreditar todas las operaciones de la administración que realice, de los bienes del pupilo; dicha contabilidad debe llevarla en libros autorizados y, al final de su actuación presentará una memoria de todo lo actuado en beneficio del pupilo.

Al respecto, podemos destacar los Artículos siguientes: Artículo 348 del Código Civil guatemalteco: “Los gastos de la rendición de cuentas, serán a cargo del menor o incapacitado.”

Artículo 349 del Código Civil guatemalteco: “Entrega de bienes. El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan. Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas.”

Artículo 350 del Código Civil guatemalteco: “El saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; en el segundo, desde la rendición de cuentas, si hubieren sido rendidas dentro del término legal, y en caso contrario, desde que éste expire.”

Artículo 351 del Código Civil guatemalteco: “Prescripción de acciones. Las acciones u obligaciones que recíprocamente correspondan al tutor y al expupilo, por razón del

ejercicio de la tutela, se extinguirán a los cinco años de concluida ésta.”

3.5. El protutor

Como complemento a la actividad del tutor, la legislación civil establece las funciones del protutor. En el caso del Código Civil guatemalteco en el Artículo 304 se 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.”

Artículo 305 del Código Civil: “El protutor está obligado:

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

El cargo de tutor se complementa con el cargo de protutor, para que éste fiscalice la actuación del tutor, en todo lo relacionado con el cuidado del menor de edad, así como en la correcta administración del patrimonio, para que no incurra en una mala administración o en un descuido, que no se dilapiden los bienes, ni tampoco se enajenen o graven; todo ello en busca del beneficio del menor de edad, y de aquellos que no siéndolo, no tuvieren padres y hubiesen sido declarados en estado de interdicción

En la doctrina se define la protutela de la forma siguiente: "Aquella persona que las leyes sitúan cerca del representante del incapaz para realizar una vigilancia concreta y específica de la gestión realizada por éste, y que el juez de familia no puede realizar por sí mismo. Además de esta función inspectora, tiene el protutor la función de sustituir al tutor en caso de oposición de intereses y la llamada función de intervención, que exige la concurrencia del protutor en aquellos casos de trascendencia en los que los fraudes son particularmente fáciles, como ocurre con la formación de inventario y la constitución de la fianza y las funciones de mediación entre el tutor y el juez de familia, cuya reunión debe promover para el nombramiento del nuevo tutor cuando la tutela quede vacante o abandonada, y al que debe llamar la atención cuando la gestión del tutor le pareciere perjudicial a la persona o a los intereses del menor.

El cargo de protutor, igual que el de tutor, precisa de ciertas características y singularidades que lo matizan con singular relieve. La legislación y la jurisprudencia señalan las notas fundamentales siguientes:

El cargo de protutor es personal, no pudiendo, por consiguiente el protutor 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, encomendando a éstos la realización de operaciones materiales que no supongan nunca el traspaso jurídico de sus facultades de gestión e inspección. Es obligatorio y no renunciable sin justa causa.

Es gratuito, toda vez que la ley a diferencia del tutor, no señala retribución alguna para el protutor. Las mismas causas de incapacidad, excusa o remoción que la ley establece en cuanto a los tutores son aplicables a los protutores, a los que además afecta la incapacidad aludida, de no poder pertenecer a la misma línea del tutor.”²⁸

“En algunos sistemas de protección de los menores no sujetos a la patria potestad, así como de los incapacitados declarados como tales, no sólo se da la institución de la tutela o de la curatela, sino también las del consejo de familia y de la protutela. En cuanto a esta última, su función especial consiste en vigilar los actos que realiza el tutor, a efecto de evitar posibles abusos. La protutela es desempeñada por el protutor, generalmente designado por el consejo de familia.

La institución de la protutela ha sido muy discutida en la doctrina y rechazada por diversas legislaciones, como la argentina, por entender que sólo sirve para complicar el engranaje tutelar.

²⁸ *Ibid*, pág. 568.

