

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



LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA

CAROL EMERÍ VÁSQUEZ CHIQUÍN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2018

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

LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA

TESIS



Guatemala, febrero de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Rudy Genaro Coton Canastuj
Vocal:	Licda.	Aura Mariana Donis Molina
Secretario:	Lic.	Ery Fernando Bamaca Pojoy

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic.	Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez
Secretario:	Lic.	Carlos Alberto Càceres Lima

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).



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 06 de junio de 2014.

ASUNTO: CAROL EMERI VÁSQUEZ CHIQUÍN, CARNÉ No. 200818495, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20130233.

TEMA: "LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA".

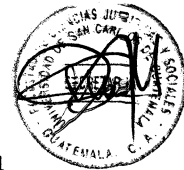
Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado OSCAR ROLANDO DE LEON COLOMA, Abogado y Notario, colegiado No. 11159.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.





Guatemala, 06 de junio de 2014.

Licenciado
OSCAR ROLANDO DE LEON COLOMA
Ciudad de Guatemala

Licenciado OSCAR ROLANDO DE LEON COLOMA:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por la estudiante: CAROL EMERIL VÁSQUEZ CHIUÍN, CARNÉ No. 200818495, intitulado "LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "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".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

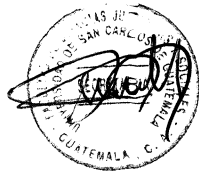
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo

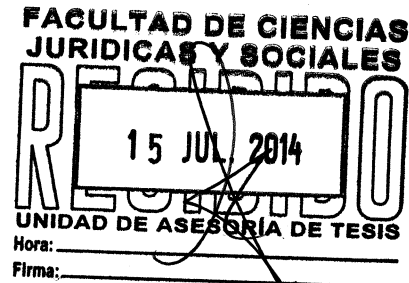


Licenciado OSCAR ROLANDO DE LEÓN COLOMA
Abogado y Notario



Guatemala, 11 de julio de 2014

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



Distinguido Doctor:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, con el objeto de hacer de su conocimiento que en cumplimiento con la resolución de fecha seis de junio de dos mil catorce; procedí a efectuar la asesoría del trabajo de tesis de la Bachiller CAROL EMERI VÁSQUEZ CHIQUÍN, titulado “**LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA**”, razón por la cual me permito presentarle mi dictamen y le;

EXPONGO

a) En atención a los requisitos que regula el Reglamento respectivo, preste mi asesoría a la Bachiller Carol Emeri Vásquez Chiquín, para la adecuación y desarrollo de su trabajo de tesis, tanto en la metodología a observar, así como en lo referente a la bibliografía y sobre las técnicas de investigación para su redacción.

b) En lo referente al aspecto formal, la redacción de trabajo, se hace en estilo claro y sencillo; en cuanto a su contenido, dado lo especial del tema, el suscrito estima que en el futuro podrá servir de consulta por entidades que tienen iniciativa de ley para la posible reforma al Código Civil.

Casa No. 516 Colonia alemana San Juan Sacatepéquez, Departamento de Guatemala.

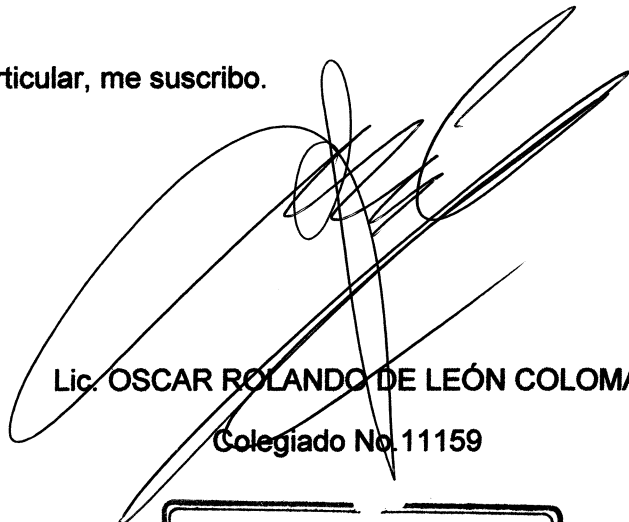
Teléfono: 40137792

Licenciado OSCAR ROLANDO DE LEÓN COLOMA
Abogado y Notario

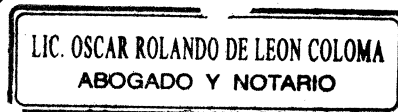


En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requisitos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son congruentes con los temas desarrollados dentro de la tesis, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; por lo que resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular, me suscribo.



Lic. OSCAR ROLANDO DE LEÓN COLOMA
Colegiado No. 11159



Casa No. 516 Colonia alemana San Juan Sacatepéquez, Departamento de Guatemala.

Teléfono: 40137792



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 15 de julio de 2014.

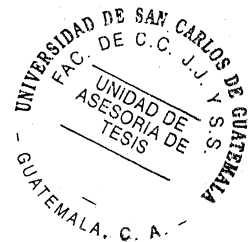
Atentamente, pase a el LICENCIADO OBDULIO ROSALES DÁVILA , para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante CAROL EMERÍ VÁSQUEZ CHIQUÍN, intitulado: "LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA".

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



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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.

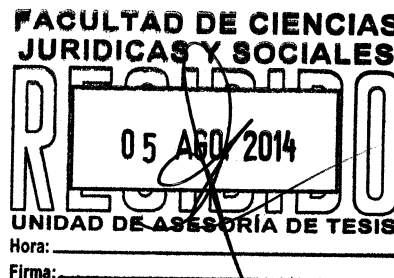


BUFETE PROFESIONAL, ROSALES DÁVILA & ASOCIADOS
LICENCIADO OBDULIO ROSALES DÁVILA
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 5 de agosto de 2014

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



Apreciable Doctor:

En cumplimiento con la resolución de fecha quince de julio de dos mil catorce; procedí a efectuar la revisión del trabajo de tesis de la Bachiller CAROL EMERI VÁSQUEZ CHIQUÍN, titulado **“LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA”**, y manifiesto lo siguiente:

a) He realizado la revisión de la investigación, haciendo correcciones gramaticales y de redacción, que consideré necesarias, con el fin de mejorar la comprensión y mejor entendimiento del tema, las cuales fueron debidamente atendidas por la ponente.

b) La bachiller Carol Emeri Vásquez Chiquín, durante la elaboración de la investigación, se apegó a lo que instruye el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; de igual manera el contenido de la tesis denota una redacción técnica comprensible y explicativa, usando las etapas del conocimiento científico adecuadamente.

c) En la estructura formal de la tesis se aprecia la utilización de los métodos aplicados, tales como, científico, deductivo, inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba la recolección de información actualizada; se aprecia que las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla.

SECCIÓN “M” LOTE 12 COLONIA EL MILAGRO ZONA 6 DEL MUNICIPIO DE MIXCO.

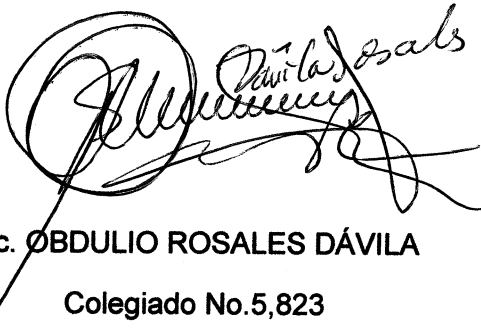
TELÉFONO: 58400936

BUFETE PROFESIONAL, ROSALES DÁVILA & ASOCIADOS
LICENCIADO OBDULIO ROSALES DÁVILA
ABOGADO Y NOTARIO



d) En conclusión considero que el trabajo en referencia llena los requisitos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resultando procedente emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular, me suscribo.



Lic. OBDULIO ROSALES DÁVILA
Colegiado No.5,823

Lic. Obdulio Rosales Dávila
ABOGADO Y NOTARIO

SECCIÓN "M" LOTE 12 COLONIA EL MILAGRO ZONA 6 DEL MUNICIPIO DE MIXCO.

TELÉFONO: 58400936



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de febrero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CAROL EMERI VÁSQUEZ CHIQUÍN, titulado LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA TUTELA LEGÍTIMA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

[Handwritten signature]

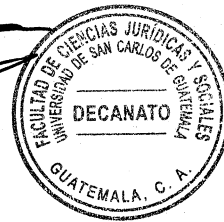
BAMO/srrs.

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi padre y creador del mundo, por haberme permitido cumplir este sueño, dador de la vida, de mi fe, esperanza y amor, gracias por tu gran misericordia, protección y de muchas bendiciones; este triunfo es por tí y para tí.

A MIS PADRES:

Luis Humberto Vásquez, María Elizabeth Chiquín, como un mínimo reconocimiento a su esfuerzo, sacrificio y dedicación que de niña me instruyeron en la fe en Dios y a luchar por mis sueños, a ese amor incondicional, consejos que nunca han faltado, por su gran sencillez, hermosura y luchadores de la vida, y grandes ejemplos a seguir, gracias por cada uno de sus sacrificios amor y apoyo que aún tienen hacia mí, Dios los bendiga siempre. ¡los amo!

A MIS ABUELOS:

Leona Chiquín (D.E.P.), por ser como una madre y amiga, y donde esté, se regocije junto a mí con este logro; Domingo Och Caal por sus consejos y llenar mi vida de alegría; Yolanda Emeri Vásquez por su apoyo incondicional.

A MI ESPOSO:

Wilson Abigail Pérez Avila, por la enorme paciencia, tolerancia y su gran amor incondicional que tiene hacia mí en todos estos años de sacrificio constante, este triunfo es de los dos. ¡te amo!

A MI HIJO:

Wilson Adrián Pérez Vásquez, por ser ese pilar fuerte de mí vida y darme la fuerza para seguir adelante, que este triunfo sirva como recompensa por el tiempo y sacrificio, el cual fue necesario.



A MIS HERMANOS: Ismenia, Walter, Shirley, con mucho amor y agradecimiento.

A MI SUEGRA: Berta Avila Duarte de Pérez, por ese apoyo que siempre me brinda y por tratarme como una hija.

A MIS SOBRINOS: En general, que este triunfo sea un ejemplo de perseverancia, tenacidad y superación.

A MIS CUÑADOS: Por su apoyo y paciencia con mi hijo.

A: Familia Pérez Valdez, por su apoyo para lograr este triunfo.

A MIS AMIGOS: Rubén, Heisel, Gabriela, Karla, Mercedes, Luis Pedro, Alma, Kimberly, José; este triunfo lo comparto con ustedes.

A MI UNIVERSIDAD: Que me abrigó entre sus aulas y me dio la luz que guiará mi vida profesional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Género y sexo.....	1
1.1 La diferencia biológica del sexo	4
1.1.1 La diferencia por los cromosomas	5
1.1.2 La segunda es diferencia por las gónadas	5
1.1.3 La tercera diferencia sexual se deriva de las hormonas	5
1.1.4 La cuarta y última diferencia sexual está en los genitales externos	6
1.2 La diferencia social	6
1.3 Como se adquiere el género.....	7
1.4 Identidad de género	8
1.5 La sociedad patriarcal.....	13
1.6 La cultura del género	15

CAPÍTULO II

2. Desigualdad de género.....	17
2.1 De la diferencia biológica a la desigualdad social	21
2.2 El género organiza a la sociedad	22
2.3 Las desigualdades en el trabajo	22
2.3.1 Las diferencias en el trabajo remunerado	24
2.4 Las diferencias dentro de la familia.....	25
2.5 La tolerancia hacia la violencia contra las mujeres	26
2.6 La escasa participación femenina en la toma de decisiones públicas	27
2.7 La diferencia entre hombres y mujeres en el control de recursos, bienes y servicios	28



Pág.

2.8 Situaciones de desigualdad de género en el mundo	29
--	----

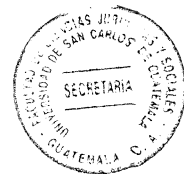
CAPÍTULO III

3. La tutela	33
3.1 Consideraciones generales	33
3.2 Definición	36
3.3 Tutela y patria potestad	36
3.4 Caracteres de la tutela	38
3.5 La tutela en el derecho romano	39
3.6 La tutela en el derecho germánico	56
3.7 La tutela en el derecho musulmán	57
3.8 La tutela en el derecho moderno	58
3.9 Las tendencias modernas en materia tutelar	63
3.10 En la legislación guatemalteca	63
3.10.1 Clases de tutela	65
3.10.2 Antinomia entre los Artículos 293 y 301 del Código Civil	66
3.10.3 Naturaleza jurídica de la tutela	68
3.10.4 Clases de tutores	69
3.10.5 Ejercicio o administración de la tutela	69
3.10.6 Obligaciones principales del tutor	71
3.10.7 Actos para los que el tutor necesita autorización judicial	72
3.10.8 Actos que el tutor tiene prohibición de realizar	73
3.10.9 Retribución	75
3.10.10 Rendición de cuentas	75



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. La tutela legítima	77
4.1 Concepto.....	77
4.2 Clases de tutela legítima.....	77
4.2.1 Tutela legítima de los menores no emancipados	78
4.2.2 Tutela legítima de los locos y sordomudos	78
4.2.3 Tutela legítima de los pródigos	81
4.2.4 Tutela legítima de los que sufren interdicción	82
4.3 Tutela legítima según la legislación guatemalteca.....	83
4.4 La desigualdad de género en la tutela legítima.....	85
4.4.1 Antecedentes	85
4.4.2 Justificación y análisis de la reforma al Artículo 299 del Código Civil, Decreto Ley 106	87
4.4.3 Proyecto de Decreto, reforma del Artículo 299 del Código Civil, Decreto Ley 106	89
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95



INTRODUCCIÓN

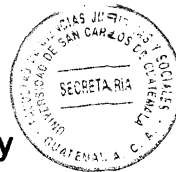
El Estado de Guatemala, tiene como obligación garantizar a todos los habitantes, la justicia, la seguridad y la paz. El derecho por medio de su ordenamiento jurídico, tiene como objetivo regular la conducta de las personas dentro de la sociedad y lo persigue a través de normas jurídicas con una correcta estructuración para poder resguardar el régimen de legalidad.

El fin y motivo primordial de esta investigación es que, con el desarrollo del estudio, respecto a la desigualdad de género en la tutela legítima, se dé el lugar que merece la mujer, para ser tomada en cuenta como primera opción al momento que un menor de edad, no tenga representante legal por medio de la figura de la patria potestad y sea necesario aplicar por medio de juez la figura de la tutela legítima.

Dentro de los objetivos que se trazaron en el plan de investigación, se encuentra establecer la desigualdad, que existe dentro de la normativa regulada en el Artículo 299 del Código Civil guatemalteco, en cuanto al orden a tomar en cuenta por parte del juez para dar a un menor de edad en tutela legítima.

