

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



**APLICAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, AL OTORGAR LA TUTELA EN AUSENCIA
DE LOS PADRES DEL MENOR**

BEATRIZ ALEJANDRA LÓPEZ XITUMUL

GUATEMALA, FEBRERO DE 2018

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

**APLICAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, AL OTORGAR LA TUTELA EN AUSENCIA
DE LOS PADRES DEL MENOR**



**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y LOS TÍTULOS
PROFESIONALES DE ABOGADA Y NOTARIA**

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 EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Vocal:	Lic. Norma Beatriz Santos Quezada
Secretario:	Lic. Jose Luis Martinez Zuñiga

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal:	Licda. Heidy Yohanna Argueta Pérez
Secretario:	Licda. María del Carmen Mansilla Girón

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).



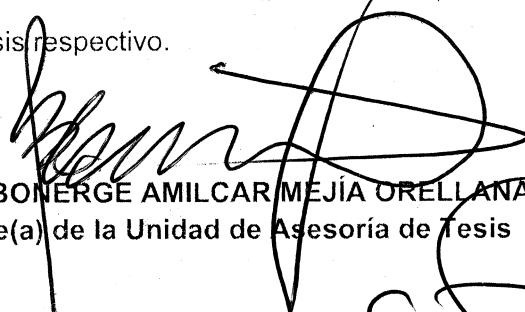
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 04 de julio de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, ANNABETHSY ZURAMA LEONARDO SOTO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
BEATRIZ ALEJANDRA LÓPEZ XITUMUL, con carné 200924970,
 intitulado APLICAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, AL OTORGAR LA TUTELA EN AUSENCIA DE LOS PADRES
DEL MENOR.

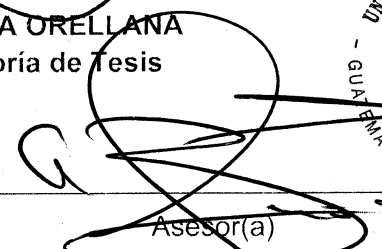
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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

Fecha de recepción 31 / 03 / 15 f)

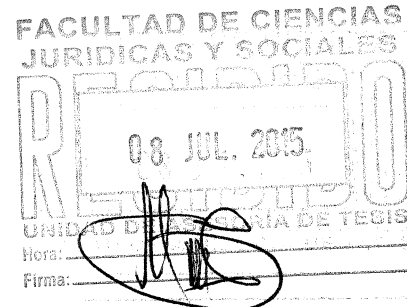

 Asesor(a)
 Licda. Annabethsy Zurama Leonardo Soto
 ABOGADO Y NOTARIO





Guatemala, 23 de junio del año 2015

Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Doctor Mejía Orellana:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha cuatro de Julio del año dos mil catorce, procedí a la asesoría del trabajo de tesis de la bachiller Beatriz Alejandra López Xitumul; que se denomina: **“APLICAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, AL OTORGAR LA TUTELA EN AUSENCIA DE LOS PADRES DEL MENOR”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y por tanto se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: Método deductivo, por medio del cual se estudió el ámbito del principio de igualdad y la efectividad del mismo; por otra parte, con el método analítico se logró comprender y explicar cómo se podrá aplicar la igualdad al otorgar la tutela del menor. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada técnica y jurídica. Los objetivos determinaron y establecieron la necesidad de realizar un análisis al otorgar la tutela del menor sin distinción de género. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer los fundamentos jurídicos que se deben reformar para la buena designación de la tutela.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido, relacionado con la igualdad que se debe tener al otorgar la tutela.
5. En relación a la conclusión discursiva, la misma se redactó de manera sencilla y constituye supuestos certeros. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas en su contenido capitular, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

Licda. Annabethsy Zurama Leonardo Soto
Abogada y Notaria
Colegiado 6755



6. Expresamente declaro que no tengo ningún parentesco con la estudiante dentro de los grados de ley, ni amistad, que pueda afectar la imparcialidad de este dictamen.

La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias, Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Licda. Annabethsy Zurama Leonardo Soto
Abogada y Notaria
Colegiado 6755

Licda. Annabethsy Zurama Leonardo Soto
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten signature]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de abril de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante BEATRIZ ALEJANDRA LÓPEZ XITUMUL, titulado APLICAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, AL OTORGAR LA TUTELA EN AUSENCIA DE LOS PADRES DEL MENOR. 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]
 WELM/srrs.

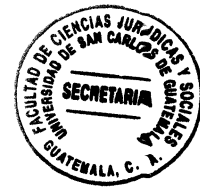
[Handwritten signature]

Lic Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
 Secretario Académico



[Handwritten signature]
 Lic. Avicán Ortiz Orellana
 DECANO



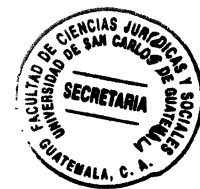


DEDICATORIA

- A DIOS:** Por guiarme y darme fuerza a no desmayar con los obstáculos y así alcanzar mi primer meta profesional.
- A MIS PADRES:** Andrés López y Alba de López, por todo el esfuerzo que hicieron para brindarme su apoyo, sus sabios consejos y enseñarme los caminos de Dios, para lograr mis sueños.
- A MI ESPOSO:** Fabian Herrera, que con su apoyo y su amor incondicional me ha motivado para cumplir todas mis metas, te amo.
- A MI HIJO:** Fabián Isaac, por ser mi motivación para culminar mi preparación profesional, gracias por ser la luz que ha iluminado mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Danny, Nathali y José, por estar siempre conmigo.
- A MIS TÍOS:** Dra. Crissley Barrios, por ser un ejemplo digno de imitar y apoyarme en todo momento y Dr. Edgar Estrada, por tu cariño y apoyo incondicional.
- A MI FAMILIA:** Por los consejos recibidos y el cariño que me brindan.
- A MIS AMIGAS:** Vivian Sic, Licda. Glendi Montepeque, Damaris Montenegro, Dinora Ramos, Valeska Monzón, por acompañarme a lo largo de la carrera haciendo de ella una experiencia maravillosa.



- A:** Mi asesora Annabethsy Leonardo, por los conocimientos compartidos.
- A:** Mi padrino de graduación Lic. Oscar Schaad, por ser un digno ejemplo profesional.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, por concederme el honor de formar parte de la tricentaria USAC.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi eterno agradecimiento.



PRESENTACIÓN

Según la investigación realizada respecto a aplicar el principio de igualdad al otorgar la tutela según el Artículo 299 del Código Civil Decreto Ley 106, donde se establece un orden de preferencia a falta de padres, no fue constituida con el afán de velar por el bienestar del menor considerando que será el tutor quien figure como una figura de protección para el pupilo.

El objetivo principal de la problemática actual es aplicar la igualdad al otorgar la tutela legítima, como un aporte académico se realizó un estudio acerca de las cualidades que debe tener un tutor considerando que se debe velar por que el pupilo se encuentre en las mejores condiciones tanto físicas, psicológicas sociales y emocionales, existiendo diversos factores a tomarse en cuenta para determinar quién es la persona idónea para el cargo de tutor sin vulnerar la igualdad que debe existir en todas las personas.

El otorgamiento de la tutela legítima pertenece a la rama del derecho civil siendo de tipo cualitativo, debido a que se analizó lo referente al orden que se establece para designar al tutor, actualmente esta normativa no corresponde a las necesidades y las diversas circunstancias en la que se puede encontrarse un pupilo al no estar bajo patria potestad, en la actualidad se busca mejorar el bienestar del menor en cuanto a la capacidad que debe tener el tutor para garantizarle sus derechos, prevaleciendo la igualdad al establecerse la tutela.



HIPÓTESIS

Según la investigación, se deduce que el derecho que tienen todas las personas de ser tratadas con igualdad se ve vulnerado al establecerse un orden preferente al otorgarse la tutela legítima, así como el derecho que tienen los menores que se vele por su integridad y el bienestar al no encontrarse bajo patria potestad.

En la actualidad el orden de preferencia al otorgarse la tutela legítima establecido en el Código Civil, ya no se encuentra acorde a los avances que se han dado respecto a la igualdad de género y a las cualidades que deben considerarse para poder nombrar al tutor, garantizando los derechos del pupilo; por lo que debe reformarse el Artículo 299 del Código Civil Decreto Ley 106, para que su objetivo primordial sea el bienestar del menor sin establecer un orden de preferencia.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se pudo demostrar que han existido avances en cuanto a la igualdad de género beneficiando significativamente a la sociedad guatemalteca, pero que aún no se ven reflejados en la legislación vigente debido a que no son congruentes con la evolución constante que ha tenido el derecho, siendo necesaria la reforma de la legislación actual en cuanto a la tutela legítima, también es conveniente que se regule el análisis de las cualidades que debe tener el tutor.

En la investigación los métodos utilizados fueron el hipotético deductivo, permitiendo plantear la hipótesis que fue comprobada mediante el análisis y la inducción, debido a que se relacionó la doctrina y la legislación con la situación actual, obteniendo de ello un análisis significativo para la protección de los derechos del pupilo tanto como de la aplicación del principio de igualdad.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. La tutela 1

 1.1. Origen de la institución 1

 1.2. Definición de tutela 9

 1.3. Características de la tutela 13

 1.4. Elementos de la tutela 13

CAPÍTULO II

2. Legislación nacional e internacional 15

 2.1. Constitución Política de la República de Guatemala 15

 2.2. Código Civil Decreto Ley 106..... 16

 2.3. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto Ley
 número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala 26

 2.4. Declaración Universal de los Derechos Humanos 35

 2.5. Declaración de los Derechos del Niño 38

 2.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos 44

 2.7. Convención sobre los Derechos del Niño 46



CAPÍTULO III

Pág.