Otras, contrariamente, estiman que tal institución es útil porque contribuye a la mejor garantía de los derechos del tutelado, ya que no son raros los casos en que los tutores o curadores no proceden con la necesaria honradez, y si bien es cierto que esa vigilancia está atribuida en algunos países a determinados organismos judiciales, resulta más teórica que real, porque tales organismos por buena voluntad que tengan carecen de medios para reconocer cual es en cada momento la conducta de todos los tutores y curadores que desempeñan esos cargos, y que no siempre son afectos a sus pupilos.”²⁹

“En el Derecho galo, el -protuteur-, que puede traducirse por 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.

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.

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 mismo que amenaza.

²⁹ **Ibid**, pág. 815.

Nombramiento. El protutor 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 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 aquel.³⁰

Obligaciones del cargo de protutor. "Obligaciones. Son obligaciones las principales del protutor:

- a) Intervenir en el inventario de los bienes del menor -o incapacitado, cabe agregar- y en la constitución de la fianza, cuando proceda;
- b) Sustentar los derechos del menor o incapacitado, en juicio y fuera de el, cuando se opongan a los intereses del tutor;
- c) Llamar la atención del Consejo de familia cuando la gestión del tutor le parezca perjudicial para la persona o bienes del tutelado;
- d) Promover la reunión del Consejo de familia para nombrar nuevo tutor, por vacante o abandono del cargo;
- e) Responder de los daños y perjuicios que irroque por su imprevisión o negligencia.

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

³⁰ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 490.

constituye la 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.”³¹

“La necesidad de ejercer una vigilancia constante sobre los actos realizados por el tutor, hizo pensar a los legisladores en la conveniencia de introducir en el complejo organismo tutelar una institución especial que llenase ese cometido. Esta nueva pieza de aquella maquinaria no tenía antecedente alguno. Algunos autores entendieron que la recepción en la legislación de la figura del protutor respondió a la ascendencia directa del Código de Napoleón, que a su vez lo tomó del derecho consuetudinario francés que, en efecto, reconocía junto al tutor la existencia de otros organismos, cuales eran el protutor, con funciones limitadas a la administración de bienes del pupilo existentes en las colonias. Sin embargo, otros tratadistas prefieren situar la línea de influencia en el Código de Portugal.

Sea cual fuere su origen, lo cierto es que esta institución en todo momento ha merecido una crítica francamente desfavorable, puesto que para algunos sus resultados en la práctica han dejado mucho que desear, no por vicios intrínsecos de la institución misma, sino por lo que pudiera llamarse impurezas de la realidad, dado que ésta se ha encargado, debido, sin duda a la falta de civismo de nuestra psicología, y en general a las malas costumbres sociales, a que este cargo, cuya implantación estaba bien

³¹ **Ibid**, pág. 492.

ordenada, no de en la práctica los saludables efectos que sus inspiradores desearon.³²

En conclusión, el ejercicio de la tutela demanda especial y singular atención, tomando en consideración el aspecto que regula; todos los que intervienen, desde su discernimiento hasta la rendición de cuentas deben apegarse estrictamente a lo que regula la legislación civil guatemalteca, para armonizar la positividad de las normas con la eficacia.

Debido a que en muchas situaciones el ejercicio de la tutela no ha llenado las expectativas que debería brindar, recibe especiales críticas y plantea el análisis de la conveniencia de dicha institución. En principio, la frecuencia con la cual se da el discernimiento de dicho cargo es mínima, comparada con la cantidad de situaciones que se producen de hecho; no existe una cultura en cuanto a prever el bienestar de los menores de edad, así como la conservación de su patrimonio. Asimismo, en aquellos casos en los cuales efectivamente se produce el discernimiento del cargo de tutor, no se cumple a cabalidad con las obligaciones que recaen en la persona del tutor, sumado a la ausencia de fiscalización que existe por parte de las autoridades, especialmente los jueces de instancia de familia, la Procuraduría General de la Nación y la Procuraduría de los Derechos Humanos.

En atención a dichas deficiencias, existe la función del protutor; pero dicha institución adolece de efectividad en cuanto a la fiscalización de la tutela, por lo cual demanda un replanteamiento a nivel legal del cumplimiento de las funciones tanto del tutor como del protutor.

³² Rojina Villegas, Rafael, **Derecho mexicano**; pág. 506.