La hipótesis es la modificación del Artículo 299 del Código Civil, dejando sin efecto la desigualdad existente, confiriendo prioridad a las abuelas maternas o paternas a la tutela legítima del menor, y haría desaparecer la infracción al principio de igualdad; comprobándose la misma con la vulneración al Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, referente al principio de igualdad.

Es necesario señalar los métodos empleados en la realización del presente trabajo de tesis, fueron varios, según el estado en que se encontraba la investigación. El método científico: se dio con la selección y recopilación bibliográfica de la información sobre el tema; el método deductivo: se empleó en los primeros capítulos, puesto que se debió hacer un estudio amplio de los antecedentes de género, sexo y la desigualdad de



género; el método inductivo: al momento de evaluar la información recabada y encuadrarla a la realidad reflejada en los resultados derivados de dichas técnicas a la legislación aplicable a la presente investigación; y, por último, el método sintético: se utilizó al momento de emitir las conclusiones y recomendaciones.

Todo este proceso metodológico y su aplicación condujeron a la confirmación de la hipótesis y los supuestos formulados respecto a que es necesaria la reforma del Artículo 299 del Código Civil guatemalteco.

Ahora bien, las técnicas utilizadas en el trabajo de investigación, fueron las técnicas bibliográficas y documentales, las cuales contribuyeron a reflejar de mejor manera la realidad objetiva tratada en la tesis desarrollada.

Para un mejor entendimiento, el presente trabajo de tesis, fue desarrollado en cuatro capítulos: el primero contiene el tema género y sexo; en el segundo desarrolla el tema desigualdad de género; el tercero el tema la tutela; y, en el cuarto capítulo trata sobre el tema de la tutela legítima.



CAPÍTULO I

1. Género y sexo

Para la doctora Leonor de León Cabrera, el término **género** circula en las ciencias sociales y en el discurso feminista con una acepción específica, y con cierta intencionalidad política.

La acepción data de 1955, cuando el investigador Money propuso el término de género para nombrar al conjunto de conductas atribuidas a los varones o las mujeres. Posteriormente Robert Stoller, a partir del estudio de los trastornos de la identidad sexual, estableció ampliamente la diferencia entre sexo y género. Stoller analizó el caso de un niño al que, por un error en la circuncisión le habían cortado el pene. A este niño se le educó desde el inicio como niña, ya que su familia y los médicos consideraron que era mejor ser una mujer incompleta que un hombre así mutilado, y el varoncito aceptó sin problemas la identidad sexual.

Por este y otros casos Stoller llegó a afirmar que lo determinante en la identidad de género no es el sexo biológico sino el hecho de vivir, desde el nacimiento, las experiencias, ritos y costumbres que se consideran masculinos o femeninos, y concluyó que la asignación y adquisición de la identidad es más importante que la carga genética hormonal y biológica. Por eso Stoller planteó tres instancias básicas del género:

- La atribución y asignación del género, que se realiza en el momento en que nace el bebé a partir de la apariencia de sus genitales externos.
- La identidad de género, que se establece firmemente (más o menos) en el momento en que el infante adquiere el lenguaje. Esta identidad supone el conocimiento de la existencia de una división de la sociedad, en varones y mujeres, aunque se desconozca la diferencia sexual anatómica.
- El papel de género, que es el conjunto de normas y prescripciones que cada sociedad establece sobre lo que es –femenino y masculino-.¹

El género es el conjunto de ideas sobre los procesos de identificación de las mujeres con la feminidad y de los hombres con la masculinidad, así como los mecanismos de control para quienes rebasan los límites culturales de lo permitido.

Según el libro titulado El ABC de Género, una pequeña diferencia biológica, a pesar de que mujeres y hombres están capacitados para realizar cualquier tipo de actividad, hay una que es propia según el sexo: las mujeres podrán parir y los hombres podrán fecundar.

¹ De León Cabrera, Tomasa Leonor. **La participación de la mujer en procesos de desarrollo.** Pág. 20-27.



Un segundo nivel de diferenciación se da por el funcionamiento de sus hormonas, por la forma de sus huesos y músculos, por la cantidad de vello, por el timbre de voz. Esas diferencias son fácilmente reconocibles.

Hay un tercer nivel en que las diferencias no son tan claras. Las conductas, la manera de aprender, el desarrollo de habilidades, la manera de expresar las emociones que muchas veces no son totalmente femeninas ni totalmente masculinas.

Por último, un cuarto nivel, las versiones mujer y hombre tendrán distintas posibilidades para vestirse, trabajar, comportarse, ser tratadas por la ley, ser vistas en la sociedad. Este nivel es muy arbitrario y poco tiene que ver con la naturaleza. Sin embargo, dependerá que a un cuerpo se le hagan agujeros en las orejas si es de niña, o se vista de azul si es niño, le pongan María, Milagro, Esperanza si tiene vulva o Juan, Luis, Pedro si tiene pene.²

Esa distinta manera de relacionarse con los cuerpos según el sexo con que nacen forma parte de la cultura de una sociedad.

“El género nombra las ideas que cada sociedad tiene sobre esa diferencia biológica. Señala el hecho de que las diferentes conductas y actividades de las mujeres y los hombres son hechos sociales, contruidos, y no formas biológicas con las que se nace. Significa que esas conductas y actividades se pueden cambiar, aunque sea una tarea

² Asociación Equipo Maíz. **El ABC de Género**. Pág. 14-16.

difícil. El concepto género nos permite diferenciar lo que es el sexo biológico, de lo que son las costumbres e ideas que la sociedad tiene sobre él”.³

Género: es la clase a la que pertenecen las personas o las cosas. Se refiere a la clase, especie o tipo.

Por eso también la palabra género se utiliza cuando se habla de géneros de la literatura o de especies animales, porque señala una manera de clasificar las cosas.

El género vino a ayudar a entender mejor que una cosa es nacer con un sexo y otra tener un destino marcado y diferente si se es hombre o si se es mujer.

1.1 La diferencia biológica del sexo

“El sexo, como diferencia entre hombre y mujer, está determinado por diferencias dadas por: los cromosomas, las gónadas, las hormonas, los genitales externos. Hablar de género no significa acabar con estas diferencias sexuales.

Con los últimos adelantos de la ciencia, una parte del sexo biológico se ha podido cambiar, de manera que personas que nacieron con genitales externos que los hacían hombres puedan tener los que identifiquen a las mujeres y al revés.

³ **Ibid.** Pág. 19.



1.1.1 La diferencia por los cromosomas

La primera diferencia empieza en el momento de la fecundación, es decir, cuando un espermatozoide alcanza un óvulo. El espermatozoide del padre aportará su información genética y el óvulo de la madre la suya.

Esa información está encerrada en los cromosomas, la que contiene todas las cualidades físicas que una persona va a tener: color de ojos, la forma del cuerpo, el tono de la piel etc.

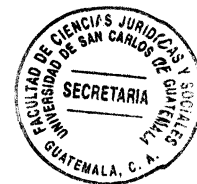
Hoy se sabe que el óvulo de la madre siempre tendrá dos cromosomas en forma de X mientras que el padre tendrá uno en X y otro en forma de Y.

1.1.2 La segunda es diferencia por las gónadas

Y es cuando se empiezan a formar las gónadas o sea, los testículos en los hombres o los ovarios en las mujeres.

1.1.3 La tercera diferencia sexual se deriva de las hormonas

Esas sustancias que ayudarán a completar las funciones del sexo y que van a intervenir de manera importante en el aspecto físico de hombres y mujeres, es decir, en la cantidad de vello en el cuerpo, en el desarrollo del pecho m, en el tono de voz.



1.1.4 La cuarta y última diferencia sexual está en los genitales externos

Que son los que se ven a simple vista y los que aparecen como primera medida de diferenciación aunque, en realidad, los genitales externos son la última parte del sexo que se forma. ⁴

1.2 La diferencia social

El proceso de socialización de niñas y niños les permite identificarse con el género asignado. Las personas adultas que les rodean, son determinantes en la adquisición de los roles de género de niñas y niños. La identificación de género no impide que haya diferencias entre las personas de cada grupo.

En realidad, los niños y las niñas se comportan de manera natural y son las personas adultas quienes interpretan sus conductas y las clasifican como masculinas o femeninas y según sea el caso, las estimulan o las prohíben.

Los juegos y juguetes van a ser parte importante del aprendizaje del niño y niña y van a reforzar la diferencia social o de género. Así los juguetes que se regalan a los niños: estimulan la competencia (juegos físicos donde siempre hay un ganador o un equipo a vencer; están inspirados en la vida militar y de guerra: soldados, aviones, tanques;

⁴ **Ibid.** Pág. 29-32.

incitan a la aventura y a la acción: pelotas, cuentos de aventuras; en tanto que a las niñas se les regala más frecuentemente: muñecas, casas de muñecas, juegos de comiditas, equipos de belleza, equipos de hada, de azafata, electrodomésticos en miniatura, etc.

1.3 Como se adquiere el género

Las características asignadas a cada género se van aprendiendo en un proceso de educación a partir de las relaciones con otras personas. Empieza desde el nacimiento y continúa a lo largo de la vida. La infancia es un momento clave porque niñas y niños absorben todo lo que ven y procuran seguir los comportamientos adecuados para ganarse el cariño y atención de las personas mayores. Este es el proceso que se llama socialización, o sea, la integración en la sociedad siguiendo sus reglas.

Para que esta socialización sea efectiva no es suficiente ver los genitales de la persona y decir es niño o niña, es decir, asignarle un género. El siguiente paso en este proceso es lograr que cada persona se identifique con el género que le han asignado.

En la identificación de la niña o niño con las características asociadas al género femenino o masculino, jugará un papel importante la aprobación o rechazo de las personas adultas hacia sus comportamientos. ⁵

⁵ **Ibid.** Pág. 37-42.

1.4 Identidad de género

“La diferencia social es aprendida. Es esa diferencia la que se llama género. Para que esa diferencia quede bien asentada en las personas se tienen que identificar con lo que significa ser varón o mujer. El proceso de socialización dejará una ganancia muy importante: la identidad de género, esto es, la conciencia que tiene una persona de que es niña y no podrá nunca ser niño, y al revés.

Los estudios que se han hecho sobre este tema han demostrado que es alrededor de los tres años cuando se ha terminado de aprender esa identidad, más o menos a la misma edad a la que se aprende a hablar.

La identidad de género es esa sensación que permite a todas las personas identificarse como mujeres u hombres. Y aunque todas las personas tenemos identidad de género, ésta es distinta para unas y otros. Para las mujeres por ejemplo, aprenden durante esa socialización que las relaciones afectivas son una parte muy importante de su vida, por eso ser madre es tan importante y a veces lo único importante para muchas mujeres. Para los hombres en cambio, tienen otras aspiraciones tan importantes para ellos como tener una familia, tener un trabajo o destacarse como figura pública. No todos los hombres sentirán que ser padre es su razón de ser en la vida.⁶

⁶ **Ibid.** Pág. 47-50.



“La estructuración de género llega a convertirse en un eco social tan fuerte, que hasta se piensa que es natural. Por eso resulta importante darse cuenta de que si bien las diferencias sexuales son una base sobre la que se asienta una determinada división del trabajo y, por lo tanto, cierta distribución de papeles sociales, esta distribución no es natural. Ciertas capacidades y habilidades son construidas y promovidas socioculturalmente. Esto es evidente en el caso de las mujeres y la maternidad. Como las mujeres han sido quienes tradicionalmente han gestado y parido y, como ellas son las que se han ocupado de la crianza de los niños, básicamente por la posibilidad de amamantarlos, y la necesidad de permanecer en la casa, entonces la asociación de la maternidad con las tareas domésticas aparece como natural”. No se trata de negar dicha asociación ni las poderosas razones que la hicieron inevitable en un momento histórico, pero de ahí a considerar el trabajo doméstico como el trabajo natural de las mujeres hay un trecho. No por tener la capacidad de tener hijos las mujeres nacen sabiendo planchar y coser....

Lo que se considera femenino en una cultura, en otra es visto como masculino. No es lo mismo el sexo biológico que la identidad asignada o adquirida; si en diferentes culturas cambia lo que se considera femenino o masculino, obviamente dicha asignación es una interpretación social de lo biológico. Lo que hace femenina a una hembra y masculino a un macho no es lo biológico, el sexo. De ser así no se plantearía el problema. El sexo, salvo raras excepciones es claro y constante; por lo tanto si las características del género estuvieran determinadas por el sexo, las mujeres tendrían siempre las mismas características femeninas y los varones las mismas características masculinas y, por otra parte, esas características serían

universales. Estamos entonces ante dos dicotomías: Naturaleza/Cultura, Sexo/Género.

La dicotomía naturaleza/cultura es un modelo que por analogía podemos aplicar para describir y explicar una realidad. Ella ha dividido el mundo en cosas construidas por el hombre y cosas dadas por la naturaleza.

Por mucho tiempo este modelo explicativo se ha usado para conocer (describir, entender) las diferencias entre hombres y mujeres a través de la analogía con las hembras y machos de las otras especies, y se ha presentado tal situación como inmutable.

A esta dicotomía naturaleza/cultura se contraponen la dicotomía sexo/género, confrontando así los argumentos naturalistas y biólogos. Ya no podemos aceptar que las mujeres sean por naturaleza (o sea, por su anatomía, por su sexo), lo que la cultura designa como **femeninas**: pasivas, vulnerables, etc. Las llamadas características femeninas (valores, deseos, comportamientos) se asumen mediante un complejo proceso individual y social: el proceso de adquisición de género.

Sexo y género no sólo se refieren a realidades diferentes, sino también opuestas. Los dos términos son útiles para hacer el contraste de un conjunto de hechos biológicos con un conjunto de hechos culturales. Si se quiere ser riguroso en el uso de estos términos, el de **sexo** servirá al hablar de diferencias biológicas, y el de **género** para referirse a las estructuras sociales, culturales o psicológicas que se

imponen a las diferencias biológicas. El sexo es determinado biológicamente; el género es construido históricamente.

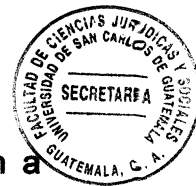
Así, la dicotomía sexo/género resulta esencial para comprender y transformar la situación de la mujer en la sociedad. Las normas sociales son la expresión de lo que se espera de una mujer o de un hombre; marcan las expectativas que la sociedad tiene de sus miembros. Cuanto más diferenciado sea el lugar que una mujer ocupe en la sociedad, mayor será la diversidad y especificidad de tales normas, las cuales pretenden regular los comportamientos y hacerlos previsibles.