3. Tutela legítima	53
3.1. Antecedentes.....	53
3.2. Inhabilidad y excusas para la tutela.....	57
3.3. Prohibiciones para el tutor.....	60
3.4. La protutela.....	64
3.5. La curatela.....	66

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de aplicar el principio de igualdad, al otorgar la tutela en ausencia de los padres del menor	69
4.1. Forma en que se otorga la tutela legítima según el Código Civil Decreto Ley 106.....	69
4.2. Otorgar la tutela sin orden de preferencia a falta de los padres, aplicando el principio de igualdad.....	74
4.3. Las desventajas que representa para el pupilo la forma en que se otorga la tutela legítima	76
4.4. Características que deben analizarse para otorgar la tutela legítima	81
4.5. Reforma del Artículo 299 del Código Civil Decreto Ley 106.....	84
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

A lo largo del tiempo se ha buscado la igualdad entre hombres y mujeres, es por ello que al estipular la tutela legítima con orden de preferencia, se vulnera el principio de igualdad; según este principio, todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, su objetivo principal debe ser solamente buscar el bienestar del pupilo, es necesario realizar un estudio socio económico y de diversas características que el tutor debe tener antes de otorgar la tutela, para con ello determinar la estabilidad del menor, sin vulnerar el principio de igualdad.

En base al Artículo 299 del Código Civil, que regula lo concerniente a la tutela legítima estableciendo un orden de preferencia en relación a los familiares que han de ejercer el cargo de tutor, cuando no se encuentra bajo la patria potestad, se realizó el estudio de la presente investigación; aplicar el principio de igualdad, al otorgar la tutela en ausencia de los padres del menor.

La problemática que sirvió de base para realizar la presente investigación, parte de la necesidad que todas las personas sean tratadas con igualdad sin vulnerar sus derechos, pues la misma norma legal limita el campo de acción de los jueces, al regular en forma taxativa el orden de preferencia de los llamados a ejercer la tutela legítima, es necesario que se analicen diversos factores antes de otorgar la tutela del menor.

Las técnicas de investigación empleadas, fueron básicamente los siguiente métodos: el analítico para estudiar la importancia de que se aplique la igualdad al otorgar la tutela legítima; el deductivo para determinar las características que se consideran necesarias para que una persona pueda ser designada como tutor; el inductivo para elaborar el marco teórico que fundamenta este informe. Para la recolección del material que dio base al tema se utilizó la técnica bibliográfica documental.

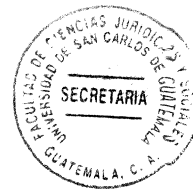


La hipótesis fue comprobada, porque pese a que en la actualidad se ha buscado la igualdad para todas las personas sin distinción alguna el Código Civil establece la tutela legítima con un orden de preferencia para la línea paterna, vulnerando con ello la igualdad que debe existir para todas las personas, tanto como buscar el bienestar del menor que no se encuentre bajo patria potestad.

Debido a lo anterior se cumplieron los objetivos esperados, siendo necesario reformar el Artículo 299 del Código Civil al determinarse que se vulnera el principio de igualdad al establecer un orden de preferencia para otorgar la tutela, con la reforma de dicho artículo se propone que se realice un estudio de las cualidades que debe tener el tutor buscando el bienestar del menor.

El trabajo de tesis está compuesto por cuatro capítulos: En el capítulo uno, se desarrolla el origen de la tutela, las diferentes definiciones de tutela sus características y elementos. En el capítulo dos se analiza la legislación nacional e internacional. En el capítulo tres se desarrolló la tutela legítima, los antecedentes, las inhabilidades y excusas que pueden presentarse para la tutela, las prohibiciones para el tutor, en el caso del mayor de edad declarado en estado de interdicción la curatela y la figura del protutor. En el capítulo cuatro se indica la necesidad de aplicar el principio de igualdad, al otorgar la tutela en ausencia de los padres del menor, la forma en que se otorga la tutela legítima según el Código Civil, tanto como poder otorgar la tutela sin orden de preferencia, aplicando el principio de igualdad, las desventajas que representa para el pupilo, la forma en que se otorga la tutela legítima, y se plantea la necesidad de reformar el Artículo 299 del Código Civil Decreto ley 106.

Esperando que la información contenida en la tesis, sea de ayuda para que se cumplan con los derechos y el bienestar de la sociedad en general, buscando el bien común.



CAPÍTULO I

1. La tutela

1.1. Origen de la institución

Para explicar el origen de la tutela, es necesario analizar ciertos aspectos del derecho romano, es allí donde narra la historia, en que los pueblos anteriores a la civilización romana, no era posible aceptar una idea de la tutela, pues existiendo en ese entonces la más cerrada organización patriarcal, los hijos eran considerados como un objeto o una propiedad del padre o del grupo y carecían de los derechos inherentes a la persona individual. Se puede decir, que fue la civilización romana la que estableció el origen de la tutela.

La palabra tutela proviene del sustantivo latino tutela ae, que significa protección o defensa y tutela ae proviene de tutoraris ari verbo que significa fundamentalmente defender, guardar, preservar, sostener, sustentar, socorrer. Se puede considerar como el poder otorgado por el derecho civil a una persona con el objeto de que ésta proteja a otra incapaz por razones de edad o de sexo. Anteriormente a los romanos, la tutela no era totalmente considerada como positiva, considerando que la familia se organizaba en forma patriarcal, y los hijos se consideraban como propiedad de los padres o totalmente del grupo y necesitados de los derechos inherentes de cada persona.



“La institución tutelar se configura en Roma como una protección hacia la incapacidad normal que se daba en los menores que no están bajo la patria potestad y a las mujeres púberes sui juris (mujeres en la pubertad con derecho pleno al matrimonio), ya que a ellas también se les atribuía ese estado”.¹

En el derecho romano se conocieron dos instituciones por aparte: ambas se referían a la asistencia y protección pero se diferencian en que, la tutela implicaba la tutela y la curatela, ambas se referían a la asistencia y protección pero se diferencian en que, la tutela implicaba el cuidado de la persona y la curatela el cuidado de los bienes, y al paso del tiempo y experiencias, el desarrollo de la institución de la tutela abarcó a la persona y a los bienes de la misma, mientras que la curatela sólo se dedicaba al cuidado de los bienes.

“En Roma primitiva se hizo una comparación entre ésta y las tribus germánicas, en la cual se regulaba que la tutela era una potestad similar a la patria potestad que se estableció en beneficio del heredero varón; su principal objetivo fue el salvaguardar el patrimonio e impedir que el incapaz pudiera por su impericia dilapidar sus bienes recibidos por herencia de los padres y que por lo mismo es necesario conservar para la familia civil”.²

¹ Vázquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil**. Pág. 217.

² *Ibid.* Pág. 218.



Esta concepción se fue borrando entre los romanos y dio lugar a la idea moderna de que la tutela tuviera como fin esencial es de la protección del hijo, por lo tanto la tutela ya no solo salvaguarda el patrimonio del menor o incapaz, sino que además le daba formación y educación.

La diferencia que se daba entre la tutela romana y la francesa, era que la romana ofreció siempre un aspecto distinto de la tutela francesa en las formas siguientes:

- a) El derecho romano no instituyó un órgano de alta tutela, encargado de vigilar e inspeccionar al tutor.
- b) La tutela no se constituía en Roma, más que cuando el hijo se convertía en sui juris (de derecho suyo), es decir, quedaba sustraído a la patria potestad por la muerte del padre y de sus ascendientes paternos o por la emancipación.
- c) La tutela terminaba con la impubertad, es decir, a los doce y catorce años de edad.

En el derecho romano la tutela era la institución que se caracterizaba, por ser una potestad que una persona con autoridad tiene sobre otra libre, que el derecho civil acuerda para amparar a ésta última, quien no puede protegerse sólo en virtud de su edad.



Los elementos de la tutela en el derecho romano eran; poder, autoridad, protección y defensa que resultan con claridad de la actividad de los tutores que tienen esa autoridad y es por ello que se les llama protectores o defensores.

“El origen de la tutela, es anterior al Derecho Romano. Los pueblos primitivos, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius dominicale*”.³

Los que se encontraban bajo el dominio patriarcal, que no tenían derechos propios, no existía el derecho jurídico y por ende no era concebible la tutela, después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejerciendo sobre él, el mismo poder y dominio.

Según la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era ésta establecida en interés de la familia para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos.

³ Castan Tobeñas, José. *Derecho civil*. Pág. 959.



La tutela era, legítima y familiar luego desenvolviéndose la intervención del padre, y de la autoridad pública pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental, para convertirse en órgano de protección pupilar. Es aquí cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente es concebida.

Así, resulta consecuente la etimología de la palabra tutela que derivó del verbo latino *tueor*, defender, proteger, cuidar, ya con base conceptual.

“La tutela es fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil, sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse”.⁴

En la antigüedad la tutela, era atributo de la manus o potestas, como lo prueba el hecho mismo de que falte entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. Paterfamilias y tutor son una misma persona: la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

Más tarde se llamaría familia *communi iuree*, no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. Y si esto ocurrió

⁴ *Ibid.* Pàg. 965.



de tal manera, parece lo más probable que la tutela no se configura como, **bis ac potestas**, subsistente por sí, sino como uno de los atributos de la manus.

La tutela y herencia se muestran en íntima conexión, las vocaciones tutelares y hereditarias se conciben de acuerdo con un común determinante: la naturaleza del grupo familiar. El tutor, es en primer término, el nombrado en testamento y, a falta de designación, o existiendo sólo impúberes o mujeres, asume la tutela el próximo en el orden respectivo de la familia.

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

La tutela legítima, es designada a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el orden de llamamientos que rige en materia de sucesión.