CAPÍTULO IV



4. Efectiva aplicación de las causas de inhabilitación, excusa y remoción

En el presente capítulo analizaremos tres factores fundamentales que comprende el ejercicio de la tutela; si bien es cierto, la ley se refiere también a la actividad del protutor, haremos especial énfasis en lo que representa el actuar del tutor y sus obligaciones para con el pupilo.

Precisamente, el cumplimiento de lo que establece la ley, demanda especial atención a los dos aspectos que hemos venido señalando, los cuales se resumen en el cuidado de la persona del pupilo y la conservación de su patrimonio.

Pero, cuando no se cumplen los presupuestos legales, existen en principio situaciones que prohíben el ejercicio de la tutela; y, una vez se ha entrado a ejercer el cargo, pero se producen situaciones que contravienen el bienestar del pupilo, la ley contempla las causas para la remoción del cargo.

Como complemento a la inhabilidad y las causas de remoción del cargo de tutor, también se producen las excusas para el ejercicio de la tutela, pero éstas a diferencia de las anteriores, es el potencial tutor el que debe argumentarlas en el momento del discernimiento del cargo, a efecto de que el juez no asigne tales funciones, en virtud

que existen situaciones de hecho y de derecho que condicionan el ejercicio adecuado de la tutela que se pretende establecer.

Por ello insistimos, la efectiva fiscalización del ejercicio del cargo de tutor, es fundamental para promover la inhabilidad del cargo, así como la remoción según sea el caso; la ley establece los presupuestos que deben concurrir para que operen dichas condicionantes, pero es necesario que alguien manifieste el incumplimiento de las funciones; en principio debe ser el protutor el que se pronuncie al respecto, pero a falta de un correcto desempeño del cargo, deben intervenir las autoridades.

4.1. Inhabilidad para la tutela

La inhabilidad para el ejercicio de la tutela, se refiere a las prohibiciones que la ley establece para evitar que las personas que apeguen su conducta a dichos enunciados, puedan entrar a ejercer el cargo de tutor.

Así, en el Artículo 314 del Código Civil guatemalteco se enuncian las prohibiciones para ejercer la tutela. "Prohibiciones. No puede ser tutor ni protutor:

- a. El menor de edad y el incapacitado;
- b. 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.

- 
- c. El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
 - d. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notaria mala conducta;
 - e. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;
 - f. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
 - g. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;
 - h. El acreedor o deudor del menor por la 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;
 - i. El que no tenga domicilio en la República; y
 - j. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.”

Artículo 315 del Código Civil guatemalteco: “Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades que se mencionan en el Artículo anterior, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente.”

Es importante observar los presupuestos que la ley establece para que operen las prohibiciones para ejercer el cargo de tutor. En principio, la separación del cargo es una función judicial, en virtud que el juez debe realizar la declaración; asimismo, debe

existir previa denuncia por parte de la Procuraduría General de la Nación o de algún pariente del pupilo, pero no basta con una simple denuncia, la misma debe ser comprobada.

Estas disposiciones complican el diligenciamiento de la separación del cargo del tutor, y hacen permisivos los abusos y su frecuencia, toda vez que, tomando en consideración el tiempo con el cual diligencian los procesos en los juzgados de familia, la separación del cargo de tutor conlleva un lapso considerable. Aunque, para atenuar la vulneración de los derechos del pupilo mientras se promueve la separación del tutor, el juez de familia puede dictar las providencias necesarias a efecto de garantizar el cuidado de la persona del menor de edad, así como la conservación de su patrimonio.

Del contenido del Artículo 314, podemos apreciar los enunciados que prohíben de forma taxativa el ejercicio de la tutela y protutela; si bien es cierto, no son limitativos, enmarcan en general los parámetros a seguir en cuanto a las condiciones que debe reunir la persona que ejercerá el cargo de tutor.