Por otro lado, cada mujer ocupa una determinada posición en la cual desempeña diferentes papeles. Cada uno de ellos se delimita por una normativa que señala lo que debe o no debe hacerse, lo que puede y no puede esperarse de la persona.

La adscripción de la posición de género en función del sexo es básica, en todas las sociedades, penetra en la estructura social. Si una mujer rechaza las normas de comportamiento de género, termina siendo marginada.

La posición de género adquirida en función del sexo conduce a una ordenación jerárquica de los individuos, según la cual ser hombre es superior a ser mujer. Para el hombre ajustarse a las normas de su género implica el derecho de ejercer la dominación sobre la mujer; para ésta, el premio por respetar las normas es la sumisión al hombre.

La adquisición de género conlleva al aprendizaje de unas normas que informan a las



personas de lo obligado, lo permitido y lo prohibido, normas que se transmiten a través de las instituciones sociales, principalmente la familia, la iglesia, la educación y el trabajo, mediante el proceso de socialización.

El resultado de lo anterior es una sociedad dividida en masculino y femenino, donde lo femenino se encuentra en desventaja social, económica, política e individual. El género femenino comparte cierto tipo de opresión y explotación, y se convierte en la base de la unidad y la solidaridad entre las mujeres.

El análisis integral deberá considerar conjuntamente las desigualdades de clase y de género. Se cree que este es el método fundamental para enfrentar la complejidad de la condición específica de la mujer y para superarla.

La integración de la mujer en el sistema de producción como asalariada agrícola, vendedora del mercado, artesana u obrera de la industria, en condiciones de desventaja, pone de manifiesto una rígida división sexual del trabajo.

El análisis de la participación de la mujer en la economía requiere la caracterización de su rol en el ámbito doméstico.

El trabajo doméstico es concebido como propio de la mujer. En este sentido debemos definir los territorios de la producción en tres niveles: lo biológico, lo laboral y lo social. Los tres responden a dinámicas y esferas diferentes.

Reproducción biológica no es lo mismo que mantenimiento familiar diario. La primera

está determinada biológicamente, pero el mantenimiento de la familia y el cuidado de los hijos son trabajos asignados socialmente. La mujer es circunscrita al hogar, que es visto como su ámbito natural. Es ahí donde se crean y recrean las relaciones de poder entre los sexos, se controla la sexualidad femenina y la capacidad de procrear.

El rol y la ubicación de la mujer en la economía están condicionados por su papel primario en el ámbito doméstico, dificultándole participar en el trabajo asalariado, obligándole a aceptar posiciones secundarias compatibles con ese rol. Ello se observa en las labores que unos y otras realizan: las trabajadoras añaden a la jornada asalariada horas de trabajo doméstico, mientras que los hombres solamente realizan una jornada laboral.

Las relaciones subordinadas de género dan lugar a conflictos sociales heterogéneos. Dado que las mujeres se ubican de distinta manera en la sociedad, según su clase étnica y género, sus intereses y necesidades devienen diferentes. A este propósito se afirma: Los intereses del género son los que las mujeres (o los hombres) pueden desarrollar en virtud de su ubicación social basada en su género. Pueden ser estratégicos o prácticos.

1.5 La sociedad patriarcal

El mundo contemporáneo se caracteriza por una organización social de géneros, y



por una cultura sexista -machista, misógina y homófoba-, que expresa y recrea la opresión de las mujeres y de todas las personas que son diferentes del paradigma social, cultural y político masculino. Se caracteriza, asimismo, por un sistema político, público y privado, de dominio de los hombres sobre las mujeres y de los adultos poderosos sobre otros hombres.

Vivir en el mundo patriarcal significa que más allá de nuestra voluntad y de nuestra conciencia, las mujeres y los hombres ocupamos espacios vitales jerarquizados, cumplimos con funciones y papeles, realizamos actividades, establecemos relaciones, y tenemos poderes o carecemos de ellos de maneras prefijadas por la sociedad y con márgenes estrechos y rígidos. Es decir, estamos sujetas/os a un orden social, económico, jurídico, político y cultural jerárquico, opresivo e injusto, basado en el género, que conforma la sexualidad y determina en gran medida los itinerarios de las vidas.

La vida cotidiana patriarcal se funda en el establecimiento de un campo de dominio entre hombres y mujeres, quienes son además, mutuamente necesarios para vivir en la intimidad y de manera cada vez más frecuente para realizar actividades conjuntas en espacios públicos. En este campo de dominio quedan atrapados las mujeres y los hombres que transgreden las reglas y las normas de comportamiento y de vida que le son asignadas.

La organización patriarcal del mundo contribuye, en gran medida, a producir formas de explotación, no sólo económica sino vital -sexual, emocional, intelectual, existencial- y a



mantener en el sometimiento, en la pobreza y en la precariedad a la mayoría de mujeres y hombres. Millones de personas viven bajo formas graves de dominio, de daños, de agresión y de exterminio, por su condición de género.

1.6 La cultura del género

El orden patriarcal ha desarrollado una cultura que fundamenta y explica su propia legitimidad con el mito primigenio sobre un orden proveniente de la naturaleza, el cual es transmisible genéticamente, es decir, es hereditario y está determinado por cargas instintivas.

La razón patriarcal se encuentra en la conciencia individual y colectiva, en las vivencias inconscientes, en las fantasías, en las alucinaciones, en el imaginario y en las visiones sobre la experiencia vivida. De esta manera la cultura del género sintetiza un conjunto de interpretaciones y de maneras de ver el mundo que abarcan a sociedades complejas y a cada persona particular.

La cultura patriarcal contiene una perspectiva ética que ubica en el deber, la adecuación, la permisividad, y la inadecuación a las acciones, los pensamientos, las razones y las sinrazones, los efectos y los comportamientos de millones de mujeres y hombres.

Esta cultura se sintetiza en filosofías que convalidan el sentido patriarcal del mundo, y lo convierten en el sentido de la vida de cada persona y de los grupos sociales



que, aún sin conocerse, en territorios y tiempos históricos distantes, comparten intereses, preocupaciones y respuestas a sus por qué y para qué, y, sobre todo, están sujetos a idénticos mandatos.

De esta manera, la cultura patriarcal se concreta en mentalidades patriarcales muy semejantes. Se plasma en todo tipo de creencias, mitos, simbologías, tradiciones y costumbres, y de prácticas y rituales que hacen accesibles sus fundamentos a las personas más diversas.

Galbraith descubre el papel vital que tienen las mujeres en el crecimiento económico, definiéndolas como una clase de cripto-sirvientas, cuyo papel de servicio es vital para el aumento del consumo en la economía actual”.⁷

⁷ De León Cabrera. **Op. Cit.** Pág. 21-26.



CAPÍTULO II

2. Desigualdad de género

El género es el atributo socialmente construido que establece diferencias entre los individuos que conforman una sociedad.

Estas diferencias sociales dan lugar, en muchos casos a desigualdades sociales entre los géneros. Las diferencias no son necesariamente perjudiciales siempre y cuando no impliquen una desigualdad.

Según el jurista, Guillermo Cabanellas, la desigualdad social es la diferencia que en la sociedad se produce por motivos de cultura, riqueza, ejercicio del Poder, nacimiento, raza, religión y otros factores materiales o morales que establecen clases o grupos, más o menos antagónicos, opuestos por razón de intereses o por interés de razones.

A la desigualdad social, desde el punto de vista político, pretendió poner término la Revolución francesa con el liberalismo como régimen, con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y con la igualdad jurídica, en la contratación principalmente. Como esto no destruía las posiciones tradicionales de la propiedad individual, se mantuvo, y se mantiene aún, otra desigualdad social, fundada en la distribución de la riqueza y en el desequilibrio patente en la contratación del trabajo

entre los poseedores de los medios de producción y los necesitados de medios de subsistencia, poseedores sólo de sus energías laborales.⁸

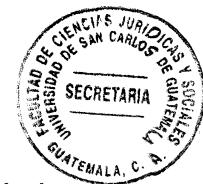
El concepto de desigualdad implica la incapacidad de realizar o desarrollar algo en todo su potencial. La desigualdad de género se da cuando los individuos a los que se les atribuye un género determinado no tienen acceso a posibilidades sociales de igual nivel que los individuos de otro género.

Las ciencias sociales han analizado que en muchos casos las diferencias de género implican diferencias sociales significativas, es decir desigualdades.

Las principales desigualdades por razón de género afectan a:

- La ciudadanía: criterios distintos por razón de género para acceder a la ciudadanía (derecho a voto, edades legales distintas, normas jurídicas específicas para cada género, etc...)
- Las oportunidades de acceso a la educación tanto básica como especializada.
- Las oportunidades de trabajo: segregación sexual o exclusión de los mercados de trabajo.
- Autonomía económica: puede verse limitada por las oportunidades de empleo pero también por las estructuras jurídicas que limiten o restrinjan el derecho de

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo II. Pág. 661.



- propiedad y/o herencia.
- La salud: la invisibilidad social de un género puede afectar seriamente a su salud, ya sea por efecto de una mala alimentación o por falta de atención médica específica.

“Según Francois Poullanin de la Barre, del siglo XVII, su idea central es que la desigualdad social entre hombres y mujeres no es consecuencia de una desigualdad natural, sino de la propia desigualdad social y política es la que postulaba una supuesta inferioridad de la naturaleza femenina.

Dálembert, Condorcet, Madame de Lambert, Olimpe de Gauges, Mary Wolstonecraft, todas del Siglo XVIII. La época de la ilustración permitió confirmar que la desigualdad entre hombres y mujeres no era un hecho natural, sino histórico y que el género era una construcción social. Argumentan la igualdad entre los sexos y refutaron las opiniones contrarias de quien sostenían la inferioridad natural de las mujeres.

En el Siglo XX, la antropóloga Margareth Mead: su objeto de estudio era determinar si existe en realidad una correlación innata (o natural) entre el sexo y la personalidad, si lo femenino está ligado a la suavidad y la amabilidad y lo masculino a la agresividad. Concluyendo que esta relación tiene más que ver con el énfasis que se puede dar en determinadas culturas, privilegiando el campo de la afectividad para la diferenciación entre los géneros”.⁹

⁹ Herrera, Kenia. **Manual de justicia penal y género**. Pág. 14.



Al hablar de desigualdades de género se suele hacer referencia a las discriminaciones sociales de las mujeres. Las situaciones de desigualdad de género afectan a las mujeres de todo el mundo aunque se concretan en mecanismos distintos en los países desarrollados o en los países pobres o en vías de desarrollo.

En los países desarrollados, las mujeres tienen igualdad de ciudadanía y una mayor protección jurídica. Los niveles educativos son parecidos a los de los hombres pero tienen mayores dificultades en el mercado de trabajo, tanto para acceder a los puestos de mayor responsabilidad y prestigio social como respecto a los salarios que perciben. Respecto a la salud, el trato médico respecto a las mujeres se ha centrado en su salud reproductiva prestando menor atención a otros temas lo que genera situaciones de riesgo para la salud de las mujeres.

En los países pobres o en vías de desarrollo, las mujeres sufren mayores situaciones de desigualdad. El acceso a la ciudadanía es en algunos países, menor que el de los hombres y la protección jurídica de la mujer es limitada o nula. En muchos países, el acceso de la mujer a la educación es mucho más limitado que el de los hombres y su incorporación al mercado de trabajo en muchos casos esta relegado al trabajo informal (más inestabilidad, menos recursos económicos y ausencia de derechos laborales). La salud también es una asignatura pendiente en muchos países y en muchos casos la salud reproductiva se limita al control de natalidad.



2.1 De la diferencia biológica a la desigualdad social

Según el ABC de género, la palabra género explica cómo se va construyendo una manera de ser mujer o de ser hombre, pero también ayuda a entender las relaciones que se establecen entre ambos, o sea, es un concepto que nos ayuda a entender cómo, a partir de las diferencias biológicas, se construye una red de relaciones sociales desiguales a las que llamaremos *relaciones desiguales de género*.

Tanto los hombres como las mujeres ven limitadas sus posibilidades como seres humanos cuando tienen que ajustar su comportamiento a los estereotipos de género que hemos visto anteriormente. Los niños tienen que aprender desde muy pequeños a reprimir sus emociones, a no llorar para que no les digan que no son hombres; las niñas tienen que reprimir su curiosidad por el mundo externo para quedarse en su casa y aprender a ser *buenas mujeres*. Sin embargo, hasta ahora las mujeres han llevado la peor parte en esta historia.

Las mujeres son las que, desde que nacen, hacen perder a la madre el caldo de gallina, las que *no trabajan* sino que *solo se ocupan de la casa*, las que no tienen que descuidar su hogar si quieren participar en alguna organización, a las que se les paga menos aunque hagan el mismo trabajo que los hombres, las que tienen que soportar críticas de que son *muy orgullosas* cuando rechazan una agresión sexual. Por eso, por ser las que llevan la peor parte en las relaciones con los hombres es que sus reclamos se escuchan con más fuerza y el análisis de su situación ha llenado más páginas.



Aunque el género es un concepto que hace referencia a hombres y mujeres, lo cierto es que lo que tiene que ver con lo masculino está muy poco desarrollado.

No avanzará mientras los hombres se sientan a gusto con sus roles, con las ventajas que obtienen de la manera en que está organizada la sociedad y con la situación de inferioridad de las mujeres.

2.2 El género organiza a la sociedad

El género, además de ser una característica de las personas, es un elemento que sirve para organizar la sociedad.

Si se tratara solo de ideas, tal vez las diferencias de género no fueran tan importantes pero, para que hombres y mujeres acepten la posición que ocupan en la sociedad, existe una serie de mecanismos que refuerzan día a día la manera en que están organizadas las relaciones entre mujeres y hombres.

2.3 Las desigualdades en el trabajo

El trabajo es una actividad que realizan hombres y mujeres a lo largo de toda la vida. Sin embargo, no hacen lo mismo y no se valora su trabajo de la misma manera.

Una división del trabajo entre mujeres y hombres es la que tiene lugar dentro de la



casa donde las mujeres son las principales (y muchas veces las únicas) responsables del trabajo doméstico. Un trabajo que no se considera importante, que es invisible a la hora de contar la riqueza que se crea en un país. El trabajo doméstico realizado por las mujeres permite que los dueños de las fábricas, bancos, oficinas, comercios y demás, tengan mayores ganancias dado que no tienen que pagar para que sus empleados repongan su fuerza de trabajo. El Estado también ahorra al no pagar el trabajo doméstico hecho por las mujeres de sus empleados.