Las XII tablas confieren la tutela al más próximo pariente en línea masculina y, en su defecto, a los gentiles. Desaparecida luego la clase de los gentiles, el llamado a la tutela legítima, en el curso de la época clásica, no es otro que el heredero más próximo.

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

La tutela dativa, fue introducida por Lex Atila, anterior al 186 a. de C., siendo extendida a las provincias por las leyes, para atender a los casos en que faltare al impúber el tutor testamentario y el legítimo.

En los orígenes, no otro distinto del páter familias es el que ejerce la potestad, porque únicamente él tiene poderes familiares. Y si en el derecho histórico fue posible investir en la tutela a persona distinta del páter familias, todavía se mantuvo por largo tiempo la idea de que sólo el páter familias, está autorizado para nombrar tutor, y en el acto del testamento por el cual se provee a instituir heredero.



Al entrar en quiebra la unidad compacta de la familia, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo propia fisonomía y propia denominación, ambas formas de tutela no sirven en principio, a una función de asistencia o protectora del incapaz.

Sólo al correr del tiempo, y por obra de una continua acción estatal, la tutela pierde su viejo carácter de potestad inherente a semejante posesión, así como toda nota de interés personal; en la época post clásica, la tutela es un oficio oneroso, a la vez que un deber público.

La tutela es un poder tuitivo, diferente al poder absoluto que antiguamente ejercía el padre, aunque guarda cierta relación con la patria potestad; abandonado el concepto de patria potestad como poder omnímmodo supremo, enmarcada su función en un conjunto de derechos y obligaciones, vienen a ser determinantes para diferenciar una y otra institución las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado, y la circunstancia de que la tutela carece de la intimidad, plena confianza y totalidad que la ley otorga a la patria potestad caracterizándose la tutela, en términos generales por la frialdad formalidad y rigidez de su ejercicio, así como por la fiscalización de que es objeto.

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



Es decir, la tutela legítima posee el carácter de accesoria, toda vez que se ejerce cuando no existe la tutela testamentaria.

1.2. Definición de tutela

Existen abundantes definiciones de tutela, como de jurisconsultos, tratadistas y autores que han estudiado esta institución que es tan importante para la sociedad, sin embargo, todos ellos coinciden en que la tutela es la institución que protege a los menores de edad y a los incapaces, en base al estudio de la tutela se dan las siguientes definiciones:

“La tutela es la autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que por minoridad de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil”.⁵

“Una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia y al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismo, para regir en fin su actividad jurídica”.⁶

⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág.314

⁶ De Pina, Rafael. *Elementos de derecho civil mexicano*. Pág.385



“La tutela es la guarda de las personas y bienes o solamente de los bienes de los que no estando bajo la patria potestad son incapaces de gobernarse a sí mismos”.⁷

“El cual refiere que toda tutela es una guarda que significa cuidado, defensa y representación del que está sometido a ella, pues constituye una protección”.⁸

“Es la fuerza y potestad sobre persona libre, otorgada, por el derecho civil para proteger a quien, en razón de su edad no puede defenderse por sí mismo.”⁹

“La tutela es un organismo de representación de los incapaces que se aplica tanto en materia de minoridad, como en caso de interdicción ya que existen países como Suiza, España y Alemania, en donde se han refundido la tutela y la curatela en atención a que lo que interesa, según estas legislaciones es proteger al incapaz, no interesa la causa de esa incapacidad”.¹⁰

“La tutela es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un encargo que la ley nos impone, y nos otorga la función específica de proveer a la defensa y protección del incapaz”.¹¹

⁷ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil**. Pág. 476.

⁸ Rodríguez Servio. **Derecho Romano**. Pág.357.

⁹ Vásquez Carlos, **Derecho civil I**, pág.222.

¹⁰ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág.996.

¹¹ Castan Tobeñas, José. **Derecho civil**. Pág. 958.



“La tutela en el derecho civil Argentino es una institución que la ley confiere para representar y gobernar la persona y los bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a la patria potestad”.¹²

“La función de la tutela señalando que es una institución de amparo, en donde se procura que alguien llene el vacío dejado por falta de los padres del menor, velando por su salud moral, atendiendo su educación, administrando sus bienes, debido a que el menor no puede realizarlo por falta de aptitud natural”.¹³

De las anteriores definiciones se dice que la tutela es una institución jurídica, porque contempla un conjunto de normas y preceptos legales debidamente enlazados, que lleva como fin primordial la asistencia social a los jurídicamente incapaces, y a la protección de su patrimonio, si lo tuvieren.

Es confiada a una persona jurídica individual como lo es el caso de la tutela legal, que el Estado por medio de los propietarios y directores de los establecimientos de asistencia, ya sean de orden privado o estatal, reciben a su cuidado al menor o incapaz.

La protección y el cuidado de la persona o patrimonio, ha de referirse siempre a un incapaz legal carente de patria potestad, ya que la tutela protege, dirige y representa a

¹² Capitant Henri. Redactado por varios profesores de derecho, magistrados y jurisconsultos franceses, **Vocablo Jurídico**. Pág. 380.

¹³ Borda Guillermo. **Derecho civil**. Pág. 321.



un menor de edad, o bien a un mayor de edad declarado interdicto legalmente, siempre y cuando sobre ambos no exista la patria potestad.

La Procuraduría General de la Nación o cualquier persona capaz, debe hacer la denuncia del hecho ante la autoridad competente para que se nombre un tutor que represente al menor y administre sus bienes si fuera mayor de edad, se haga la declaración de interdicción civil, y se le nombre al incapaz un tutor.

La tutela puede ser definida como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su protección, bajo control judicial.

En cuanto a los sistemas de la tutela, en la doctrina se pueden distinguir dos:

- a) El sistema de tutela de familia, en la que la función tutelar se encomienda al grupo familiar del pupilo; y,
- b) El sistema de tutela de autoridad, en la que el tutor se encuentra bajo la vigilancia, supervisión y control de la autoridad pública.

De acuerdo a lo que regula el Código Civil Decreto Ley 106, el sistema guatemalteco es mixto, pues por un lado, la tutela es encomendada a los familiares del pupilo, pero por



otra parte intervienen las autoridades para el discernimiento del cargo, específicamente en la tutela legítima y la judicial, donde existe intervención del juez y, en el caso de la rendición de cuentas de la tutela.

1.3. Características de la tutela

- a) Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad, o por determinadas circunstancias físicas o mentales no puede valerse por sí misma y no está bajo la patria potestad.

- b) El cargo de tutor es un cargo público de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva.

- c) La tutela es substituta de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses del tutelado.

1.4. Elementos de la tutela

- a) Elemento personal: Lo componen tanto el tutor quien ejerce la tutela como, el pupilo objeto de la protección.



- b) Elemento formal: El Código Civil Decreto Ley 106 es la legislación que regula esta institución jurídica, específicamente en los Artículos del 293 al 351.
- c) Elemento teleológico: Lo componen el cuidado y protección del menor de edad, así como de sus bienes.



CAPITULO II

2. Legislación Nacional e Internacional

2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Artículo 4. "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 Constitución establece la igualdad que debe haber entre hombres y mujeres es por ello que cuando se otorga la tutela se debe velar por el bienestar del menor realizando un análisis de las condiciones necesarias con las que debe contar el tutor para poder ser apto no específicamente colocando al hombre como la persona más idónea.

Artículo 51. "Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud y seguridad y previsión social".

El Estado garantiza la protección de los menores de edad y los ancianos, velando para que tengan los derechos básicos como la alimentación, salud y seguridad.



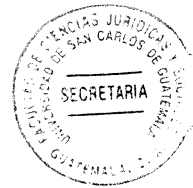
Artículo 53. “El Estado garantizará la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación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

Se establece como una obligación del Estado proteger a los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, debido a que no puede condenárseles a la pérdida de un derecho adquirido legalmente bajo el argumento de que no cumplió determinado requisito”.

El Estado como sujeto activo garantiza velar para que los menores los incapaces o interdictos cuenten con los derechos que la ley establece, buscando la protección de las personas con capacidades especiales tratando que se rehabiliten y puedan incorporarse a la sociedad como miembros activos.

2.2. Código Civil Decreto Ley 106

Artículo 293. “Casos en que procede. El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. 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”.

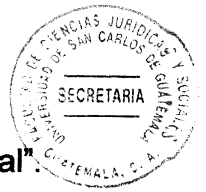
Buscando el bienestar del menor y del mayor de edad declarado en estado de interdicción el Código Civil establece la tutela para amparar y proteger los intereses de los menores e interdictos, el tutor adquiere la responsabilidad de velar por la estabilidad y el buen manejo de los bienes.

Artículo 294. “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados”.

Debe de actuarse de manera personal debido que representan el cuidado y protección que necesita un menor o un interdicto por lo cual se considera indelegable, por ser una responsabilidad.

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

Todas las personas están obligadas a poder desempeñar el cargo de tutor o protutor para poder resguardar la integridad del menor de edad o del mayor de edad declarado en estado de interdicción.



Artículo 296. “Clases de tutela. La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial”.

El Código Civil establece tres tipos de tutela sin embargo la doctrina considera que existen siete tipos de tutela siendo las siguientes:

- a. tutela testamentaria
- b. tutela legítima
- c. tutela judicial
- d. tutela específica
- e. tutela especial
- f. tutela legal
- g. tutela provisional

Artículo 297. “La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo, y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo”.



Este tipo de tutela se designa de manera solemne por medio del testamento, indicando el tutor para el menor o interdicto, nombrado ya sea por los padres, abuelos o cualquier otro testador según sea el caso.

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

El Código Civil les otorga a los padres o abuelos en su caso el derecho de poder nombrar un tutor y un protutor ya sea de manera colectiva o individual, pudiendo también nombrar a un sustituto si no pudiera ejercer la tutela el que se encuentre nombrado.