- k. Así, la del menor de edad e incapacitado, constituye un aspecto que dada la limitación física que se posea, hace impensable el hecho de otorgarle la tutela a quien por no tener la madurez necesaria en cuanto al aspecto biológico, se encuentra impedido legalmente para ejercer el cargo.
- l. Quienes hayan sido condenados por delito común que merezca pena mayor de doce años, tampoco pueden ejercer la tutela; ello, porque la naturaleza de la

- institución es de cuidado y protección hacia el pupilo, lo cual se hace extensivo a la orientación y ejemplo que se le pueda dar al menor de edad.
- m. El que hubiere sido removido de otra tutela, no puede ser nombrado como tutor de una nueva, en virtud que su incumplimiento lo limita; además del hecho de no haber rendido cuentas o, que éstas no fuesen aprobadas por el juez.
 - n. El ebrio y el vago tampoco pueden acceder al nombramiento de tutor, toda vez que su condición los coloca en potenciales personas para ser declarados en estado de interdicción; así, lejos de asumir el cargo de tutor, se les debe proveer a efecto de que no dilapiden su patrimonio.
 - o. Quien tuviere litigio pendiente con el menor o incapacitado, toda vez que existiría colusión de derechos, lo cual imposibilitaría ejercer el cargo de tutor con total imparcialidad, velando por el bienestar del pupilo, así como la protección de su patrimonio.
 - p. Tampoco puede ejercer la tutela quien ha perdido el ejercicio de la patria potestad, puesto que no habiendo podido conservar tan especial relación como lo constituye la de padre e hijo; es consecuencia lógica pensar que menos podrá llevar con solvencia las obligaciones que impone la tutela.
 - q. El acreedor o deudor del menor tampoco puede ejercer el cargo de tutor, puesto que existe un conflicto de intereses, y en consecuencia no podría administrar de manera adecuada el patrimonio del pupilo; antes bien lo dilapidaría, se produciría una confusión de derechos o, existiría una novación.
 - r. Asimismo, el que no tenga domicilio en la República, no puede ejercer la función de tutor, en virtud que tales actos demandan un conocimiento directo e inmediato; toda

vez que la minoridad de edad exige una constante supervisión y encauzamiento en cuanto a la formación moral, ética, espiritual y académica del pupilo.

4.2. Remoción de la tutela

Esta situación se produce en virtud que la persona designada para ejercer la tutela, evidencia en su actuar ciertas deficiencias, las cuales demandan su separación del cargo y el nombramiento de un nuevo tutor, o en su defecto, la ocupación de dicho cargo por parte del protutor.

“Remoción. Privación de cargo o empleo. El vocablo, de origen canónico en esta acepción, es hoy de uso muy general, especialmente en la esfera administrativa. Destitución del cargo de representante legal de los menores huérfanos o incapacitados, de alegarse por interesado o declararse de oficio alguna causa bastante por ley para privar del ulterior ejercicio de la tutela. Puede promoverse al tutor:

- s. Por no reclamar el nombramiento del protutor;
- t. Por estar o quedar a su vez sujeto a la tutela;
- u. Por ser condenado por delitos contra la propiedad o las buenas costumbres;
- v. Por condena a cualquier pena corporal mientras no se cumpla;
- w. Por haber sido removido de tutela anterior;
- x. Por mala conducta o no tener manera de vivir conocida;
- y. Por concurso de acreedores o quiebra;

z. Por pleitear con el pupilo acerca del estado civil de éste;

aa. Y por profesar en religión;

bb. Por ser extranjero y ausentarse del país;

cc. Por ingerirse en la tutela sin haberse reunido en el consejo de familia y sin haber prestado la fianza o inscrito la garantía hipotecaria que por su función debe;

dd. Por no hacer el inventario;

ee. Por hacerlo fuera del plazo y forma o sin fidelidad;

ff. Por conducirse mal en el desempeño de la tutela.”³³

En lo que respecta al ordenamiento jurídico civil guatemalteco, en el Artículo 316 del Código Civil se regula. “Remoción. Serán también removidos de la tutela y protutela:

1. Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;
2. Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;
3. Los que emplearen mal trato con el menor;
4. Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y
5. Los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñen la tutela y protutela.”

³³ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 626.

4.3. Excusas para la tutela

Estas a diferencia de las prohibiciones y causas de remoción, las formula la persona que potencialmente va a ser nombrada como tutor, en atención a la existencia de ciertas situaciones que le impiden desenvolver con normalidad el cargo. Se trata de situaciones ya sea de hecho o de derecho, que facultan a la persona a plantearlas.