El trabajo que realizan las mujeres ya sea en el hogar o fuera de éste no es valorado. Incluso se llega a afirmar que el trabajo doméstico no es trabajo por el simple hecho de que es realizado en su mayor parte por mujeres.

Al trabajo doméstico ni siquiera se le da ese nombre, se le conoce como el oficio y las mujeres y los hombres han aprendido que eso es una responsabilidad que tienen que cumplir ellas *por amor*, porque es parte de su *naturaleza femenina* y porque no pueden soportar ver la casa tirada.

A los hombres, en cambio, se les disculpa cuando no se ocupan de la casa porque ellos tienen otras cosas importantes que hacer y porque no es *cosa de hombres* barrer la casa, hacer la comida o chinear y darle la pacha al tierno.



Una primera desigualdad en el trabajo es la que ocurre en la casa donde las mujeres tienen que hacerse cargo de su cuidado y encima creer que no hacen nada y en donde los hombres a lo más que llegan es a ayudar.

Pero hay otra diferencia en el trabajo y es la que ocurre fuera de la casa. Se supone que mientras las mujeres estaban en la casa los hombres debían salir a la calle a buscar un empleo que les permitiera vivir a él y a su familia. Pero esa idea es muy distinta a la realidad. Como la crisis económica afecta cada día más a los sectores pobres, las mujeres han tenido que salir también a buscar empleo sin que dejen de hacer el trabajo de la casa.

2.3.1 Las diferencias en el trabajo remunerado

En el mercado de trabajo, vamos a observar una nueva división entre hombres y mujeres. Los hombres van a ser mayoría en los trabajos donde se tiene que usar la fuerza física (en la construcción hay sobre todo albañiles y unas cuantas albañilas) y otras características que se consideran masculinas. Por ejemplo, los conductores de buses son hombres porque se supone que las mujeres no saben manejar bien, hay más jefes que jefas porque a muchos hombres no les gusta recibir órdenes de mujeres.

Las mujeres, por su parte, van a ser mayoría en los trabajos que son una extensión de las tareas que se hacen en casa: vamos a encontrar en las escuelas más maestras que



maestros, en los hospitales más enfermeras que enfermeros y en las oficinas más recepcionistas y secretarias que secretarios. Y como esos trabajos no son valorados como debería ser, van a tener serias diferencias con respecto a los empleos masculinos.

En general, los trabajos típicamente femeninos (como trabajadoras domésticas o costureras) están peor pagados que los trabajos típicamente masculinos (como jardineros o conductores de buses). Pero además, si las mujeres realizan los mismos trabajos que los hombres, su salario por lo general, es menor.

Esta discriminación en el empleo se explica diciendo que las mujeres solo trabajan fuera de casa para ayudar al marido o mientras se casan o mientras los hijos e hijas crecen.

Por esas razones se les paga menos, trabajan en peores condiciones laborales y son despedidas con más facilidad, argumentando que su hogar se puede desintegrar y sus hijos e hijas se podrían ir por el mal camino si ellas no están pendientes de su educación.

2.4 Las diferencias dentro de la familia

La división de trabajos permite que los hombres y las mujeres jueguen distintos papeles en la familia. Se supone que un hombre preocupado por sus hijos e hijas no rendirá

igual en la fábrica u oficina. Por eso, es muy conveniente para la organización social que exista una mujer que se encargue de la organización doméstica y que evite que las hijas e hijos se metan en problemas. Encima, es mucho más cómodo si ella cree que la casa y la familia son sus obligaciones, suyas y de nadie más.

Si no existiera esta organización familiar tendría que haber servicios de guardería, centros de atención a jóvenes, a personas ancianas y enfermas, que ahora se benefician de los cuidados de las mujeres en el marco de la familia.

Pero al mismo tiempo defiende la idea de que las mujeres son el sostén principal de la familia, se dice que los hombres son la *cabeza de familia* y a ellos se les educa para que den las órdenes y los permisos en la casa.

2.5 La tolerancia hacia la violencia contra las mujeres

La grave problemática social de la violencia que los hombres ejercen contra las mujeres nos señala la existencia de un mecanismo de control que viola los derechos de las mujeres y hace muy difícil la convivencia social.

El miedo de las mujeres ante esta violencia y su falta de defensa por parte de la justicia es un impedimento a su pleno desarrollo. Hacer creer que este es un problema pequeño o producto de algunos individuos que están mal de la cabeza no permite atender adecuadamente esta situación ni crear soluciones que impidan



que se siga reproduciendo esta violencia que tanto daño hace a las mujeres y, en general, a las personas más débiles.

Sin embargo, y a pesar de que no se ha logrado eliminar, en los últimos años se ha logrado que se reconozca la violencia contra las mujeres ya no como un problema de una pareja, sino como un problema social que afecta a las mujeres a lo largo de toda su vida.

Niñas y ancianas, mujeres de todos los sectores sociales y religiosos son posibles víctimas de esa violencia que siempre ocasiona un gran daño emocional y a veces físico entre quienes la sufren así como entre las hijas e hijos que son testigos de los malos tratos de sus padres hacia sus madres.

Esta forma de violencia se está considerando cada vez más como una violación a los derechos humanos, es decir, como una grave ofensa a la dignidad humana que, por lo tanto, tiene que enfrentarse con tanto rigor como se castigan los delitos contra la vida.

2.6 La escasa participación femenina en la toma de decisiones públicas.

La división genérica de trabajo ha significado para la mayoría de las mujeres ha estado alejada del mundo público, no participa en las elecciones ni en el parlamento y no puede plantear sus intereses y necesidades con posibilidades de que sean escuchadas. La política ha sido, hasta ahora, un asunto de los hombres.



2.7 La diferencia entre hombres y mujeres en el control de recursos, bienes y servicios

La tradición ha hecho que la propiedad (de la casa, de las tierras, del dinero) esté a nombre de los hombres en una pareja. También suelen ser los hijos varones quienes son privilegiados cuando hay dinero a repartir. La idea de que las mujeres tendrán a su lado a un hombre que las mantenga ha sostenido esta diferencia en los recursos.

Además, como quien gana el dinero es quien tiene más poder para decidir cómo se gasta, es muy frecuente que en los hogares las mujeres no tengan la misma posibilidad de gasto que sus maridos. Y aunque haya poco dinero, casi siempre ellos tendrán un extra para su uso exclusivo, mismo extra que las mujeres pocas veces tendrán.

En general, esta situación de desigualdad hace que las mujeres sean las más pobres entre la gente pobre, las últimas en recibir atención médica, en comer, las que menos tiempo duermen y las que ven su calidad de vida más dañada. Ha sido reconocido por organismos internacionales que las mujeres son las que más riqueza producen en el mundo y las que reciben menos parte de esa riqueza.¹⁰

¹⁰ Asociación Equipo Maíz. **El ABC de género**. Op. Cit. Pág. 81-99



2.8 Situaciones de desigualdad de género en el mundo

“La especie humana anda frecuentemente cegada por el egoísmo, por los propios intereses de cada uno, cuestión que impide ver y reflexionar sobre tantas situaciones injustas de desigualdad de género, que lejos de decrecer, siguen aumentando. La falta de respeto a los derechos de los trabajadores provoca situaciones verdaderamente deshumanizadoras, y la mujer continúa siendo la gran víctima.

La sociedad se está apartando de la idea tradicional que sostiene que las mujeres son una carga económica y que los hijos varones son más deseables que las mujeres. Estudios muestran que la creciente independencia de las mujeres es una de las principales causas de la disminución del fenómeno de la desaparición de las mujeres

En cualquier caso, cuesta entender que, en una sociedad del conocimiento, se permitan estas atrocidades, pero ahí están. La mujer sigue siendo la gran sacrificada, para castigo de todo el planeta. Precisamente, los indicadores nos confirman que cuando existe una mayor igualdad entre ambos géneros las economías tienden a crecer más deprisa, los pobres salen antes de la situación de necesidad y el bienestar se globaliza para todos mucho antes.

Por otra parte, asimismo y contrariamente a lo que se vocifera, las mujeres están mucho menos representadas de lo que les corresponde, por lo que resulta bastante difícil poder avanzar hacia la plena igualdad de género. Sin duda, las mujeres están en

clara desventaja por esa falta de participación social, tanto en sectores económicos como políticos.

Evidentemente, la humanidad no debiera descansar hasta conseguir tolerancia cero en la desigualdad de género. Todo debe articularse e institucionalizarse éticamente. Ciertamente, no se pueden seguir escondiendo las estructuras injustas, sino que hay que exigir un examen y una autocrítica de las mismas, para que la transformación se produzca. Es injusto que a las poblaciones vulnerables se les apoye menos, sigan teniendo niveles menores de educación y carezcan de formación para competir en el mercado laboral.

A propósito, diversas agencias de Naciones Unidas, advertían al mundo recientemente sobre la imperiosa necesidad de generar políticas que permitan a las mujeres rurales acceder a empleos dignos, pues su participación en el mercado laboral ayuda a reducir el hambre, a mejorar la producción agrícola, contribuyendo al crecimiento del bienestar que todos merecemos.

Si el aporte de la mujer a la economía campesina es poco reconocido, además de que este sector tiene limitado acceso a la propiedad de la tierra, lo mismo sucede con otros sectores industriales o de servicios. La diferencia salarial en ocasiones resulta verdaderamente escandalosa. Además, junto a todos estos despropósitos, según un estudio reciente de la OIT, la tasa de participación femenina en el mercado laboral está obstaculizada por una serie de factores complejos, sobre todo socioculturales.



Hasta el setenta por ciento de las mujeres de todo el mundo aseguran haber sufrido una experiencia física o sexual violenta en algún momento de su vida. En muchos países la violencia doméstica tampoco se considera delito.

Ante estas inaceptables estadísticas, divulgadas por Naciones Unidas, lógicamente tenemos que actuar, y hemos de hacerlo todos unidos, para que esta perspectiva de género, que ha adquirido liderazgo internacional en los últimos años, avance en concreción y trace renovadas metas.

Desde luego, sin un compromiso institucional explícito todo quedará en un mero principio sin más, y no habrá desarrollo de buenas prácticas”.¹¹

¹¹ <http://www.diarionuevosur.com/index.php/actualidad/opinion/6184-situaciones-de-desigualdad-de-genero-en-el-mundo> consultado (20 marzo 2014.)





CAPÍTULO III

3. La tutela

3.1 Consideraciones generales

Junto a las relaciones familiares que integran el derecho de familia están las relaciones cuasi-familiares en las que no hay familia (o puede no haberla); pero, en cambio, se da plena satisfacción a las necesidades que sólo en la familia tienen verdadera solución, sobre todo las concernientes a la asistencia y cuidado, protección y representación de aquellas personas que por su situación de inferioridad no pueden bastarse a sí mismas, que reciben el nombre genérico de guardería o guarda legal o también tutela (de tutelar, defender, proteger) que el Derecho romano definió como un poder otorgado por el derecho civil a una persona sui iuris para defender al que por razón de su edad no podía hacerlo por sí mismo. Hoy la tutela no tiene ya este sentido de potestad que resplandece en la aludida definición y puede con Planiol definirse como una función jurídica confiada a una persona capaz, y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes. Es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad están imposibilitados de gobernarse a sí mismos. De esa definición se infieren las consideraciones siguientes:

a) 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.

b) 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 solo 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. Esta institución de defensa está organizada en el Derecho español como para «la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes» del incapacitado; bifurcación que, si afecta a la extensión de la tutela, no afecta, en cambio —a diferencia del Derecho antiguo—, a la esencia del Instituto. En los dos casos hay, y se llama tutela. Lo que sucede es que no son muy claras en el Código las aplicaciones de esta distinción, y sólo en el caso del pródigo —y si acaso en el interdicto— se circunscribe el oficio tutelar a la administración de los bienes.

- c) La protección y el cuidado (de la persona o patrimonio) ha de referirse siempre a un incapaz legal carente de patria potestad. La tutela es una institución de defensa y protección de los incapacitados, pero no de todos los incapacitados. Puesto que, como ya sabemos, quedan excluidos de ella los sujetos a patria potestad, cuya primacía en la conciencia y en las leyes hace que no pueda entrar a regir la tutela en tanto ella existe. También están excluidos los sólo incapacitados físicamente, si esa incapacidad no se ha transformado en ineptitud jurídica que les impida gobernarse por sí mismos. Y de igual manera, la tutela de las mujeres o la demasiado amplia del derecho intermedio en cuanto a los menores, puesto que la moderna doctrina jurídica se inclina a ir estrechando cada vez más los límites y a reducir la expresión de la ley a un criterio riguroso.¹²

¹² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo V, Pág. 517-519.



3.2 Definición

El diccionario de la Real Academia Española, la define como: Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. 2. Cargo de tutor. 3. Dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra. Dativa: la que se confiere por nombramiento del consejo de familia o del juez y no por disposición testamentaria ni por designación de de la ley. Ejemplar la que se constituye para curar de la persona y bienes de los incapacitados mentalmente. Legítima: la que se confiere por virtud de llamamiento que hace la ley. Testamentaria: la que se defiere por virtud de llamamiento hecho en el testamento de una persona facultada para ello.¹³

“Del latín *tueor*, defender, proteger. Poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Oficio (cargo) civil, obligatorio y gratuito para la protección y defensa de la persona y bienes del incapacitado por minoría de edad o por otra causa.

3.3 Tutela y patria potestad

Nota fundamental de la tutela es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología, y que hace de ella la más importante institución de guardería legal,

¹³ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág.2042.

establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falte la patria potestad. Es, pues, una institución subsidiaria de ésta, diferenciándose, en que la patria potestad es de derecho natural, porque está organizada directamente por la naturaleza y sancionada por el derecho positivo, mientras que la tutela está organizada directamente por el derecho positivo sobre la base del derecho natural.

La tutela es una patria potestad restringida; el tutor, tiene límites mayores por inspirar menos confianza, y esto tanto por lo que se refiere al contenido personal como patrimonial. Así, los menores o incapacitados sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Este podrá corregirlos moderadamente, pero para imponer al menor los castigos, el tutor necesita autorización del consejo de familia, en lo cual ya se encuentra una importante diferencia de atribuciones entre la patria potestad y la tutela. Por otra parte, el tutor está obligado a alimentar y educar al menor o incapacitado, lo que no puede entenderse como obligación del tutor de sufragar alimentos, a menos que, independientemente de su cargo de tutor, sea el obligado a hacerlo. En esto y en que el tutor debe hacer los gastos de alimentación y educación con arreglo a la condición del tutelado y con estricta sujeción a las disposiciones de los padres, o a las que, en su defecto, hubiera adoptado el consejo de familia, y en que necesita también autorización del consejo para dar al menor una carrera u oficio determinado, cuando ese particular no hubiere sido resuelto por los padres, así como para modificar las disposiciones que éstos hubieren adoptado, se diferencian, las facultades del tutor de las del padre que ejerce la patria potestad.