Artículo 300. Judicial. “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente cuando no haya testamentario ni legítimo. Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista.

Para la designación del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el artículo anterior”.



En este tipo de tutela el juez es quien decide a quien otorgar la tutela, considerando el bienestar del menor o del interdicto. La legislación constituye esta tutela como un recurso final en el caso de que no existan parientes cercanos para ser constituidos como tutores legítimos.

Se debe tomar en cuenta que la persona tenga la aptitud y capacidad para poder ejercer el cargo, considerando ciertos aspectos como la cultura, educación, solvencia económica y factores que influyan en el bienestar del menor o del interdicto.

Artículo 301. "Tutela de los declarados en estado de interdicción. La tutela de los mayores de edad declarados en 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".

Considerando que ya son personas mayores de edad se presume que pueden estar casados y es el motivo por el cual se toma como primer persona para que sea tutor el cónyuge, en su defecto se le otorga a los padres del interdicto y si a falta de cónyuges y padres se le otorga a los hijos mayores de edad, o los abuelos.



Artículo 302. “Si hallándose en ejercicio un tutor legítimo o judicial apareciere el testamentario, se transferirá inmediatamente a éste la tutela”.

Debido a la importancia que tiene la voluntad de los padres al instituir tutor testamentario se le da prioridad al testamento aunque ya se encuentre en el ejercicio un tutor legítimo o judicial, respetando así la voluntad de los padres.

Artículo 303. “Derecho de los menores que han cumplido dieciséis años. A los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento; y si carecieren de tutor testamentario tendrán derecho a proponer candidato entre sus parientes llamados a la tutela legítima, o a falta de éstos, a persona de reconocida honorabilidad para que ejerza la tutela judicial”.

Al tener 16 años el menor ya puede dar su opinión sobre la administración de sus bienes también puede proponer a falta de tutor uno que el considere idóneo tomando en cuenta que sea una persona confiable con cultura y un estándar de vida adecuado para poder velar por la integridad del menor y de sus bienes.

Artículo 304. “Protutor. El protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio.



La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúna las condiciones de notaria honradez y arraigo”.

En este artículo se designa al protutor como una persona designada para ejercer el cargo creado para ejercer funciones de intervención o vigilancia de las acciones de representación y administración del pupilo y de sus bienes, se considera como un fiscalizador.

Artículo 305. “El protutor está obligado:

1º. A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor.

2º. A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;

3º. A promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviere ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;

4º. A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y



5º. A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley”.

Artículo 306. “Tutores específicos. Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos”.

Para evitar la controversia que pudiera surgir, cuando en determinado caso sean varios pupilos sujetos a la misma tutela, el juez puede establecer para cada pupilo un tutor específico y así dirimir el conflicto que se pudiera dar.

Artículo 307. “Mientras no se nombre tutor y protutor y no se discernan los cargos, el juez, de oficio, o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado de la persona del menor o Incapacitado y la seguridad de sus bienes”.

Cuando el pupilo aún no se encuentre bajo tutela se debe velar porque cuente con los cuidados básicos y necesarios para su bienestar y la buena administración de sus bienes.

Artículo 308. “Tutores legales. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes



legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento”.

En el caso que los menores se encuentren en establecimientos de asistencia social son reconocidos por la ley como los representantes de los menores o de los incapacitados, ellos tendrán toda la responsabilidad de los menores y responderán por ellos como un tutor establecido.

Artículo 310. “Los extranjeros no están obligados a aceptar el cargo de tutor o protutor, sino en el caso de que se trate de sus parientes y connacionales. La admisión de tales cargos, no implica la adquisición de la nacionalidad guatemalteca”.

En el caso de los extranjeros el Código Civil no establece que sea obligatorio aceptar el cargo de tutor ya que pueden estar en el país de manera transitoria y la responsabilidad que lleva la tutela es de manera permanente y requiere tener la capacidad y estabilidad necesaria para poder educar a un menor y brindarle todo lo necesario en su desarrollo, físico emocional y psicológico.

Artículo 311. “El discernimiento de la tutela, se rige por la ley del lugar y del domicilio del menor o incapacitado.



El cargo del tutor, discernido en país extranjero, de conformidad con las leyes de dicho país, será reconocido en la República.

La tutela, en cuanto a los derechos y obligaciones que impone, se rige por las leyes del lugar en que fue discernido el cargo”.

Se puede establecer la tutela en otro país y tendrá un reconocimiento legítimo en la República de Guatemala, a modo de que el menor o incapacitado esté protegido íntegramente tanto física como la guarda y la buena administración de los bienes.

Artículo 312. “Las facultades de los tutores, respecto a los bienes que el menor o incapacitado tuviere fuera del lugar de su domicilio, se ejercitarán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados”.

Los bienes que los menores o declarados en estado de interdicción tengan serán administrados por los tutores designados teniendo como obligación fundamental la buena administración de los mismos rigiéndose por las leyes donde se encuentren ubicados dichos bienes y con ello garantizar el bienestar del patrimonio.

Artículo 313. “Las disposiciones relativas a los tutores, regirán para las personas que administren bienes de menores o incapaces, en casos determinados”.



Los tutores o administradores de bienes de menores o incapaces se deben de registrar por las disposiciones legales para resguardar la integridad de los menores y cuidar los bienes que tengan a su cargo, rendir cuentas de los mismos buscando la estabilidad del menor.

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

“La aprobación de la propuesta de la nueva ley del niño, niña y adolescente que desde 1995 fue presentada al Congreso de la República, vino a romper con concepciones conservadoras, tradicionalistas. Tienen sus bases en la doctrina de la situación irregular de la niñez dada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues es más acorde a la vida moderna y realidad que afronta la niñez y adolescencia guatemalteca.

El Congreso de la República suspendió indefinidamente la entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Juventud a través del Decreto 4-200 por el que el mismo fue impugnado por organizaciones pro derechos de la niñez, ante la Corte de Constitucionalidad (CC). La Corte resolvió expediente 1351-2000, con lugar la inconstitucionalidad general parcial del Artículo 1 del Decreto 4-200º del Congreso de la República, el cual fue emitido en contravención del Artículo 180 de la Carta Magna generando inseguridad jurídica. El 16 de Mayo fue emitido el Congreso de la República



que el Código de la Niñez y la Juventud tenían que entrar en vigencia, por lo que el legislador fijó finales del 2003 para ello”.¹⁴

Viendo la necesidad de promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia guatemalteca, especialmente de aquellos con sus necesidades parciales o totalmente insatisfechas, así como adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la normativa internacional sobre la materia, se aprueba la Ley de Protección Internacional de la Niñez y Adolescencia.

El Estado garantiza mantener a los habitantes de la nación en el pleno goce de sus derechos y de sus libertades, siendo su obligación proteger la salud física, mental y moral de la niñez y la adolescencia.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es una ley que funciona como un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático con respeto a los Derechos Humanos. Todo ello de acuerdo al Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

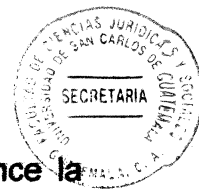
¹⁴Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala ODHAG. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala. Pág.23.



En el año 2003 fue aprobada la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Ley PINA) se ratifica el compromiso que Guatemala tiene a nivel internacional en relación a los derechos de los niños y niñas siendo uno de los primeros pasos para reconocer a los adolescentes como sujetos de derechos.

Surge como una iniciativa, pero esta ley nace no solo para favorecer a los menores, sino también a la población en general protegiendo los derechos que son violados por la misma sociedad. Luego de la aprobación de la Ley de Protección Integral se da inicio a la institucionalidad en materia de Niñez y Adolescencia como ente principal la Comisión de la Niñez y la Adolescencia esta tiene la facultad de promocionar y divulgar los derechos de los niños, además velar por el cumplimiento, monitoreo y seguimiento de las políticas destinadas para la protección íntegra de su desarrollo; se determinaron sanciones a implementar para así garantizar la plena vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia es la instancia paritaria, deliberativa y propositiva; rectora en materia de políticas de protección integral. Su asamblea está conformada paritariamente por el Estado y organizaciones no gubernamentales que realizan acciones y desarrollan programas a favor de la niñez y adolescencia (sociedad civil); sus decisiones son autónomas y propositivas.



Para la Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, es un gran avance la reproducción de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, divulgar instrumentos que fortalezcan la implementación y el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cumpliendo así con los requerimientos de la sociedad guatemalteca y compromisos asumidos internacionalmente.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es una ley que funciona como un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático con respeto a los derechos humanos. Todo ello de acuerdo al Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Con esta ley se demuestra el compromiso de accionar en favor de mejorar la calidad de vida de los niños, niñas y adolescentes del país contribuyendo al desarrollo brindando soluciones viables a los problemas que aquejan a la sociedad.

Según lo anteriormente expuesto, el país ya cuenta con un marco jurídico mínimo que crea la institucionalidad para articular un sistema de protección especial orientado a promover acciones para el cese de las amenazas a los derechos de la niñez y la restitución de aquellos derechos que les han sido violados, así como el establecimiento de un sistema de justicia penal juvenil.



En los siguientes artículos se desarrollan los derechos con los que deben contar los menores y declarados en estado de interdicción, la protección necesaria que deben tener resguardando su integridad física estableciéndose en los siguientes artículos:

Artículo 2. “Definición de niñez y adolescencia. Para los efectos de esta ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”.

Se establece una edad determinada para la niñez y adolescencia por ello se considera que en la adolescencia ya cuenta con mayor desarrollo intelectual y analiza las diferentes situaciones en las que pueda encontrarse, como los derechos con los que cuenta y las obligaciones, según la capacidad que pueda tener para cumplirlas.