La excusa la podemos entender de la forma siguiente: "Excusa. Razón o causa para eximirse o librarse de carga o cargo. Motivo fundado o simple pretexto para de tal modo disculparse de alguna acusación. Descargo. Excepción. Manifestación plausible, más no siempre la exacta, para no asistir a un acto o para rechazar una invitación u oferta. Circunstancia o situación aducida para disculpar una falta de asistencia o de puntualidad.

De manera más precisa en cuanto al tema de la tutela y protutela, la excusa es cada uno de los motivos limitativamente establecidos en la codificación civil para que la persona a quien le corresponda por ley, designación testamentaria o resolución judicial pueda relevarse de desempeñar una u otra de esas funciones de representación jurídica de los menores y de adicional amparo personal de los incapaces."³⁴

"A título ilustrativo y con modificaciones importantes, se enumeran los que pueden excusarse de los cargos de tutor y protutor, de acuerdo con la legislación. Entre estos se pueden mencionar:

³⁴ **Ibid**, pág. 627.

6. Los presidentes de las cortes, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo;
7. Los eclesiásticos;
8. Los magistrados, jueces y fiscales;
9. Los que ejerzan autoridad dependiente del Estado;
10. Los militares en activo;
11. Los que tengan bajo su potestad cinco o más hijos legítimos;
12. Los tan pobre que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
13. Los que tengan mala salud;
14. Los mayores de sesenta años;
15. Los que ya sean tutores o protutores de otro menor de edad o incapaz.³⁵

“Las excusas no son permanentes, aun cuando se concibe difícilmente que desaparezcan para los eclesiásticos, los militares y los funcionarios judiciales y fiscales. De todas formas, cesada la causa de exención, los excusados pueden ser compelidos a admitir la tutela, a petición del tutor o protutor que los haya reemplazado.

La excusa ha de alegarse en la reunión que para constituir la tutela celebre el juez. Si se excusa de la tutela el tutor testamentario perderá lo que voluntariamente le hubiere dejado el testador. Entendemos que esa reducción o pérdida solo procede en cuanto al tercio de libre disposición, y no al de mejora, si a herederos forzosos alcanza.

De la excusa, causa voluntaria y digna para no ejercer la tutela o protutela, se diferencia radicalmente la inhabilidad o incapacidad para desempeñar una u otra;

³⁵ **Ibid**, pág. 627.



porque estas últimas causas constituyen prohibiciones legales; por motivos diversos como la falta de edad, ciertas consideraciones o peligros, y asimismo los malos antecedentes morales y penales.”³⁶

La legislación civil guatemalteca en el Artículo 317 del Código Civil, regula las excusas para la tutela de la forma siguiente: “Excusa. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

- a. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- b. Los mayores de sesenta años;
- c. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- d. Las mujeres;
- e. Los que por sus limitaciones recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;
- f. Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y
- g. Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.”

El Artículo 318 del Código Civil establece: “Los que no fueren parientes del menor o incapacitado no estarán obligados a aceptar la tutela o protutela si hubiere personas llamadas por la ley que no tengan excusa o impedimentos para ejercer aquellos cargos.”

³⁶ **Ibid.**



En cuanto a las excusas para ejercer el cargo de tutor, es comprensible el hecho que, las personas que tengan a su cargo otra tutela puedan excusarse, toda vez que el ejercicio de la tutela demanda tiempo y esmero en cuanto a los fines que se pretenden alcanzar.

Con relación a la excusa que pueden plantear las mujeres para no ejercer el cargo de tutor, nos parece una condición ya superada, en virtud que la realidad ha demostrado que las mujeres evidencian capacidad para ejercer tales funciones; por lo cual el sexo, no debe ser factor al cual se recurra como excusa.

4.4. La fiscalización del ejercicio de la tutela

Por lo expuesto, advertimos la importancia que representa el correcto desempeño del cargo de tutor; pero complementado con una adecuada fiscalización de tales funciones, situación que no se produce en el discernimiento de la tutela en los casos concretos que conocen los juzgados de instancia de familia de la ciudad de Guatemala.

La vida, cuidado y bienestar de la persona del pupilo exigen atención en cuanto a la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones del tutor; asimismo, la correcta administración de su patrimonio. Al respecto, aunque existe la rendición de cuentas, ya sea por remoción o por finalización del cargo, es necesario que constantemente se produzca la fiscalización en cuanto a las cuentas de la tutela, por ello la ley establece un control anual para determinar el desempeño del tutor.