3.4 Caracteres de la tutela

La tutela es un poder protector cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley, que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general.

El ejercicio de ese poder es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone. Pero no es cargo público, porque su misión es puramente privada: auxiliar al incapaz, defenderle en su persona y bienes. Pero es de orden público o interés general, como todas las leyes que se refieren al estado de la persona y protección de los incapaces; y por eso ni disposiciones particulares ni del poder judicial pueden modificar las leyes de la tutela, el nombramiento del tutor, el ejercicio de sus poderes, garantías, etc., todo constituye un orden principal de derecho por encima de las voluntades. De aquí se deduce que, en cuanto oficio civil o mandato de la ley, es obligatorio (si bien se admiten excusas justificadas, y es además gratuito, aunque en algunos casos se admita cierta remuneración).

Son, pues, caracteres de la tutela:

- Naturaleza pública del oficio.
- Obligatoriedad de la función.
- Gratuidad.
- Generalidad del poder conferido al tutor, ya que la tutela, comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección en general, representación

en los actos civiles y administración de los bienes, si bien habrá que tener en cuenta que, por ser la tutela remedio de incapacidad, ésta determinará el contenido de aquélla.

- Indivisibilidad y unidad del poder tutelar, ya que éste es atribuido a una sola persona (aun cuando exista distribución de funciones entre los distintos órganos de la administración tutelar: tutor, protutor y Consejo de familia) y no puede fraccionarse entre varios titulares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor.¹⁴

3.5 La tutela en el derecho romano

En el derecho histórico de los pueblos anteriores a la civilización romana 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

¹⁴ Editorial Labor, S.A. **Diccionario de derecho privado**. Pág. 3885-3886.

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. Aunque la persona del pupilo ya contaba para articular en ella el organismo tutelar, la idea fin que motivaba su implantación no fue otra, sin embargo, que la defensa de los intereses familiares; apenas si se tenían en cuenta las ventajas que la misma pudiera representar para la persona del incapacitado.

“Según describe el jurisconsulto René Foignet, en un principio la tutela y la curatela fueron *potestates* organizadas sobre la norma de la patria potestad. Se establecieron por un sentimiento de desconfianza para el incapaz y en interés de quienes las ejercían, tutor o curador. El objeto que se perseguía era impedir al incapaz dilapidar la fortuna que tuviera de sus antecesores y que debía volver a la familia agnática, y la protección se estableció en interés de esos herederos presuntos. Era un derecho para ellos y no una carga generadora de obligaciones.

Poco a poco fue teniendo a borrarse este antiguo concepto, con el relajamiento de los lazos de familia y con el progreso del derecho. Poco a poco se abrió paso y se impuso la idea nueva; la tutela y la curatela debían organizarse en interés del mismo incapaz, al que la sociedad debía su más amplia protección. Resultó de esto todo un sistema de obligaciones nuevas a cargo del tutor y del curador, y de garantías constituidas en interés del incapacitado.



Las personas que estaban bajo la tutela en Roma son las siguientes:

- a) Los impúberes de cualquier sexo.
- b) Las mujeres púberes en tutela perpetua.

Las personas que estaban bajo la curatela en Roma son las siguientes:

- c) Los locos.
- d) Los pródigos.
- e) Los menores de veinticinco años.

Todas estas personas debían ser *sui juris*. En efecto, ninguna de estas instituciones podía tener ninguna aplicación con respecto a personas *alieni juris*, puesto que estas no tenían patrimonio.

Tutela de los impúberes

Según una célebre definición de Servio Sulpicio, reproducida por Justiniano en sus *Institutas* (I; 13, 1), la tutela era una potestad establecida sobre una persona libre, constituida y autorizada por el derecho civil, para proteger al que, en razón de su edad, no podía defenderse por sí mismo.

Esta definición de la tutela no es cierta para la época primitiva. En tal época no era en interés del hijo como se había establecido esta potestad, sino en interés de la familia, para salvaguardar la conservación de los bienes a favor de sus presuntos herederos. No fue sino más tarde, a fines de la República, cuando cambió de carácter la tutela y

fue ya realmente una institución destinada a proteger al que estaba sometido a ella, y una verdadera carga, *onus*, y no un derecho para el tutor que la ejercía.

Las personas sometidas a tutela eran los impúberes *sui juris* de los dos sexos. Sabemos que se admitió, desde un principio, una edad fija para las jóvenes; doce años, como límite de la impubertad. Para los jóvenes, por lo contrario, los sabinianos querían mantener la antigua regla que hacía depender la pubertad de un examen físico, *ex habitu corporis*, mientras los proculianos habían propuesto un límite invariable, fijado en catorce años. Solamente hasta Justiniano fue cuando dominó esta última opinión. El impúber bajo tutela se llamaba pupilo.

La tutela se abría siempre que un acto cualquiera hacía *sui juris* a un impúber. Normalmente, era la muerte del pater-familias o la emancipación del hijo en estado de impubertad.

Designación del tutor

La designación del tutor, que también se llamaba delación de la tutela, fue, en un principio, obra de la ley, como para la sucesión. Después se autorizó al *pater familias* a designar tutor al impúber, en su testamento y, lo mismo que para la devolución de los bienes, la tutela testamentaria bien pronto ganó terreno a la tutela legítima. Un poco más tarde se reconoció al magistrado facultad para nombrar tutores.

En resumen, pues, había tres clases de tutela en Roma:



- Tutela testamentaria
- Tutela legítima
- Tutela deferida por el magistrado, o tutela dativa.

Tutela testamentaria

El paterfamilias era el único que podía designar tutor a su hijo. Era un atributo de su potestad. El nombramiento del tutor debía hacerse en el testamento, en términos imperativos y después de la institución de heredero. La sanción era hecha por cualquier otra persona o en forma irregular y la designación era nula. Respecto a las atenuaciones sucesivas, en razón del favor con que se vio la tutela testamentaria, en la que el nombramiento se hacía con pleno conocimiento de causa, se acabó por apartarse del rigor de las antiguas reglas para su designación. Se admitió que, bajo la reserva de que fuera confirmada por el magistrado, había que reconocer como válida la designación del tutor contenida en un testamento nulo por la forma, la que dimanara de un padre natural o de la madre.

Tutela legítima

Conforme a la ley, era tutor el heredero presunto del pupilo, por aplicación de la regla *ubi emolumentum successionis ibi tutelae onus esse debet*; la carga de la tutela debe caer a donde esté el provecho de la sucesión. Principio muy práctico, por tener el heredero presunto, más que ninguna otra persona, interés en la buena gestión de los bienes que habrían de ser suyos en un momento dado.



Por aplicación del principio contenido en la ley de las XII Tablas, la tutela correspondía a los agnados más cercanos del pupilo y, a falta de ellos, a los gentiles.

Con respecto a un libertino impúber, la tutela volvía a su patrón.

Respecto a un hijo emancipado antes de la edad de la pubertad, la tutela correspondía al autor de la emancipación o a sus descendientes.

Entonces se llamaba tutela fiduciaria, por alusión al contrato de fiducia, salvo el caso en que fuera el padre, que por deferencia se designaba con el nombre de tutor legítimo. (Este tema se desarrollará en el siguiente capítulo)

Tutela deferida por el magistrado

Durante mucho tiempo, si no había tutor testamentario ni tutor legítimo, el impúber quedaba sin tutor. Esta laguna se llenó:

- a) Para Roma e Italia, por la ley Atilia, de fecha indeterminada, verosímilmente posterior a 387 y anterior a 568 de Roma.
- b) Para las provincias, por dos leyes, la Julia y la Ticia, de fecha desconocida, hacia fines de la República.

La competencia de los magistrados en materia de tutela varió mucho. Primeramente fueron el pretor urbano y los tribunos de la plebe.

Después, bajo Claudio, el cónsul. Bajo Marco Aurelio, un pretor especial, *Praetor tutelaris*. Bajo Justiniano, en fin, los magistrados municipales para los pupilos de condición pobre, y los magistrados superiores para los pupilos afortunados.

Funciones del tutor

En cuanto a la persona física del pupilo, el tutor romano no tenía por qué ocuparse de la persona física del pupilo. Su guarda estaba confiada por el magistrado a la madre o a otro pariente.

Se había pensado que era muy peligroso confiar esa guarda al tutor, su heredero presunto, pues estaba directamente interesado en su muerte.

En cuanto al patrimonio del pupilo, con relación a los intereses pecuniarios del pupilo, el tutor tenía dos maneras de obrar.

- O bien el tutor hacía figurar al pupilo en persona en el acto, asistiéndolo; era éste el procedimiento de la *auctoritas*;
- O bien el tutor obraba solo, como gestor de negocios del pupilo y sin hacerlo intervenir personalmente en el acto; era el procedimiento de la *negotiorum gestio*.

De la *auctoritas tutoris*:

Era el complemento de la personalidad, que el tutor procuraba al pupilo, asistiéndolo en los actos jurídicos. La palabra *auctoritas* viene de *augere*, aumentar; el tutor, con su presencia, aumentaba, completaba la insuficiente persona del pupilo.



Era la función principal, esencial del tutor.

Formas de la *auctoritas*:

La *auctoritas* suponía varias condiciones:

- Debía darse en el momento mismo del acto; ni antes ni después.
- Suponía la presencia efectiva, en el mismo lugar, del pupilo y del tercero contratante.
- Necesitaba, verosímilmente en un principio, el cambio de palabras sacramentales. El tercero que trataba con el pupilo, decía dirigiéndose al tutor: *Auctome fis?*, das tu *autoritas*?. El tutor respondía: sí, *auctor fio*.

Efectos del acto ejecutado:

Cuando el pupilo ejecutaba un acto con *auctoritas tutoris*, el acto producía efectos en la persona misma del pupilo, directamente. Era él el que resultaba acreedor, deudor o propietario, según el caso.

De la *negotiorum gestio*:

La *negotiorum gestio* consistía en la ejecución de un acto por el tutor, sin que hiciere intervenir al pupilo personalmente.

Los efectos del acto realizado, en este caso era en la persona del tutor en la que el acto producía efectos, era él el que resultaba acreedor, deudor o propietario, con la salvedad de que, después, haría pasar el beneficio o la carga del acto al patrimonio del pupilo.



Era eso consecuencia de la regla romana de que el mandatario no representaba al mandante como ahora.

Amplitud de los poderes del tutor

Por mucho tiempo los poderes del tutor sobre los bienes del pupilo, fueron ilimitados; se decía que el tutor era como propietario de los bienes del pupilo; *loco domini habetur*.

Sin embargo, aun entonces, se establecieron tres restricciones a las facultades del tutor.

- En lo relativo a donaciones
- Para los actos que interesaban, a la vez, al tutor y al pupilo.
- Para los actos ejecutados de mala fe por el tutor. Podía el pupilo hacer que se anularan.

Reformas del derecho Pretoriano:

El pretor aportó una importante limitación a las facultades del tutor, permitiendo al pupilo dejar sin efecto los actos del tutor, por el procedimiento de la *in integrum restitutio*, demostrando que esos actos le habían lesionado.

Reformas al derecho imperial:

Oratio Severi (año de 195). Bajo Septimio Severo, un senadoconsulto, conocido con el nombre de Oratio Severi, prohibió al tutor manejar los *praedia rustica vel suburbana*, del



pupilo, salvo ciertas excepciones determinadas limitativamente; es decir, los inmuebles rurales y los situados en los barrios de las ciudades.

Ampliación de Constantino.

Constantino amplió la prohibición a los *praedia urbana*, inmuebles urbanos, y a los muebles preciosos.

Bajo Justiniano:

El tutor no pudo ya recibir capitales por cuenta del pupilo, sino con autorización del magistrado.

Incapacidad del pupilo

Para determinar la amplitud de la incapacidad del pupilo desde el punto de vista civil, hay que distinguir dos períodos de la impubertad: el de la infancia y el que va más allá de la infancia hasta la pubertad.

Primer período:

Pupilo infans: (límite de la infancia).

Bajo Justiniano, la *infantia* terminaba a los siete años. Pero para antes admitía esa solución; otros dicen que, antes de Justiniano, era indeterminado el fin de la *infantia*; era el momento en que el infante podía articular sonidos, tomando el término *infans* en su sentido etimológico, *in fari*.



Incapacidad absoluta del *infans*.

El *infans* era por completo incapaz. Los textos lo asimilan al *loco*. No podía ejecutar ningún acto por sí mismo, ni con la *auctoritas tutoris*.

Segundo período:

Pupilo salido de la *infantia*:

El pupilo salido de la infancia nada más podría mejorar su condición. No podía empeorarla sin la *auctoritas tutoris*.

Hacer su condición de mejor no era hacer un negocio ventajoso; y empeorar su condición no consistía en un negocio malo. Se preocupaban, no del resultado material, económico del acto, sino de su efecto jurídico.

Mejorar su condición era adquirir, volverse acreedor, dejar de ser deudor. Empeorar su condición era enajenar, volverse deudor, dejar de ser acreedor.

El pupilo no podía recibir él solo un pago. Sin duda que era un buen negocio, pero por él dejaba de ser acreedor.

Cuando el pupilo celebraba un contrato sinalagmático, por ejemplo, una venta, en rigor se volvía acreedor del comprador, por el precio, sin que resultara deudor de la cosa vendida. Pero el pretor encontró ese resultado inicuo y, por medio de rodeos en el procedimiento, llegó a satisfacer a la equidad suprimiendo la operación por una y otra parte, o haciéndola ejecutar por ambas.



Desde el punto de vista penal el período de la impubertad, que se extendía más allá de la *infantia*, se dividía él mismo en dos partes.

Había el *proximus infantiae* y el *proximus pubertatis*; es decir, el que estaba más cerca de la *infantia* y el que estaba más cerca de la pubertad. El interés de esta distinción estriba en que el *proximus infantiae* no se obligaba por sus delitos, a diferencia del *proximus pubertatis*. Por otra parte, la distinción no correspondía a una edad determinada, de hecho, era según el desarrollo de las facultades del impúber como se decidía a qué categoría correspondía.

Obligaciones del tutor y garantías del pupilo

Derecho primitivo:

En el derecho primitivo, el deber del tutor de administrar bien y de restituir los bienes del pupilo al terminar la tutela, provenía de la moral y de las costumbres, pero no estaba en ninguna forma sancionado por la ley.

Ley de las XII Tablas: dos garantías.

La ley de las XII Tablas estableció dos garantías para el pupilo; garantías preciosas contra el fraude del tutor: el *crimen suspecti tutoris* y la *actio de rationibus distrahendis*.