Artículo 3. “Sujeto de derecho y deberes. El Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la presente ley y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva”.



Los padres o tutores de los niños, niñas o adolescentes cuentan con determinados derechos y obligaciones las cuales el Estado garantiza el debido respeto para las mismas tomando en cuenta la legislación nacional e internacional para que se desarrollen según las disposiciones legales.

Artículo 4. “Deberes del Estado. Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, es deber del Estado que la aplicación de esta ley esté a cargo de órganos especializados, cuyo personal deberá tener la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, según la función que desempeñe y conforme a las disposiciones generales de esta ley”.

Considerando la importancia que debe tener la niñez y los adolescentes su protección es una prioridad, tanto como velar por que se cumplan las leyes necesarias para que puedan desarrollarse en los diversos campos como la educación, deporte y cultura en un ambiente propicio, contando con un marco jurídico adecuado.



Artículo 5. "Interés de la niñez y la familia. El interés superior el niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.

El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia".

Los niños, niñas y adolescentes cada uno poseen determinadas características, fundadas en su propia condición socioeconómica, origen cultural, descendencia étnica y proyección social. En la sociedad guatemalteca la multiculturalidad es la esencia de la identidad, los derechos de los menores e interdictos deben estar garantizados, defendidos y ejercidos por todos. No se podrán disminuir los derechos que la ley le otorga a los menores, se



debe buscar la integridad de la familia teniendo una comunicación estrecha entre padres tutores o encargados para con sus hijos mediante la cual se promueva el bienestar de sus miembros.

Artículo 6. “Tutelaridad. El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

- a. Protección y socorro especial en caso de desastres.
- b. Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública.
- c. Formulación y ejecución de políticas públicas específicas.
- d. Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescencia”.

El Estado les garantiza la protección jurídica a los niños, niñas y adolescentes proporcionándole ayuda y atención en casos especiales como los desastres que en su mayoría, la población que se ve más afectada son los menores y las personas de la tercera edad. En este artículo se promueven derechos entre las familias, los servicios de protección local y los sistemas judiciales para que los niños, niñas y adolescentes del país estén protegidos.



Artículo 18. “Derecho a la familia. “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”.

Se debe de reconocer a la familia como la base de la sociedad ya que es en el hogar donde los menores y los adolescentes se forman y se da una iniciación de valores y enseñanzas, definiéndolo de una manera más estructurada “Entidad en un sentido amplio, la familia es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, por la filiación, y también excepcionalmente por la adopción. En sentido más limitado a los miembros de la familia que viven en mismo techo, sujetos a dirección y con los recursos del jefe de la casa. En sentido primitivo de la palabra familia que se designaba especialmente la casa, y que aún se encuentra en las expresiones francesas: vida en familia, hogar de Familia”.¹⁵

Artículo 19. “Estabilidad de la familia. El Estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral”.

¹⁵ Marcel Planiol y George Rigert, **Tratados de derecho civil**, pág. 281 y 282.



La estabilidad familiar es fundamental para la protección de los distintos derechos y la optimización de la atención y las necesidades propias de los niños, niñas y adolescentes. Una responsabilidad que debe ocupar la administración del Estado es la de velar para que las retribuciones salariales sean humanas, y dignas ya que con ello los padres pueden brindarle a sus hijos mejores condiciones de vida, permitiéndole a los padres o tutores atender sus obligaciones y responsabilidades, entre los que destaca por su trascendencia social la atención a la familia, fomentando valores y buenos principios morales y el apoyo que todos los niños y adolescentes necesitan.

Corresponde a los padres la responsabilidad de analizar de mutuo acuerdo, la capacidad que tienen para criar a sus hijos de una manera adecuada y que con ello puedan crecer en un ambiente adecuado y digno para todos los niños y adolescentes, la comunicación entre los miembros de la familia es una de las necesidades básicas para la estabilidad familiar.

2.4. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el Estado asegura los derechos reconocidos en la ley a toda persona dentro de su jurisdicción, el reconocimiento de los derechos humanos ha tenido cierto impacto en los derechos de los niños, en particular en las áreas donde a los niños se les daba un trato inhumano y degradante, donde existía una carencia de educación y no se respetaban los derechos de los menores.



Se debe considerar una cuestión esencial, que el derecho no debe alejarse de la realidad, ya que no se puede olvidar la triste realidad que se vive en diversos países en cuanto a las condiciones en las que se viven en diferentes áreas, es importante resaltar que con la Declaración de los Derechos Humanos se da un paso hacia adelante, se afirma la voluntad de cambiar y mejorar, mediante la aplicación efectiva y justa de la norma jurídica, a una realidad negativa que va progresando paulatinamente.

La ONU deseaba presentar una carga de derechos fundamentales que exigiera a los gobiernos a respetarla esto se dio luego de la Declaración de los Derechos Humanos. Estos movimientos surgieron en el tiempo en el que transcurría la guerra fría y tras arduas negociaciones la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en Nueva York dos textos complementarios a la Declaración de los Derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecía el derechos a poseer un nombre y una nacionalidad.

Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de Diciembre de 1948, la Declaración Universal estipula dentro de sus considerandos la importancia de la aplicación de los derechos a nivel general tomando en cuenta que se violan los derechos humanos de un gran porcentaje de la población.



La Declaración Universal de Derechos Humanos en lo concerniente a la familia regula lo siguiente:

Artículo 16. “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Solo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El derecho de poder casarse y tener una familia conlleva a tener obligaciones, ya que todo lo que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos no será una realidad sin una mejora radical de las condiciones del núcleo familiar, y la protección que el Estado debe de proporcionar a toda la población. La familia como base de la sociedad, es regulado a nivel de tratados de derecho internacional, y en el caso que nos ocupa, es la familia en el sentido extenso de la palabra quien debe velar por la protección y bienestar de los menores de edad y de aquellos que hayan sido declarados en estado de



interdicción, por lo tanto es de trascendental importancia el fortalecimiento de la familia, para que pueda en todo momento auxiliar en lo concerniente al discernimiento del cargo de tutor.

Se debe dar un desarrollo que es necesario e imprescindible, acompañado de un mejoramiento ético y cultural, tanto como la solidaridad que se debe dar entre todas las personas, esto puede darse en medio de una familia fundada en el amor y la buena comunicación, fortaleciendo así a los niños, niñas y adolescentes formando en ellos unos futuros adultos con valores, listos para enfrentar cualquier dificultad, siendo conocedores de sus derechos.

2.5. Declaración de los Derechos del Niño

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



Con esta declaración se lleva a cabo la aplicación del principio de interés superior del niño en diferentes países, se plantea el desarrollo de una mayor sensibilidad cultural para poner en práctica los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El Estado y la misma sociedad son los encargados de tutelar los derechos de los niños junto a las propias familias. Ofreciendo las mínimas condiciones para un desarrollo y maduración como persona, que permita al niño llegar a ser miembro activo de la sociedad en la que vive, pero en la mayoría de países han tomado una actitud pasiva ante esta situación, es por eso que se necesita definir el papel que deben desempeñar y los principios en los que se deben basar, para que no se vulnere el derecho de participación que tienen los niños, y adolescentes.

Considerando que la participación de los niños, niñas y adolescentes dentro del contexto de los Derechos Humanos significa que toda persona, independientemente de su raza, edad, sexo, o clase social tiene el derecho y puede influir, ya sea de manera directa o indirectamente mediante representantes, en el proceso de toma de decisiones en los aspectos que afectan a su propia vida dentro de la comunidad.

La Declaración de los Derechos del Niño, regula la protección de los menores, debido a que por su condición son más vulnerables y necesitan de especial protección. Dicha Declaración se compone de un preámbulo y diez principios, esencialmente estos principios contienen:



1. Derecho a la igualdad sin distinción de credo, raza, sexo, color, idioma o nacionalidad;

El derecho a la igualdad es el más importante de todos ya que de él se derivan los demás derechos, la igualdad debe darse a todas las personas sin excepción. En la actualidad se dan muchos casos donde hay discriminación por ser de diferente nacionalidad, etnia o color y esto destruye una buena convivencia. Se busca erradicar la desigualdad y discriminación para construir un mundo en paz donde todos tengan las mismas oportunidades, sin importar credo, raza, color, idioma o nacionalidad.

2. Derecho a un desarrollo físico, mental, moral y espiritual; El niño disfrutará de protección especial, y se le darán oportunidades y facilidades, tomando como base fundamental la ley, promoviendo medios de desarrollo, esto le permitirá crecer en una forma saludable en un ámbito de libertad y dignidad.

3. Se regula que el niño tendrá derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad; el menor tiene derecho a tener una identidad cultural, afectiva, social y así iniciar un desarrollo en su persona.

4. El niño tendrá derecho a recibir alimentación adecuada, vivienda, y servicios médicos; es necesario que todos los niños cuenten con una alimentación adecuada esto contribuirá a un buen desarrollo intelectual, tener un lugar estable en cuanto a la vivienda, si el menor necesita o padece de alguna enfermedad el poder contar con una atención médica adecuada.



5. Derecho a la educación y a cuidados especiales para el niño física o mentalmente disminuido; que el niño que tenga capacidades diferentes ya sean físicas, mentales o socialmente recibirá el tratamiento, educación y atención especiales requeridos por su condición particular. Se les brindarán tratos adecuados para que pueda tener una educación en condiciones de igualdad con los demás menores y pueda tener las mismas oportunidades y forjar un futuro mejor, fortaleciendo su autoestima.