De existir situaciones que vulneren los derechos del pupilo, debe promoverse la remoción del cargo, para lo cual el juez debe tomar en cuenta los factores que sean negativos y produzcan daño al pupilo tanto en su persona como en sus bienes.

Pero, hacer del conocimiento del juez tales hechos, en principio podría representar un obstáculo, toda vez que al no existir una fiscalización periódica de la tutela, se ignoran muchos aspectos del ejercicio de la misma.

Es aquí donde debe darse la oportuna intervención del protutor, a efecto de salvaguardar el correcto desempeño de la tutela y lograr los fines que la ley establece.

Por ello, las facultades que la ley concede a los jueces de familia para la fiscalización de la tutela, deben materializarse con toda amplitud a fin de evitar daños al pupilo, y en caso existan, terminar con cualquier vulneración. Atender a un estricto control en cuanto al registro de las tutelas deviene en ser un aspecto fundamental a considerar, para tener un control de los casos en particular, en virtud que el ejercicio de la tutela en algunos casos opera de hecho y no de derecho, lo cual dificulta la labor de fiscalización, puesto que se ignora que determinado menor de edad se encuentre al amparo de personas que no sean sus padres, independientemente del parentesco que los una.

Evidentemente, la relación tutelar jamás podrá suplir el nexo que existe entre los padres para con los hijos; pero en la medida de lo posible, debe atenuar la ausencia de los padres y propiciar el cuidado de los menores de edad; situación a la cual se

encuentra obligado el Estado de Guatemala, para velar por el bienestar de quienes no se hallen bajo la patria potestad, lo cual se logra a través de una adecuada fiscalización.



CONCLUSIONES



1. Los jueces de familia de los juzgados de instancia de la ciudad de Guatemala, no fiscalizan las funciones de las personas que ejercen los cargos de tutor, a efecto de establecer el cumplimiento de los preceptos contenidos en la legislación civil guatemalteca.
2. Existen tutelas que operan de hecho y no de derecho, lo cual dificulta la aplicación de las causas para la inhabilitación y remoción del cargo de tutor.
3. La separación del cargo de la tutela, es una función judicial que debe hacerse del conocimiento del juez; pero existen dificultades para hacer del conocimiento del juez la vulneración de los derechos del pupilo, a efecto de obtener su oportuna intervención.
4. La Procuraduría General de la Nación, no interviene de forma eficiente en cuanto al discernimiento y fiscalización del cargo de tutor, a efecto de establecer las causas que motivan la prohibición, así como la remoción del cargo.
5. La legislación civil en materia del ejercicio de la tutela debe ser reformada, a efecto de que las normas jurídicas guarden relación con la realidad social del país, para que constituyan derecho positivo eficaz.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los jueces de familia de los juzgados de instancia que operan en la ciudad de Guatemala, intervengan de manera oportuna en cuanto a la correcta fiscalización del ejercicio de la tutela.
2. Debe existir por parte del Estado de Guatemala, un estricto control en materia de registro del discernimiento del cargo de tutor, para que se ejerza de hecho y no de derecho, y a la vez posibilite de mejor forma la inhabilitación y remoción.
3. Es necesaria la intervención activa, oportuna y eficiente del protutor; para hacer del conocimiento del juez las circunstancias que aconsejan la remoción del cargo de tutor.
4. Debe existir una intervención eficiente de la Procuraduría General de la Nación, en los casos en los cuales se discierne el cargo de tutor; así como cuando se produce una causa que amerita la remoción del cargo.
5. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar el Código Civil en lo concerniente a la institución de la tutela, a efecto de armonizar las normas jurídicas con la realidad que se vive en el país; en virtud que su contenido ha quedado desfasado en algunos aspectos.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manuel de derecho civil**. 2a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1959.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. 3a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1957.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, **El interés del menor**. España: Ed. Dykinson, S. L., 1999.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho mexicano**. 2a. ed.; México: Ed. Librería Robredo, 1959.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. 3a. ed.; España: Ed. Talleres tipográficos, 1932.
- VISOR, **Diccionario enciclopédico ilustrado visor**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo 2000.

Legislación:

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto ley numero 206.