Crimen suspecti tutoris:

Esta acción, abierta a todo el mundo menos al pupilo mismo, tenía por efecto dar fin a la tutela cuando el tutor comprometía la fortuna del pupilo por su fraude o por grandes torpezas.

Actio rationibus distrahendis:

Era una acción al doble, que tenía carácter penal, dada al pupilo contra el tutor para obtener la restitución de valores que el tutor hubiera mal empleado.

Reformas del pretor:

Dos garantías nuevas, además de la *restitutio in integrum*, que permitía al pupilo hacer que se anularan los actos del tutor que lo lesionaran, el pretor le concedió dos nuevas garantías: *actio negotiorum gestorum* y la *cautio rem pupilli salvam fore*.

La actio negotiorum gestorum;

El pretor asimiló al tutor que manejara bienes del pupilo con un gestor de negocios y concedió al último una acción contra su tutor, en caso de faltas cometidas en tal gestión. Fue un progreso, puesto que, hasta entonces, el pupilo no podía quejarse más que en caso de fraude cometido en su perjuicio.

La Cautio rem pupilli salvam fore:

Más aún, constringió al tutor (solamente al tutor legítimo y al nombrado sin encuesta por el magistrado) a que, en el momento de entrar al cargo, se obligara, por un contrato de estipulación, a administrar bien los negocios del pupilo y a restituirle sus bienes al



terminar la tutela, *rem pupillis salvam fore*. Esa obligación debía garantizarse por fiadores que diera el tutor.

Fines de la República.

Actio tutelae:

A fines de la República, en el siglo VII de Roma, se creó la *actio tutelae*, que era de doble filo.

Como *actio directa* correspondía al pupilo y le permitía hacerse restituir los bienes por el tutor al finalizar la tutela, y de hacerse indemnizar por él, por las faltas cometidas durante su administración y que no habría cometido en gestiones de su propio patrimonio.

Como *actio contraria* se dio al tutor contra el pupilo, por los anticipos que hubiere podido haberle hecho.

Reforma al derecho imperial:

Obligación de gestión para el tutor:

En razón de las reformas precedentes, el tutor era responsable de las faltas que hubiera cometido en la gestión del patrimonio del pupilo. Pero no estaba obligado a administrar. Faltaba establecer esta obligación a su cargo, haciéndolo responsable de su inacción; tal fue la obra del derecho imperial; pero se intentó dos veces para lograrla.



Progreso realizado bajo el emperador Claudio:

Bajo el emperador Claudio, los parientes del pupilo podían citar al tutor, en caso de inacción, ante los cónsules. Los cónsules decidían si el tutor se había hecho responsable por no administrar, *periculo suo cessat agere*.

Progreso realizado bajo el emperador Marco Aurelio.

Marco Aurelio fue más lejos y resolvió que, de pleno derecho, sin intervención de los cónsules, el tutor respondería por su omisión en las gestiones, a partir del momento en que hubiere tenido noticia de su nombramiento.

Garantías concedidas al pupilo:

Como garantías especiales, en fin, se obligó indirectamente al tutor a hacer que se formara inventario de los bienes de la sucesión, al principiar la tutela.

Se creó un privilegio que permitió al pupilo ser preferente a los acreedores quirografarios, pero no hipotecarios, del tutor.

Un senadoconsulto dado bajo Trajano concedió una *actio* subsidiaria contra los magistrados municipales, en caso de que el tutor y sus fiadores fueran insolventes.

Bajo Constantino, en fin, se concedió al pupilo una hipoteca legal sobre todos los bienes del tutor.



En resumen, según el último estado del derecho Romano, el tutor tenía como hoy obligaciones anteriores a la tutela, durante ella y después de ella.

Causas que daban fin a la tutela

La tutela podía terminar por dos causas propias del pupilo o por causas propias del tutor. En este último caso más bien había cambio de tutor, que no cesación de la tutela misma.

Causas provenientes del pupilo:

- Cuando llegaba a la edad de la pubertad, por lo menos para el hombre; es decir, a los catorce años en el sistema definitivo
- Cuando perdía la libertad o el derecho de ciudad, o se volvía *alienijuris* por una adrogación o por una *vonventio in manum*
- Cuando moría.

Causas provenientes del tutor:

- Por pérdida de la libertad o de la ciudad
- Por su muerte
- Por su exclusión de la tutela como consecuencia del *crimen suspecti*
- Por una excusa que hubiera obtenido que se aceptara.



Tutela perpetua de las mujeres

Las mujeres púberes sui juris se ponían en tutela perpetua en Roma, en virtud de su inexperiencia para los negocios y de su natural ligereza de espíritu. Esta tutela se estableció, no en interés de la mujer misma, sino por un sentimiento de desconfianza contra ella; en interés de la familia agnática, para impedir que disipara los bienes que recibiera de los parientes paternos.

Como para los impúberes, había tres clases de tutela: la tutela testamentaria, la tutela legítima y la tutela deferida por el magistrado.

Desaparición de la tutela de las mujeres:

La tutela de las mujeres no había de sobrevivir al relajamiento de las ligas de la familia patriarcal. Sufrió una serie de ataques sucesivos y cayó después por completo en desuso.

Bajo Claudio se suprimió la tutela legítima.

A partir de ese momento, la tutela dejó de ser seria y el tutor daba su *auctoritas* meramente por fórmula, o viéndose obligado a darla por el magistrado.

A principios del Imperio, las mujeres que tenían el *jus liberorum* fueron dispensadas de la tutela. Para tenerlo, bastaba, para una ingenua, tener tres hijos y, para una libertina, tener cuatro hijos.



La tutela desapareció oficialmente desde el día en que se concedió el *jus liberorum* a todas las mujeres, por Teodosio y por Honorio (410), pero, a partir del siglo IV, ya no se encuentran trazas de ella.¹⁵

3.6 La tutela en el derecho germánico

“Se sometían en él a tutela aquellas personas necesitadas de protección y desprovistas de una relación de *mundium* paterno o marital; y en un principio se ejerció por la *sippe*, que designaba una persona de su seno para la administración tutelar, generalmente el pariente *pars gladii* más próximo del pupilo, es decir, el más próximo pariente masculino de la línea masculina. La *sippe* ejercía una supratutela a la que correspondía la vigilancia, el derecho de consentimiento — especialmente para contraer matrimonio el tutelado y para la enajenación de sus bienes — y el derecho de destituir al tutor por su mala administración.

Con la supratutela de la *sippe* entró en concurrencia la ejercida por el poder público, primeramente en las ciudades, y de cuya existencia se encuentran ya atisbos teóricos en la época franca. El resultado definitivo de esta evolución fue diverso: o bien el poder público hizo suya por completo la supratutela, como sucedió principalmente donde la tutela superior de la *sippe* había adquirido poca importancia frente al tutor nato, o el Estado mediatizó a la *sippe*, como en los primeros tiempos ocurrió en las ciudades

¹⁵ Foignet, René. **Manual elemental de derecho romano**. Pág. 67-76.

flamencas y neerlandesas, al reducirla a un órgano de la administración de la tutela, específicamente a ser un Consejo de familia.

La posición del tutor nato se configura muy diversamente en cada derecho: lo decisivo es si se tiene o no por regla la comunidad doméstica entre tutor y pupilo, para cuya gestión debía constituir garantía y de la que, según varios derechos, debía rendir cuenta, mientras que, según otros ordenamientos, le correspondía una *tutela usufructuaria* sobre la fortuna del pupilo, que no podía ni «crecer ni menguar». Además, correspondía al tutor la representación, judicial del pupilo y la representación o intervención en sus negocios jurídicos.

3.7 La tutela en el derecho musulmán

Los organismos supletorios de la incapacidad de obrar se consideran en este Derecho como una sola institución, hasta el extremo de que la representación y asistencia del padre a sus hijos menores se concibe como un género de tutela: no se habla de patria potestad, sino de tutela paterna, apareciendo el padre como el primero de los llamados a la tutela del menor; a falta de él, si en su testamento ha designado alguna persona para que la ejerza, a ella corresponderá; a falta de tutor testamentario, la tutela corresponde al Cadí del lugar; pero ocurriendo que sobre él recaen forzosamente un gran número de tutelas, las ejercita por medio de un delegado especial para cada caso. Las atribuciones fundamentales del tutor se reducen a suplir las incapacidad del menor en aquellas actividades que él de por sí no puede llevar a término; así, en aquellos actos personalísimos en los que no se concibe la representación, como el testamento o



reconocimiento de la prole, no interviene para nada el tutor; en el matrimonio interviene el tutor interponiendo su autoridad a los efectos de consolidar las relaciones nuevas patrimoniales que de él derivan. En cuanto a la administración del caudal del tutelado, el tutor no puede enajenar bienes de aquél a título gratuito, y aun para hacerlo a título oneroso necesita licencia judicial, acreditando necesidad o conveniencia grande, y sin que pueda ser él mismo el adquirente; la autorización judicial no le es precisa al padre del menor. Al cesar la tutela, ha de rendir cuentas, el tutor, de su administración.

Las funciones del tutor o curador de los incapaces por defecto mental se limitan a la administración del caudal del incapaz y a la interposición de su asistencia en los actos personalísimos de repercusión patrimonial. La jurisprudencia musulmana establece una garantía de carácter general en las instituciones tutelares al atribuir una inspección sobre las mismas al Cadí del distrito donde radiquen; éste puede destituir al tutor que administra mal los bienes del pupilo y cerciorarse en todo momento de la marcha de la administración. Cuando la tutela está atribuida al mismo Cadí y la ejerce por medio de un delegado, sus atribuciones en este aspecto son ilimitadas y puede removerle a su arbitrio; tratándose de tutores testamentarios, y, más aún del padre, necesitará apoyarse en causas determinadas.

3.8 La tutela en el derecho moderno

“Tres son los sistemas tutelares seguidos en las legislaciones modernas: sistema de la tutela de familia, sistema de la tutela de autoridad, y sistema mixto.



a) Tutela de familia

Las legislaciones que siguen este sistema conciben la tutela como una institución familiar en la que el Consejo de familia es el órgano de alta dirección y vigilancia. Se admite en el Código Civil francés, que influyó decisivamente en esta materia, en el portugués, en el italiano de 1865, y en el español.

En el Código Civil francés, la tutela presenta los siguientes caracteres:

1.º La misión del tutor se ejerce bajo la vigilancia e inspección de diferentes autoridades, que en conjunto se designan a veces con el nombre de -alta tutela-. Consejo de familia, compuesto de parientes, afines o amigos, encargado de deliberar sobre las cuestiones más importantes que interesan al menor, y de autorizar al tutor para realizar los actos más graves entre los concernientes a su patrimonio y su persona; el Tribunal civil, que aprueba las decisiones del Consejo de familia cuando se trate de actos especialmente importantes; un protutor, especie de adjunto del tutor, encargado de vigilar su gestión y, a veces, de sustituirle.

2.º El tutor representa al menor. La tutela no se establece únicamente a falta de patria potestad. Coexiste algunas veces con ella, como ocurre cuando muere el padre o la madre. El superviviente continúa investido de la patria potestad; pero no la ejerce más que respecto a la persona del hijo. En cuanto a los bienes, se organiza una tutela, la que es, en principio, concedida al padre o madre superviviente.

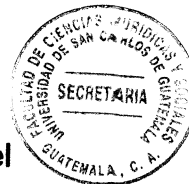


3.º El hecho único que origina la apertura de la tutela (por lo menos cuando se trata de hijos legítimos) es la muerte de los padres. En tanto que existe uno de los dos hay patria potestad pura y simple, es decir, con el complemento de la administración legal en lo concerniente a los bienes. El único caso en que puede haber tutela en vida del padre y de la madre es en el de caducidad de la patria potestad. Entonces, el Tribunal puede tomar medidas que consisten, ya en transmitir la patria potestad en todo o en parte a una persona distinta del padre a quien se declara desposeído, ya en colocar al hijo bajo tutela.

4.º La designación del tutor es hecha: por ley, por testamento o por el Consejo de familia. La tutela, en Francia, es un mecanismo con tres ruedas: el Consejo de familia, en quien reside la potencia tutelar; en segundo término, el tutor que obra, y después, el *subrogó tuteur*, que vigila a aquél y le reemplaza en caso necesario. Es, pues, la tutela, un pequeño gobierno que tiene su asamblea deliberante, su poder ejecutivo y hasta su pequeño censor.

b) Tutela de autoridad

Las legislaciones que siguen este sistema (Inglaterra, Alemania, Austria, Suiza, Holanda, Países Escandinavos, Servia, Montenegro, América del Norte, Brasil y Bolivia) conciben la institución tutelar como institución pública que debe ser ejercida por Cuerpos judiciales o administrativos.



En Alemania, la alta tutela se ejerce por dos órganos: el Tribunal de Tutelas y el Consejo de Huérfanos de la Municipalidad. Puede serlo también por el Consejo de familia. El Tribunal de Tutelas no es un Tribunal de excepción, sino un Cuerpo permanente que ocupa el primer escalafón de la jerarquía judicial. Un Juez de éste pronuncia sus decisiones tutelares en nombre de todo el Tribunal. El Consejo de Huérfanos, deberá proponer al Tribunal de Tutelas las personas que en cada caso particular sean aptas para desempeñar la tutela, la protutela y el cargo de miembro del Consejo de familia. Para ayudar al Tribunal de Tutelas deberá velar porque el tutor cuide, con arreglo a sus deberes, de la persona de los menores, y especialmente de su educación y de su dirección corporal; deberá señalar al Tribunal de Tutelas sus omisiones y las infracciones que lleguen a su conocimiento y dar los datos que se le pidan sobre los actos personales y la conducta del pupilo. Cuando el Consejo de Huérfanos sepa que los bienes del menor se hallan en peligro, deberá dar aviso de ello al Tribunal de Tutelas.

En el Código Civil suizo, la tutela suprema reside en la autoridad tutelar y en la autoridad de vigilancia. La tutela puede ser entregada excepcionalmente a la familia cuando el interés del pupilo justifica esta medida, especialmente por la continuación de una industria o de una Sociedad. Los derechos, los deberes y la responsabilidad de la autoridad tutelar pasan entonces a un Consejo familia. La autoridad de inspección o vigilancia puede permitir la tutela privada a petición de dos o de los más próximos parientes o allegados mayores, o de uno de ellos y del cónyuge del pupilo.



El Consejo de familia, en los Códigos alemán y suizo, existe con carácter facultativo, y se constituye, en el primero, por el Tribunal de Tutelas cuando el padre o la madre legítimos hayan ordenado esta institución o cuando un pariente o afín del pupilo, el tutor o el protutor lo pida, y el Tribunal de Tutelas estime que esta institución conviene al pupilo.