6. Derecho al respeto, a la comprensión y al amor de los padres y la sociedad; otro aspecto importante que preceptúa la Declaración, es lo que se refiere al desarrollo completo y armonioso de su personalidad, puesto que el niño necesita amor y comprensión. Deberá, crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en una atmósfera de afecto y de seguridad moral y material, salvo en circunstancias excepcionales, un niño en la infancia no será separado de su familia. La sociedad y las autoridades públicas, tendrán el deber de proporcionar atención especial a los niños sin familia y a aquellos sin medios adecuados de sostenimiento, buscando proteger la integridad de los menores.

7. Derecho a la educación; el niño tiene derecho a recibir educación, de forma gratuita y obligatoria, proporcionándola de manera universal con igualdad de condiciones para todos los niños, niñas y adolescentes, siendo un conjunto de actividades que mejoran las condiciones de vida de todas las personas, ya que la educación es uno de los instrumentos de desarrollo más poderosos.



8. Derecho a formarse en un espíritu de solidaridad, amistad y justicia entre los pueblos,

Los padres o tutores de los menores, deben fomentar en los niños la solidaridad y la amistad entre sus semejantes, ya que los niños de hoy son los adultos del mañana, si los niños, niñas y adolescentes tienen buenos valores podrán construir un buen futuro para las otras generaciones.

9. Derecho a ser los primeros en recibir ayuda en caso de desastre; el niño en toda circunstancia figurará entre los primeros en recibir protección y socorro, debido a que son seres más indefensos ante las diferentes catástrofes, el hambre, las guerras, los terremotos y diversas dificultades que puedan darse.

10. El niño deberá ser protegido contra todas las formas de abandono, explotación y crueldad; existen diversos malos tratos que pueden ser psicológico, verbal, físico, laboral y sexual. Hay diversos factores de riesgo para que un niño sea maltratado, pero se producen principalmente por una ruptura familiar, por alcoholismo y drogadicción de alguno de los padres, ocasionando con ello abandono y desestabilidad familiar.

Por falta de protección de los padres y hasta cierto punto del Estado se da la explotación de los menores, provocando crueldad en las condiciones de vida de los menores, en algunos casos son los mismos padres los que exponen a los menores a actividades de



explotación laboral. Se debe proteger a todos los niños y adolescentes para que puedan vivir bajo el cuidado de sus padres o tutores brindándole las condiciones necesarias para crecer en un ambiente rodeado de estabilidad y sin traumas.

Los principios son universales e irrenunciables, protegiendo a todos los niños, niñas y adolescentes, velando por sus derechos económicos y sociales, reconociendo a los niños los derechos civiles y políticos, incluyendo el derecho a un nombre y a una nacionalidad, a la libertad de expresión, a participar en las decisiones que afectan a su bienestar y a la protección contra la discriminación por causa del sexo, la raza o su condición de minoría. Igualmente se busca la protección contra el trabajo peligroso, y contra cualquier forma de explotación y abuso sexual, todos estos derechos se unen para asegurar el bienestar y el desarrollo armónico del niño.

Es una necesidad que todos los niños tengan como prioridad la educación, que sea un objetivo primordial para lograr erradicar el trabajo infantil y la pobreza en la que muchos menores viven, también que se puedan reincorporar todos los niños que han desertado por motivos económicos, así como por tener responsabilidades laborales que les impide continuar con su educación.



2.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 17. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".



La familia es una base fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, los padres deben de tener la responsabilidad de una manera equitativa en cuanto al cuidado que deben recibir los hijos así como la protección y asistencia necesarias para poder enfrentar sus responsabilidades dentro de la comunidad reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. No debe haber distinción entre hijos de matrimonio y fuera de él, todos deben de tener los mismos derechos y ser tratados con amor y protección.

El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, esta va iniciar con sus padres o tutores al ser un niño hasta que tenga la capacidad civil donde pueda ejercer derechos y obligaciones por sí mismo.

Se reconoce que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración, teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño, en el seno familiar.



Artículo 19. “Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La niñez y la población en general cuentan con el derecho a cuidados y asistencia especial sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, garantizándole la protección necesaria sin distinción alguna según lo que se proclamó en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Conociendo la necesidad de proporcionar al niño una protección especial se han enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de Noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tanto como en organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar de la niñez y adolescencia.

2.7. Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 6. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.



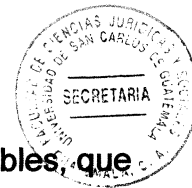
Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El derecho a la vida es el derecho que se le debe reconocer a cualquier ser humano que le protege de ser privado de la vida por otras personas o incluso por su madre, es considerado un derecho fundamental de la persona y jurídicamente es un derecho que nos garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala.

Entre los derechos de las personas, sin duda el derecho a la vida es el más importante, porque es el inicio de los demás derechos, ya que no tendría sentido garantizar la propiedad, la religión o la cultura, si el sujeto al que se los concede no está vivo.

Se debe tomar en cuenta que la protección a la vida no solo trata de impedir la muerte de una persona, también las formas de maltrato que se le puedan ocasionar a las personas y que por ello haga su vida indigna, provocándole problemas físicos y psicológicos, matándolo lentamente, o haciendo de su vida un martirio, todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad para tener una vida digna de todo ser humano.

Artículo 9. “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades



competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, **que** tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento adoptado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

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



Es un derecho del niño vivir con sus padres excepto en determinados casos donde el bienestar del niño no se pueda brindar por los progenitores en el caso que el niño, niña o adolescente se encuentre separado de los padres tiene derecho a tener contacto con ellos, siempre y cuando el motivo de la separación de los padres no se debiera a malos tratos con el menor. En todas las circunstancias se debe buscar la protección del menor, los Estados Partes buscan que los menores no sean separados de sus padres, siempre que los progenitores les brinden el cuidado necesario.

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

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

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



Es responsabilidad de los padres de manera equitativa la educación, alimentación y cuidado de los hijos, así como es deber del Estado brindar apoyo y la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones, en muchos casos no se da el apoyo necesario por parte del Estado, y esto provoca que muchos padres no respeten los derechos que tienen los niños como es el derecho a la educación, en los lugares donde no hay acceso a escuelas públicas muchos niños no tienen la educación necesaria y esto les provoca un déficit en sus desarrollo, en el caso de que los menores se encontraran con un tutor es responsabilidad de este el cuidado de los menores y velar para que tengan un desarrollo óptimo cumpliendo el rol de un padre.

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

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación del niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.



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

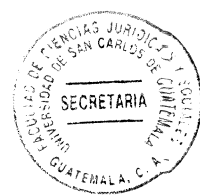
Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de la información sobre los métodos de formación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

Los niños que tengan capacidades diferentes tienen derecho a recibir cuidados, educación y adiestramiento especial, destinados a lograr su autosuficiencia e integración activa en la sociedad, con ello se mejorará su desarrollo físico, psicológico y autoestima facilitando su independencia. Los padres deben estimular a sus hijos con capacidades diferentes para que puedan valerse por sí mismos. Los niños, niñas o adolescentes que



tengan capacidades distintas deben de tener educación adecuada a sus necesidades donde se les estimule de una manera oportuna para que se les rehabilite y tengan un desarrollo individual, espiritual, moral y hasta económico al poder emplearse en un trabajo adecuado a sus capacidades.

De acuerdo a lo expuesto, a las normas jurídicas transcritas, tanto de derecho internacional como de derecho interno; la protección de la familia goza de especial importancia, por ser ésta la base de la sociedad el motivo de la creación de los derechos, merece darle especial énfasis en el presente trabajo.



CAPITULO III

3. Tutela legítima

3.1. Antecedentes

Según el derecho romano, la tutela legítima era la concedida a falta de tutor testamentario de acuerdo con el orden de llamamientos que regía en materia de sucesión ab intestato. Las XII Tablas confieren la tutela al pariente más próximo en línea masculina y en su defecto a los gentiles.

La tutela legítima se dividió en:

- a) Tutela patronal; creada por obra de la interpretación, sobre la base de la relación que media entre la tutela y herencia. Dado que las XII tablas nombran sucesores del liberto, al patrono y a sus hijos, se admitía por los juristas que el patrono y sus hijos venían llamados a la tutela de aquel.
- b) Tutela fiduciaria; el que vendía a un hijo o nieto impúber con la condición de que luego le sea emancipado y una vez que esto ha ocurrido lo manumite, se hace su tutor legítimo. Muerto el padre, la tutela es deferida a sus hijos, y recibe entonces el nombre de tutela fiduciaria.



En el derecho justinianeo, no hay otros derechos fiduciarios que los hijos del que vendía al impúber, de los llamados a suceder en la tutela paterna sobre sus hermanos o hermanas o sobre los hijos emancipados por el abuelo.

- c) Tutela dativa; fue introducida por la Lex Atilia, siendo extendida a las provincias, para atender en los casos en que faltase al impúber el tutor testamentario.

El nombramiento del tutor, se hacía por el pretor urbano, con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe y por el gobernador provincial.

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

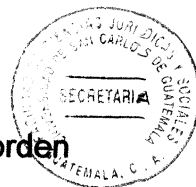
Artículo 299. "Legítima. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

- 1º. Al abuelo paterno;
- 2º. Al abuelo materno;

- 3º. A la abuela paterna;
- 4º. A la abuela materna; y
- 5º. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

La 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”.

Según lo que estipula el artículo anterior, se puede apreciar la desigualdad del Código Civil, al consignar en primer orden la línea paterna sobre la materna; situación que en la actualidad se busca mejorar las condiciones donde prevalezca la desigualdad de género no obstante los resabios que existen al respecto, donde la mujer aún no es considerada como una persona independiente. La mujer con el paso del tiempo ha incursionado en distintos ámbitos donde antes solo les correspondía a los hombres, en tiempos anteriores el hombre era el único que trabajaba y mantenía a la familia dándole con ello superioridad económica y mayor capacidad según la sociedad de ese entonces.