El Código Civil italiano de 1938 modificó el sistema seguido en el Código de 1865, suprimiendo el Consejo de familia y creando el Juez tutelar, en el que se concentran todos los poderes de dirección y vigilancia en orden al ejercicio de la tutela, con el consiguiente beneficio de la administración única, el acrecentamiento de la responsabilidad, tanto por parte del Juez como del tutor, y la economía de tiempo y gastos.

c) El sistema mixto

Finalmente, el sistema mixto es seguido por los Códigos de México, Chile, Paraguay y Argentina. La tutela, en el Código argentino, se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores. La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el Juez, a quien, en todo caso, corresponde discernir el cargo al tutor y autorizarle en los actos más importantes.

3.9 Las tendencias modernas en materia tutelar

Primera:

La de acentuar el carácter de protección personal en la institución pupilar, pues las legislaciones le dan todavía un carácter casi exclusivamente patrimonial, olvidando los intereses morales y educativos del pupilo y el proveer a la protección de los menores que carecen de patrimonio.

Segunda:

Restablecer, si bien modificada, la distinción romana de la tutela y la curaduría.

Tercera:

Encomendar la fiscalización de la tutela a un Juez pupilar especial que siendo único, inamovible, autónomo y responsable, vigile directa y continuamente la conducta del tutor y sea a su vez intervenido por los Consejos de huérfanos y por los inspectores de tutelas”.¹⁶

3.10 En la legislación guatemalteca

Para la doctora María Luisa Beltranena, la tutela es una institución que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y bienes, o solamente de los bienes, tanto de los

¹⁶ Editorial Labor, S.A. **Diccionario de derecho privado. Op. Cit.**, Pág. 3888-3891.



menores no sujetos a la patria potestad, como de los mayores que se encontraren temporal o definitivamente incapacitados para regir por sí mismos su persona y bienes.

El Artículo 293 del Código Civil dispone quiénes están sujetos a tutela:

“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”.

Como se observa, la tutela en el derecho guatemalteco -como en la mayoría de las legislaciones del mundo occidental- resume las instituciones romanas de la tutela y de la curatela, pues la tutela se daba a los menores que no estaban bajo patria potestad y a las mujeres púberes *sui-juris*, y la curatela se concedía a los que adolecían de alguna incapacidad y, además, a los menores adultos (menores de veinticinco años de edad).

La tutoría de solamente los bienes es una verdadera administración especial (tutela específica). De conformidad con el Artículo 271 del Código Civil “si al que se halla bajo la patria potestad se le hiciere alguna donación, o se dejare herencia o legado, con la expresa condición de que los bienes no los administren los padres, será respetado la voluntad del donante o testador...”.

En cuanto a la tutela de los mayores de edad, cabe hacer notar que para que tenga lugar se requieren dos presupuestos:

- Que hubiere sido declarado en estado de interdicción.
- Que no tuviere padres.

El Artículo 252 del Código Civil dispone que “los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción”.

Tal disposición legal, que contiene un caso de extensión del derecho de patria potestad, está animada de un espíritu de ecuanimidad y justo aprecio de las relaciones paterno-filiales; porque nadie más capacitados que los propios padres para velar por sus hijos en estado de interdicción, aunque sean mayores. Los tutores salen sobrando. En este particular el Código Civil de Guatemala contiene un calificado avance.

3.10.1 Clases de tutela

Siguiendo las normas romanas, el Artículo 296 del Código Civil Decreto 106 establece tres clases de tutela: testamentaria (que se defiere por testamento); legitima (que se defiere por la ley); y judicial (llamada también dativa, que se defiere



por el juez).

La tutela testamentaria, en cuanto a su institución y nombramiento de tutor y protutor, aparece regulada en los Artículos 297 y 298 del Código Civil.

Lo concerniente a la tutela legítima figura en el Artículo 299 del Código Civil.

La tutela judicial se norma por el Artículo 300 del Código Civil.

La tutela testamentaria -como es obvio- desplaza a las tutelas legítima y judicial.

En efecto, el Artículo 302 del Código Civil dispone categóricamente:

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

3.10.2 Antinomia entre los Artículos 293 y 301 del Código Civil

Ya se expuso el concepto del Artículo 293 del Código Civil en cuanto a la tutela de los mayores de edad y se destacaron los requisitos para la concesión de la misma. Además, se relacionó dicha disposición con el Artículo 252 del Código Civil, en la parte referente a la extensión de la patria potestad sobre los hijos mayores declarados en estado de interdicción.

Ello está bien claro y perfecto. Empero, más adelante en el Código aparece el

Artículo 301, en el que se trata de regular la tutela de los indicados hijos mayores.

Dice textualmente:

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

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

Ahora bien, si los expresados hijos mayores incapacitados tuvieran a sus padres, conforme el Artículo 293 del Código Civil no tendría lugar la tutela para ellos; sino que -de acuerdo con el Artículo 252 del Código Civil *in-fine*- permanecería bajo la patria potestad, porque es condición *sine-qua-non* para que se sujete a tutela a un mayor de edad, declarado en estado de interdicción, que no tenga padres.

Surge ahora esta pregunta: ¿Si es válida y correcta la anterior doctrina, cómo es que el Artículo 301, al referirse a la tutela de los hijos mayores interdictos, dispone que en segundo término (después del cónyuge) le corresponde al padre y a la madre”.

Ahí está la contradicción legal, la antinomia. Pues, como resulta evidente, existiendo los padres no podría cobrar vida jurídica la tutela del hijo mayor en estado de interdicción.

¿Cómo se resuelve la antinomia? ¿Cuál criterio del legislador debe prevalecer? La respuesta es clara y terminante: se habrá de respetar la doctrina enunciada en los

Artículos 293 y 252 *in-fine* del Código Civil, por estar más acorde con el espíritu general de la legislación guatemalteca.

Al Artículo 301 del Código Civil se le habrá de conceder vigencia exclusivamente en el caso de que el hijo mayor, sujeto a interdicción, careciere de padres.

3.10.3 Naturaleza jurídica de la tutela

La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales e indelegables; empero, pueden otorgar poderes especiales para determinados actos.

Artículo 294 del Código Civil.

La tutela y la pro tutela son cargos públicos. Todas las personas en pleno goce de sus derechos civiles tienen la ineludible obligación de desempeñarlos. Artículo 295 del Código Civil. Sin embargo, la ley señala causas taxativas de prohibición o inhabilidad y de excusa para su ejercicio, así como causas o motivos de remoción.

Las causas de inhabilidad o incapacidad para el desempeño de los cargos de tutor o protutor figuran en los Artículos 314 y 315 del Código Civil; los de excusa, en los Artículos 317 y 318 del Código Civil; los de remoción, en el Artículo 316 del Código Civil.



3.10.4 Clases de tutores

Además de los tutores testamentario, legítimo y judicial, que sólo se diferencian por el modo u origen de su constitución, existen los tutores específicos, que son los que nombra el juez cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela (Artículo 306 del Código Civil); o en el caso del Artículo 268 del mismo Código que establece: "Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial".

En el caso del Artículo 271 del Código Civil, en que el autor o causante de la herencia, donación o legado a favor del menor sujeto a patria potestad, que dispusiese que los bienes heredados, donados o legados no sean administrados por los padres del menor, el administrador nombrado o designado es un verdadero tutor específico de tales bienes.

De conformidad con el Artículo 308 del Código Civil "Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan a menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.

3.10.5 Ejercicio o administración de la tutela

Para que el tutor y el protutor puedan válidamente entrar al ejercicio de sus cargos, deben previamente cumplir con una serie de requisitos de naturaleza ineludible. Sin haber llenado tales presupuestos legales, al juez le está vedado discernirles sus



cargos.

En este caso, se entiende por discernimiento la autorización judicial para entrar al ejercicio o desempeño del cargo.

Requisitos previos al discernimiento. Son tres:

- 4. Inventario de los bienes del pupilo;**
- 5. Avalúo de los mismos bienes;**
- 6. Garantía suficiente, calificada por el juez, para responder de la fiel y correcta administración de la tutela y protutela.**

Respecto del cumplimiento de la práctica del inventario o avalúo, en ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedará relevado o eximido el tutor de tales obligaciones.

Artículo 320 del Código Civil.

Con relación a la constitución de la garantía, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promoverla, salvo en dos casos:

1º que no haya bienes;

2º que tratándose de tutor testamentario hubiere sido exonerado de tal obligación por el testador, “en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado”. (Artículo 321 del Código Civil).

Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 321 del Código Civil, “Cuando con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que haga

obligatoria la caución, lo hará 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”.
(Artículo 322 del Código Civil).

Las normas regulatorias de la garantía: lo que debe comprender, su aumento o disminución, la naturaleza de la misma, etc., aparecen en los Artículos 323, 324, 325 y 326 del Código Civil.

3.10.6 Obligaciones principales del tutor

Fundamentalmente las obligaciones del tutor consisten en la rectoría de la persona y bienes del pupilo, con los deberes u obligaciones de un buen padre de familia.

Dentro del desarrollo de tales obligaciones conviene destacar:

- a. La elaboración de un presupuesto de gastos de administración, para cada ejercicio anual. Dentro del primer mes, el tutor someterá a la aprobación del juez, el primer presupuesto. (Artículo 328 del Código Civil).
- b. Proposición de la pensión alimenticia del pupilo. El juez la fijará tomando en consideración el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de modificarla según razones especiales, como aumento o disminución del patrimonio u otros motivos que la autoridad judicial apreciará conforme su prudente criterio.
(Artículo 327 del Código Civil).



c. Procurar que el menor siga la carrera, oficio o profesión que éste elija, de acuerdo con sus capacidades y según las circunstancias. Si el menor ya había emprendido o iniciado alguna durante la patria potestad, al tutor no le es permitido variarla sin autorización judicial; en todo caso se tomarán muy en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor. (Artículo 330 del Código Civil).

Naturalmente que el tutor tendrá y ejercerá respecto del pupilo las mismas facultades de los padres, con los deberes u obligaciones correlativas, y con las limitaciones que la ley establece. (Artículo 331 del Código Civil).

3.10.7 Actos para los que el tutor necesita autorización judicial

De conformidad con el Artículo 332 del Código Civil el tutor necesita autorización judicial:

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

2º Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez.



3° Para repudiar herencias, legados y donaciones.

4° Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés.

5° Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor incapacitado.

6° Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo”.

También requiere el tutor autorización judicial para liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que éste o sus causantes hubieren estado dedicados. (Artículo 335 del Código Civil.)

En cuanto a 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 cotice en la plaza el día de la venta, circunstancia que deberá comprobar el tutor al rendir sus cuentas. Artículo 333 del Código Civil.

Con todo, el tutor, como administrador de los bienes del pupilo, tiene la obligación primordial de hacer producir el capital de éste; por tal razón, cuando por omisión o negligencia, dicho capital quedare improductivo o sin empleo, el tutor responderá de los intereses legales. Artículo 334 del Código Civil.

3.10.8 Actos que el tutor tiene prohibición de realizar

El Artículo 336 del Código Civil señala los actos prohibidos al tutor. Son los siguientes:



- 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.**
- e) **Aceptar la institución de beneficiario en seguros o su favor, provenientes de su pupilo.**

Tiene asimismo prohibición el tutor para los siguientes actos jurídicos:

- a) **Contratar sobre bienes del menor o incapacitado, por sí o por interpósita persona, los parientes del tutor, salvo que éstos sean coherederos o co-participantes del pupilo. Artículo 337 y Artículo 336 del Código Civil, numeral 1º.**
- b) **Reconocer hijos del pupilo, sino con el consentimiento expreso de éste y en ningún caso los del incapaz. Artículo 338 del Código Civil, primer párrafo.**
- c) **Consentir expresa y tácitamente las resoluciones del pupilo. Artículo 338 del Código Civil, párrafo final. Es evidente que, dentro de la obligación de defensa de los intereses del pupilo (Artículo 339 del Código Civil) el tutor tiene forzosamente que**



agotar todos los recursos o gestiones legales, y promover las diligencias indispensables para mantener incólumes los derechos del menor.

3.10.9 Retribución

El tutor y el protutor tienen derecho a una retribución anual, cuyo monto oscilará entre el cinco y el quince por ciento de las rentas o productos líquidos de los bienes del pupilo. Esta retribución será fijada por el juez, atendiendo a la importancia del patrimonio del pupilo y al trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela. La retribución se repartirá entre el tutor, al que le corresponderá el setenta y cinco por ciento, y el protutor, que tomará el 25%. Artículo 340 del Código Civil.

Cuando el tutor y el protutor hayan sido removidos de sus cargos, por su culpa, perderán el derecho a percibir retribución alguna. Artículo 341 del Código Civil.

3.10.10 Rendición de cuentas

Obviamente, como administrador de bienes ajenos el tutor, tiene la obligación ineludible de llevar cuentas; y de rendirlas, cuando el testador -en su caso- no lo hubiere relevado. Aun en el caso de relevación, el tutor está obligado a presentar una memoria que resuma los actos llevados a cabo en su administración.



Las cuentas las llevará mediante una contabilidad comprobada y exacta de todas y cada una de las operaciones de su administración, en libros autorizados. Artículo 342 del Código Civil.

Las cuentas se rendirán anualmente y al concluirse la tutela; también se rendirán al cesar el tutor en su cargo. El acto de rendición se hará ante el juez, con intervención del protutor y de la Procuraduría General de la Nación. Artículos 344 y 345 del Código Civil.

Las cuentas deberán ir acompañadas de sus respectivos documentos justificativos, salvo que se trate de gastos en que no se acostumbre recoger recibo. Los gastos que imponga la rendición de cuentas, correrán a cargo del pupilo. Artículos 347 y 348 del Código Civil.

En caso de rendición final de cuentas, el plazo para tal acto será de sesenta (60) días contados desde la fecha en que terminó el ejercicio de la tutela. El saldo de las cuentas, en favor o en contra del tutor, producirá el interés legal. Artículos 345 y 350 del Código Civil.

Una vez rendidas satisfactoriamente las cuentas, el juez aprobará y extenderá al tutor su correspondiente finiquito.

Las acciones u obligaciones que, por razón del ejercicio de la tutela, correspondan al ex pupilo contra su ex tutor y viceversa, se extinguirán o los cinco (5) años de concluida la tutela.¹⁷

¹⁷ Beltranena Valladares de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Pág. 273-283.



CAPÍTULO IV

4. La tutela legítima

4.1 Concepto

“Según el Diccionario de derecho privado, **Tutela legítima** es la deferida por la ley en defecto de la testamentaria. Es decir, tiene, como en el derecho romano, carácter subsidiario. Esta tutela es cualidad y atributo intrínseco de ciertas personas, de los parientes, por consecuencia de su parentesco; pero restringe los llamamientos en interés del menor, con lo que parece reconocer la preferencia de la tutela dativa que permite la apreciación de las condiciones personales del tutor.

4.2 Clases de tutela legítima

Se distinguen las siguientes clases de tutela legítima:

- a) Tutela de los menores no emancipados
- b) Tutela de los locos y sordomudos
- c) Tutela de los pródigos



- d) Tutela de los que sufren interdicción
- e) Tutela dativa
- f) Tutela interina

4.2.1 Tutela legítima de los menores no emancipados

Corresponde esta tutela:

- Al abuelo paterno.
- Al abuelo materno.
- A las abuelas paterna y materna, por el mismo orden, mientras se conserven viudas.
- Al mayor de los hermanos varones de doble vínculo y, a falta de éstos,- al mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos.

Los hijos naturales no están excluidos de la tutela legítima, pues, no hay motivo para privar a los mismos de ella.

La tutela legítima de los expósitos corresponde a los jefes de los establecimientos o casas de los expósitos, pero sólo mientras estén recogidos y educados en ellas.

4.2.2 Tutela legítima de los locos y sordomudos

No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes.



La declaración de incapacidad pueden solicitarla, el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle ab intestato.

El Ministerio fiscal deberá pedirla:

- Cuando se trate de dementes furiosos.
- Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en la tutela de los menores o emancipados, o cuando no hicieren uso de la facultad que les concede.
- Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria, para comparecer en juicio.

En todos estos casos los Tribunales nombrarán defensor para el presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse. En los demás, será defensor el Ministerio fiscal.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse para la declaración de incapacidad, deberá hacerse sumariamente. La jurisprudencia y la doctrina entienden que el procedimiento sumario será el de los incidentes.

Establece como trámites necesarios:

1°. Que los Tribunales, antes de declarar la incapacidad, oirán al Consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.

2°. Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán



informar a los Tribunales como miembros del Consejo de familia; pero tienen derecho a ser oídos por éste cuando lo soliciten.

3°. Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, los interesados podrán deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del Consejo de familia.

Cuando el presunto incapaz no quiera o no pueda defenderse, y el expediente haya sido promovido por el cónyuge o los parientes, será defensor el Ministerio fiscal. Cuando sea éste el que haya entablado la solicitud, nombrarán un defensor los Tribunales.

Corresponde el ejercicio de esta tutela:

1°. Al cónyuge separado legalmente.

2°. Al padre y, en su caso, a la madre.

3°. A los hijos.

4°. A los abuelos.

5°. A los hermanos varones y a las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo para la tutela de los menores. Si hubiere varios hijos o hermanos, serán preferidos los varones a las hembras, y el mayor, al menor. Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones; y en el caso de ser del mismo sexo, los de la línea del padre.



Por lo que se refiere a la extensión de esta tutela, vendrá determinada por la declaración de incapacidad, en cuanto a los sordomudos; y respecto a la declaración de incapacidad de los locos se entiende que es absoluta.

Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán informar a los Tribunales como miembros del Consejo de familia; pero tienen derecho a ser oídos por éste cuando lo soliciten.

4.2.3 Tutela legítima de los pródigos

Como en la anterior tutela, son requisitos necesarios para constituirla, que sea mayor de edad, y que medie la declaración de prodigalidad, que supone la existencia de cónyuge o herederos forzosos que la soliciten. Puede pedirla, por excepción, el Ministerio fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o incapacitados.

Deberá hacerse la declaración en juicio contradictorio, queriendo aludir, con esta expresión, al juicio ordinario de mayor cuantía. Cuando el demandado no compareciere en juicio, le representará el Ministerio fiscal, y si éste fuera parte, un defensor nombrado por el Juez, sin perjuicio de lo que determine la ley sobre los procedimientos en rebeldía.

La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las



facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el Consejo de familia.

Los efectos de la prodigalidad no deberán producirse hasta el momento de la declaración; pero para evitar que el pródigo los aluda fraudulentamente, que pedan ser atacados por aquella causa los actos posteriores a la demanda de interdicción.

La tutela de los pródigos corresponde:

- 1°. Al padre y, en su caso, a la madre.
- 2°. A los abuelos paterno y materno.
- 3°. Al mayor de los hijos varones emancipados.

La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo, pudiendo, dentro del orden patrimonial, ser graduada su incapacidad por los Tribunales. El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio.

Esta tutela puede cesar por desaparecer la causa de la incapacidad o por el fallecimiento de los herederos forzosos. En este caso no es necesario procedimiento alguno para declarar reintegrado al pródigo en su capacidad.

4.2.4 Tutela legítima de los que sufren interdicción

En esta tutela, a diferencia de la de los locos, sordomudos y pródigos, no se exige la



declaración previa de incapacidad, ya que la interdicción se impone como pena accesoria en sentencia y bastará, para constituir la tutela, ejecutar aquélla. Sólo se requiere que sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción.

Para la ejecución de la sentencia impone al Ministerio fiscal la obligación de pedir que el Juez municipal del lugar donde resida el interdicto provea al cuidado de los negocios de éste hasta el nombramiento de tutor, y promueva la formación del Consejo de familia, siendo responsable, si no lo hiciera, de los daños y perjuicios que sobrevengan; también pueden pedirlo el cónyuge y los herederos abintestato del penado.

La tutela de los interdictos se limita a la administración de bienes y a la representación en juicio; el tutor, además, está obligado a cuidar de la persona y de los bienes de los menores o incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del interdicto, hasta que se les provea de otro tutor. La mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción. Cuando fuere menor, obrará bajo la dirección de su padre y, en su caso, de su madre, y, a falta de ambos, de su tutor. Se defiere esta tutela por el orden establecido para la de los locos y sordomudos.¹⁸

4.3 Tutela legítima según la legislación guatemalteca

“Dispone el Artículo 299 del código Civil, Decreto Ley 106, que la tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

lo., al abuelo paterno;

¹⁸ Ed. Labor, S.A. **Diccionario de derecho privado. Op. Cit.**, Pág. 3894-3895.



2o., al abuelo materno;

3o., a la abuela paterna;

4o, a la abuela materna; y,

5o., a los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad capacidad (a criterio del juez indudablemente); y que la línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio (por razón, sin duda, de que generalmente es la madre quien más intensamente tiene lazos afectivos, y, por consiguiente, su familia, en especial la abuela de sus hijos), sin perjuicio de que, por 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 constituyan una garantía para el desempeño satisfactorio del cargo.

Hubiese sido deseable que el Artículo 91 Código Civil dispusiera, como lo hizo el de 1877, que la tutela legítima fungiría en defecto de tutor testamentario, aunque así ha de entenderse en relación -orden en que desarrolla las clases de tutela-.

Si bien la tutela testamentaria, por proceder de la voluntad de quien ejerce la patria potestad (salvo el caso excepcional arriba referido) precede en orden de prioridad a la tutela legítima, es ésta la que pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado. En la testamentaria queda el instituyente en libertad de nombrar a persona ajena a la familia del menor, quizá por haberse considerado que el padre, o la madre, o

los abuelos o el adoptante, están en la mera condición para determinar lo más conveniente a los intereses del pupilo.¹⁹

4.4 La desigualdad de género en la tutela legítima

En la modernidad, estudios del desarrollo infantil en la psicología evolutiva han colocado a la madre como la responsable de los logros alcanzados por el hijo. Son abundantes los estudios sobre la interacción madre-hijo a lo largo de la infancia, a la luz de diferentes posturas teóricas y, en menor medida, aquellos que señalan la interacción del niño con el padre u otras personas que pudieran estar a su alrededor; la fuerza motriz de su desarrollo se ve afectado por otros que se le sobreponen, la escuela, la política, la economía.

Para comprender en toda su magnitud el enorme cambio que ha experimentado en las últimas décadas la condición femenina debemos, en primer lugar, estudiar brevemente cuál fue la situación de la mujer en épocas anteriores y cual es en la actualidad la posición de la mujer en la sociedad guatemalteca.

4.4.1 Antecedentes

En las civilizaciones egipcia y mesopotámica, la mujer pasaba toda su vida confinada en el hogar, tenía a su cargo el cuidado de los hijos y de los esclavos sin que se le

¹⁹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 166.



permitiera participar en los negocios públicos. De niña vivía al lado de su madre y se casaba a los 15 años sin ser consultada.

En la familia romana que era esencialmente patriarcal al igual que la musulmana; el marido constituía la cabeza visible de la misma y ejercía su poder y autoridad completa sobre la mujer y los demás miembros de la casa.

En el sistema económico feudal, la mujer tenía a su cargo todas las funciones domésticas. Ella amasaba el pan, preparaba la comida, cuidaba de los animales domésticos, ordeñaba la vaca, y al mismo tiempo criaba y educaba a sus hijos.

Durante el Antiguo Régimen el cometido de la mujer es fundamentalmente doméstico. Tres eran sus funciones básicas: ser buena madre y esposa, ordenar el trabajo doméstico, y perpetuar la especie humana. La mujer ha ocupado como regla general una posición subordinada con respecto al hombre en las sociedades que anteceden a la actual. Esta posición secundaria se ha visto siempre ligada a una determinada estructura familiar que diferenciaba los roles de género.

En la actualidad, el papel de la mujer en la sociedad guatemalteca, va más allá de las épocas antiguas; englobar lo que hoy en día hace es un poco complicado. Podríamos tomar diversos enfoques, como el sociológico, el histórico o el cultural, y no lograríamos obtener una aproximación remotamente precisa.

4.4.2 Justificación y análisis de la reforma al Artículo 299 del Código Civil, Decreto Ley 106

Tristemente en la normativa misma que rige a todos los guatemaltecos encontramos desigualdades por razón de género, y es por esa razón que me motiva a desarrollar este análisis al Artículo 299 del Código Civil, Decreto Ley 106 respecto a la tutela legítima, la cual indica lo siguiente: “La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

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

Se fundamenta en la vulneración y quebrantamiento al principio de igualdad que regula la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo cuatro, el cual estipula: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.



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.

Tal circunstancia obedece a que, en primer término, la tutela legítima, tal como se encuentra regulada en el artículo mencionado, vulnera el precepto constitucional del principio de igualdad, por la posición en que se encuentra la mujer según el orden legal; en segundo término, por sentido común y en la realidad, es el género femenino el que hoy por hoy, por instinto maternal está en condiciones y capacidades para poder ejercer una buena tutela sobre un pupilo, por lo tanto es la mujer la que deberían estar en un primer plano de orden o bien en igualdad con el hombre. La desigualdad que es evidente en dicho artículo, deja al género femenino en una tercera y cuarta posición después de los abuelos, específicamente a las abuelas de niños que no se encuentran bajo patria potestad de sus padres y no existe otro tipo de tutela declarada al momento de proceder la tutela legítima.



4.4.3 Proyecto de Decreto, reforma del Artículo 299 del Código Civil, Decreto Ley
106.

DECRETO NÚMERO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO

Que el derecho de libertad e igualdad consagrado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, como derechos individuales en el sentido que todos los seres humanos somos libres e iguales en dignidad y derechos.

CONSIDERANDO

Que la desigualdad

POR TANTO

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala



Decreta la siguiente:

REFORMA AL DECRETO LEY 106, CODIGO CIVIL.

Artículo 1.- Se reforma el Artículo 299 del Código Civil, el cual queda así:.....Artículo 299. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1. A las abuelas o abuelos materno o paterno;
2. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

La línea materna será preferida 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 constituyan una garantía para el desempeño satisfactorio del cargo.

Artículo 2. VIGENCIA: El presente decreto puede entrar en vigencia quince días después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISTATIVO DE LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS... DÍAS DEL MES DE... DE DOS...



CONCLUSIONES

- 1. Las mujeres han sido discriminadas históricamente en la política, en la familia, en la división del trabajo, en la economía y en las relaciones personales por ser mujeres y, no se toman en cuenta, sus cualidades individuales.**
- 2. Los menores de edad y los mayores de edad interdictos, son protegidos por el Estado, quien les brinda un representante legal de forma provisional, mientras dure la condición de incapaces; con lo cual, se busca evitar que se encuentren en peligro sus derechos humanos individuales así como el de sus bienes.**
- 3. En relación a la desigualdad de género, las mujeres han llevado la peor parte y siempre se les ha vulnerado sus derechos, y ha sido causa de discriminación.**





RECOMENDACIONES

1. Que el Estado cree una política en la cual las mujeres tengan puestos relacionados con el poder político, actualmente son una élite reducida, que muy poco tiene que ver con la mayoría de las mujeres, cuyas preocupaciones fundamentales están en resolver para sí mismas o para quien las rodea sus necesidades básicas fundamentales y sienten muy lejano este adelanto y este avance de género.
2. Es necesario que el Estado proteja provisionalmente a un menor de edad, o un mayor de edad interdicto, creando la figura de tutor provisional, siendo de preferencia a la mujer, por la experiencia y conocimiento que tiene en el cuidado y protección de los hijos.
3. El gobierno debe realizar acciones concretas para construir un país, donde las mujeres avancen en la reivindicación de sus derechos; y su inclusión en todos los ámbitos de la vida social, cultural y política, pues es necesario obtener puestos claves en las instituciones del Estado, porque solo así podremos demostrar nuestras capacidades de gestión.





BIBLIOGRAFÍA

BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** 5a. ed. Guatemala, Guatemala: Ed. IUS, 2008.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Guatemala. Ed. estudiantil FENIX: 2001.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Tomo II. Buenos Aires; Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1979.

DE LEÓN CABRERA, Tomasa Leonor. **La participación de la mujer en procesos de desarrollo:** Colección Monografías, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria. 2005.

Diccionario de Derecho Privado. Tomo II. Barcelona, España. Ed. Labor, S.A. 1967.

El ABC de Género. El Salvador. Ed. ALGIER'S IMPRESORES S. A. de C. V. 2008.

FOIGNET, René. **Manual elemental de derecho romano.** Puebla, México. Ed. José M. Cajica, Jr., S. A. 1956.

HERRERA, Kenia. **Manual de justicia penal y género.** Guatemala. Ed. Serviprensa, S.A. 2004.

<http://www.diarionuevosur.com/index.php/actualidad/opinion/6184-situaciones-de-desigualda-de-genero-en-el-mundo> consultado 20 marzo 2014.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas jurídicas y sociales.** Barcelona, España, Ed. Heliasta. 1996.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Ed. Pirámide S.A. Tomo V. Madrid, España. 1976.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** Tomo II, Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, 1992.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, del Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 2011.