“Es la conferida por la ley a falta de designación por testamento y que recae por orden en el abuelo paterno, en el abuelo materno, en la abuela paterna o materna, y en los hermanos, hermanas y medio hermanos.”¹⁶

Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad, a cargo de personas señaladas por medio de la ley. La tutela legítima hace énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado, tomando en consideración que la finalidad principal es la protección del menor de edad.

La tutela legítima es la que preceptúa la ley en la cual se establece un orden de manera categórica, para determinar quiénes son los llamados al ejercicio de la tutela, entre los familiares del menor; siempre y cuando no se halla conferido la tutela en testamento, pues de ser así esta prevalece, pues ha sido la voluntad del o de los padres, se toma en cuenta que si los padres han decidido dejar como tutores a determinadas personas es porque consideran que son personas idóneas y confiables para la guarda y custodia de sus hijos.

Siendo la ordenada en el testamento por los padres respecto a sus hijos que estando bajo su patria potestad, al momento que estos fallezcan, se convertirán en pupilos del tutor que estos nombren en el testamento de acuerdo a su última voluntad.

¹⁶ Ossorio, Ob. Cit. Pág. 996.



Aquí se demuestra el carácter principal de la tutela testamentaria y el carácter secundario de la tutela legítima, es decir, la tutela legítima sólo existe si falta la tutela testamentaria, caso contrario queda sin efecto con ello se busca el bienestar del menor considerando que si los padres instituyeron en testamento a un tutor es por creerlo una persona apta, la ley a falta de tutor instituido por los padres busca velar por el derecho que tiene el menor o el interdicto a estar en una familia integrada.

3.2. Inhabilidad y excusas para la tutela

Para una mejor comprensión de lo que se expondrá a continuación se define que la inhabilidad es un defecto o impedimento para ejercer una actividad, mientras que la excusa puede definirse como la razón para eximirse de un cargo, es decir un pretexto para disculparse.

Pueden ser designados para ejercer cargos tutelares todas aquellas personas que no sean inhábiles de acuerdo a la ley; es decir todos aquellos que no fueren menores, también existen personas que por diferentes circunstancias se considera que no tienen idoneidad para cumplir en forma adecuada con los poderes y deberes que requieren los cargos tutelares.

Por cuanto la tutela tiene como fin primordial la protección, se busca la seguridad y el cuidado del menor y la integridad de su patrimonio en la mejor forma posible, en



consideración a esto se establecen un conjunto de inhabilidades que niegan a respectivas personas para el ejercicio de los cargos tutelares. Las inhabilidades están conectadas o tienen relación con incapacidades de ejercicio o con la existencia de circunstancias personales particulares con respecto a las cuales la ley presume que las personas afectadas no garantizarían al menor o a su patrimonio el cuidado debido, tomando en cuenta estos factores el Código Civil estipula las siguientes prohibiciones:

Artículo 314. "Prohibiciones. No puede ser tutor ni protutor:

- 1º. El menor de edad y el incapacitado;
- 2º. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;
- 3º. El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
- 4º. El ebrio consuetudinario, el que haga usos habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
- 5º. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;



- 6°. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
- 7°. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;
- 8°. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;
- 9°. El que no tenga domicilio en la República; y
- 10°. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa”.

Artículo 317. “Excusa. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

- 1°. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- 2°. Los mayores de sesenta años;
- 3°. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- 4°. Las mujeres; (planteado inconstitucional)



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

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

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

Para ejercer la tutela es necesario, que el cargo sea discernido por un juez, previo haberse llenado todos los requisitos, que la ley establece; de igual forma es preciso que quien va a ejercer la tutela realice un inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado; dicho inventario será autorizado por un notario, para darle certeza jurídica a lo consignado, en el acta de inventario.

Bajo ninguna circunstancia, puede ser eximido el tutor de la obligación de hacer inventario, además, es preciso que el tutor preste una garantía, salvo que no haya bienes, o que en testamento haya sido eximido de tal responsabilidad.

3.3. Prohibiciones para el tutor

Considerando la influencia que tiene el tutor con el menor o interdicto en la ley se han establecido diversas prohibiciones o incapacidades que afectan al tutor para proteger los



bienes del pupilo. En este sentido podemos señalar: que se busca proteger al menor o interdicto no puede aprovecharse de las disposiciones ni de las donaciones del pupilo cuando tales disposiciones o donaciones han sido otorgadas antes de la aprobación de las cuentas, entre las prohibiciones para el tutor se dan las siguientes:

Artículo 336. Prohibiciones. “Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes:

- 1º. 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;
- 2º. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
- 3º. 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;
- 4º. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
- 5º. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo”.

El tutor debe administrar de una manera justa y transparente los bienes que sean del pupilo, en el artículo anterior se mencionan las diversas prohibiciones que tiene el tutor



como el aceptar contra el créditos ya que por su condición de ser menor de edad o interdicto y la carencia de capacidad legal, el tutor debe buscar su bienestar cumpliendo la función que realizarían los padres.

Artículo 338. “El tutor no puede reconocer hijos del pupilo, sino con el consentimiento expreso de éste y en ningún caso los del incapaz, ni consentir expresa o tácitamente las resoluciones desfavorables al pupilo”.

Se debe analizar que el menor o interdicto no cuenta con la capacidad necesaria como para reconocer un hijo por la condición de falta de responsabilidad que conlleva, a menos que el menor dé el consentimiento de reconocer a su hijo, en el caso que fuera un incapaz la situación sería diferente ya que ni con su consentimiento el tutor podría reconocerlo.

Artículo 339. “Durante el ejercicio de la tutela, el protutor está obligado a defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, cuando estén en oposición con los intereses del tutor; y a promover el nombramiento, cuando proceda la remoción del que la tuviere en ejercicio, o cuando la tutela quede vacante o abandonada”.

La función principal del protutor es la de proteger al pupilo de las decisiones que tome el tutor que no beneficien al menor, defendiendo sus derechos y buscando su bienestar



tanto personal como de sus bienes, el deberá intervenir cuando se remueva el tutor, interviniendo en la elección del mismo.

De lo antes descrito, se puede mencionar, que la tutela legítima tiene un mero carácter accesorio, pues solo entra a cobrar importancia cuando en primer lugar el menor de edad no se encuentra bajo la patria potestad, y en segundo lugar cuando no obstante no estar bajo la patria potestad, tampoco se ha nombrado tutor testamentario.

Los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad, se les debe asignar un tutor legítimo, de acuerdo a lo que establece el Código Civil; pero también la tutela opera para aquellas personas que no obstante son mayores de edad, han sido declarados en estado de interdicción y por lo tanto necesitan protección, se preceptúa quienes han de ejercer la tutela en dichos caso.

Considerando ambos casos, la propia ley establece quienes han de ejercer la tutela y el orden en el cual corresponde, además es de notar que en ambos caso se toma en cuenta los parientes del menor de edad o del incapacitado, todo ello en atención a los beneficios que representa los vínculos de familiaridad, y se asume que la protección y bienestar del menor de edad, en alguna manera será semejante al cuidado que le brindarían sus padres, aunque no será de igual manera se podrá tener mayor comunicación y apoyo por parte de familiares, para con el menor o el interdicto.

3.4. La protutela

Es preciso referirnos a la protutela, para anotar que el cargo de tutor del pupilo se complementa con el cargo de protutor, para que este fiscalice la actuación del tutor, en todo lo relacionado con el cuidado del menor de edad, así como en la correcta administración del patrimonio, para no incurra en una mala administración o en un descuido, que no se dilapiden los bienes, ni tampoco se enajene o graven; todo ello en busca del beneficio del menor de edad.

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

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

Otras contrariamente estiman que tal institución es útil porque contribuye a la mejor garantía de los derechos del tutelado, ya que no son raros los casos en que los tutores o curadores no proceden con la necesaria honradez, y si bien es cierto que esa vigilancia



está atribuida en algunos países a determinados organismos judiciales, resulta más teórica que real, porque tales organismos por buena voluntad que tengan carecen de medios para reconocer cual es en cada momento la conducta de todos los tutores y curadores que desempeñan esos cargos, y que no siempre son afectos a sus pupilos”.¹⁷

“El protutor es el encargado de ejercer la protutela y para tales efectos, debe asistir al menor de edad para vigilar que sus asuntos sean desempeñados con la eficacia necesaria por parte del tutor, y por lo tanto debe auxiliar”.¹⁸

“El cargo de protutor, está establecido de manera familiar para intervenir las funciones de la tutela y asegurar su recto ejercicio en beneficio del pupilo”.¹⁹

El cargo de protutor va íntimamente unido al de tutor. La ley fiscaliza con aquella el recto ejercicio de la tutela. Son obligaciones del protutor:

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

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

¹⁷ Ossorio. Ob. Cit. Pág. 815.

¹⁸ Ibid. Pág. 818.

¹⁹ Salvat. Ob.Cit. Pág.127.



c) intervenir en la rendición de cuentas del tutor;

d) ejercer las demás atribuciones que le señale la ley

“El protutor tiene la obligación de vigilar los actos del tutor, cuando el puesto del tutor quede vacante el protutor es el que viene a ejercer todas las funciones; el protutor no está obligado a presentar inventario sino sólo a exigir que se haga a intervenir en él, el protutor tiene responsabilidad solidaria”.²⁰

Toda vez, se ha desarrollado el tema relacionado con la tutela legítima, se puede mencionar que en Guatemala, no existe una cultura de protección hacia los menores de edad, aunque la ley preceptúa todo lo relacionado con la protección de los menores de edad, así como de quienes han sido declarados en estado de interdicción.

3.5. La curatela

“Etimológicamente la palabra curatela nació de la combinación de dos palabras: curador y tutela proviene del curatore del latín que significa quien tiene encargo, cuidado u oficio de”.²¹

²⁰ López del Carrillo Julio. Patria potestad, tutela, protutela y curatela. Pág. 207.

²¹ Ibid. Pág. 211.



“Institución destinada a la custodia o protección de bienes necesitados de administración y vigilancia. Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto a su persona y bienes. La ley sobre la tutela de los menores se aplicará a la curaduría de los incapaces, respecto a los dementes, son considerados incapaces, aunque tengan intervalos lúcidos, sin embargo el demente puede otorgar testamento en los intervalos de lucidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado para entonces, considerando que la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura, es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos”.²²

En la antigua Roma, existía la institución de la curatela, se nombraba por magistrado, pues la curatela testamentaria no existía, pero si a un loco le daba su padre curador, el pretor podía confirmarlo. En el derecho justiniano, sólo subsiste la curatela testamentaria y la dativa. La curatela es la medida tuitiva que la ley impone a los incapaces mayores de edad, considerada como la institución jurídica creada para el amparo, protección y guarda de la persona y los bienes del mayor de edad incapacitado, los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida en la ley, se consideran interdictos las siguientes personas:

- a) Los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad.

²² **ibid.** Pág. 212.



b) Los declarados pródigos.

c) Las personas a quienes la sentencia de incapacitación coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

La curatela no tendrá otro objeto que la intervención al curador en los actos que los interdictos o pródigos no puedan realizar por sí solos. Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria, serán anulables.

Actualmente existen variadas formas de otorgar la curatela según el país: Alemania otorga la curatela para las llamadas curatelas de bienes; en Francia la curatela se da a favor del menor emancipado, de la mujer casada, y del pródigo; en Rusia se da a los menores de 18 años de edad o a los mayores que por su estado no pueden defender sus derechos. En Chile se otorga al menor adulto, el pródigo, el demente interdicto y el sordomudo que no sabe expresarse, en México es tratada la curatela como una vigilancia más minuciosa del tutor.



CAPÍTULO IV

4. Necesidad de aplicar el principio de igualdad, al otorgar la tutela en ausencia de los padres del menor

4.1 Forma en que se otorga la tutela legítima según el Código Civil Decreto Ley 106

La tutela legítima es considerada una institución de protección de los menores de edad que por diversas circunstancias no cuentan con la protección de sus padres bajo la patria potestad, se encuentra regulada en el Código Civil Decreto ley 106, en el Artículo 299 específicamente, aquí se establece el orden que va desde el abuelo paterno, materno, abuela paterna y materna, llegando a los hermanos toda vez sean mayores de edad y sean personas idóneas para quedar como responsables del menor.

La tutela surge por la necesidad de protección que tienen los menores que no se encuentran bajo la patria potestad o que sus padres no hayan dejado en el testamento, el tutor que ellos consideren idóneo. A falta de tutela establecida en testamento, el juez según el orden establecido en el Código Civil, designa a la persona que ejercerá la tutela legítima del menor de edad.

Se busca el bienestar y la integridad del menor, considerando que la protección que brindan los padres es idónea, deben buscarse personas responsables que puedan brindarle esta protección.



La tutela se fundamenta en el cuidado y sus objetivos principales son:

Proteger a los menores de edad que no se encuentren bajo patria potestad, considerando su falta de capacidad necesitan a alguien que los represente y vele por su bienestar, debido a que no pueden ejercer por si mismos sus derechos como contraer obligaciones;

Considerando lo anterior el Artículo 8 del Código Civil establece: "Capacidad. La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.

Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley".

Según la doctrina, la capacidad se define como: "Aptitud que se tiene en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo, que puede ser capacidad absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, puede tener también una capacidad relativa, cuando se le permite al menor realizar algunos actos y otros se encuentran restringidos. Así se puede tener capacidad para contraer matrimonio, para trabajar, y no contar con la capacidad para disponer de los bienes.



La edad, el estado civil y la sanidad mental constituyen aspectos primordiales en el problema de la capacidad”.²³

“Aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho”. ²⁴

Otro aspecto fundamental de la existencia de la tutela, es proteger a las personas que aun siendo mayores de edad, han sido declarados en estado de interdicción, y no cuentan con el cuidado de sus padres.

El Código Civil en el Artículo 9 hace referencia a lo expuesto, al regular la incapacidad de la siguiente manera:

“Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción.

La declaratoria de interdicción produce desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos;

²³ Ossorio. Ob. Cit. Pág. 152.

²⁴ Salvat. Ob. Cit. Pág. 255.



pero los actos anteriores a tal declaratoria serán anulados si se probare que **la** incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron”.

El Artículo 14 del Código Civil establece: “Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.”

Es importante mencionar que, también en el ámbito procesal se regula lo concerniente a la declaratoria de incapacidad.

En el Código Procesal Civil Decreto ley 107 en el capítulo II, del libro IV, en los asuntos relativos a la persona y a la familia, se regula de la siguiente manera en el artículo 406:

“La declaratoria de interdicción procede por enfermedad mental, congénita o adquirida, siempre que a juicio de expertos sea crónica e incurable, aunque en tal caso pueda tener remisiones más o menos completas. También procede por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, si la persona se expone ella misma o expone a su familia, a graves perjuicios económicos.

La sordomudez congénita y grave, da lugar a la declaración de incapacidad civil; siempre que a juicio de expertos sea incorregible o mientras el inválido no se haya rehabilitado



para encontrarse en aptitud de entender y darse a entender de manera suficiente y satisfactoria.

La ceguera congénita o adquirida en la infancia, da lugar a la declaratoria de incapacidad civil, mientras el ciego no se rehabilite, hasta estar en condiciones de valerse por sí mismo”.

Según la declaratoria de la interdicción esta puede definirse como: “La situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o de algunos actos de la vida civil: dementes, pródigos, quebrados y, condenados a ciertas penas, si bien con respecto a estos últimos, la expresión corriente es inhabilitación, que puede también alcanzar a la privación de derecho políticos, únicamente por decisión judicial puede ser sujeta a interdicción una persona”.²⁵

Los menores incapaces o declarados en estado de interdicción necesitan especial protección siendo el caso que no se encuentren bajo patria potestad, así como también a quienes son mayores de edad debido que aun teniendo la edad que establece la ley para poder realizar diferentes actos de manera personal, por determinada situación se considera que no puede tomar decisiones por si solo y que necesita que otra persona lo represente.

²⁵ Ossorio. *Ob. Cit.* Pág. 528.



4.2. Otorgar la tutela sin orden de preferencia a falta de los padres, aplicando el principio de igualdad

La igualdad de género, también conocida como igualdad de sexos, implica que los hombres y las mujeres deben recibir los mismos beneficios, recibir las mismas sentencias y ser tratados con el mismo respeto”.²⁶

Este concepto es de mucha importancia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, debido a que el objetivo final es otorgar a las personas igualdad legal y social, sin importar su género, en las diversas actividades en las que participe, el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo es una obligación de derecho internacional general, que vincula a todas las naciones y, siendo de carácter primordial, se establece siempre como un principio que debe inspirar el resto de los derechos fundamentales.

La igualdad de género debe ser un punto muy importante en la planificación de la educación, en la familia, debe alcanzar una equidad entre los hombres y las mujeres, para poder mejorar la sociedad y disminuir la pobreza, ejercer adecuadamente los derechos de las niñas y las mujeres.

²⁶ Ortemberg, Osvaldo. **La mujer y la ley**. Pág. 333.



En la búsqueda de la igualdad de género, es importante encontrar un equilibrio para sustentar a los miembros de la sociedad, el respeto para los demás individuos y que se pueda propiciar la igualdad.

En el marco internacional, el derecho internacional prohíbe la discriminación basada en el sexo, ha posicionado el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en la órbita de los derechos humanos, teniendo como finalidad principal preservar la paz y la justicia y promover el progreso social, se proclama que se reafirma la fe en los derechos fundamentales del ser humano, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres y de todas las naciones.

Se deben analizar diversas legislaciones para que cuenten con las medidas apropiadas, incluyendo las de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer en todos los ámbitos, respecto a la problemática que se da al otorgar la tutela legítima no debe establecerse como primera opción la familia paterna si no buscar el bienestar del menor sin determinar por razón de género al tutor.

Es importante mencionar la importancia de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo como factor esencial para construir las sociedades donde se respeten los derechos tanto de las mujeres como de los hombres. En definitiva, entre los objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas, la igualdad de oportunidades entre sexos y la



autonomía de las mujeres ocupan un lugar destacado, por tantos atropellos y falta de oportunidades que ha sufrido la mujer.

Aunque en la actualidad ya se han mejorado varios ámbitos donde anteriormente la mujer no podía incursionar aún es necesario que se tomen en cuenta diversos temas como por ejemplo; cuando se otorga la tutela legítima al no determinar en la legislación la línea paterna como preferente ante la materna.

La mujer es, fundamentalmente una persona con la libertad de buscar un presente y un futuro de acuerdo con sus convicciones que no respondan a estereotipos tradicionales que limiten su libertad donde se le ha reprimido por mucho tiempo y se le ha subestimado por el hecho de ser mujer un claro ejemplo son las limitaciones que estipula el Código Civil guatemalteco al otorgar la tutela legítima.

4.3 Las desventajas que representa para el pupilo la forma en que se otorga la tutela legítima

Según el Código Civil en su Artículo 299, para otorgar el ejercicio de la tutela legítima, limita el bienestar del menor de edad, pues específicamente asigna un orden establecido; sin considerar como prioridad los intereses del pupilo, el bienestar y cuidado de su persona y si tuviere bienes la adecuada administración, para no dilapidar su patrimonio.



La tutela como una función tuitiva es de trascendental importancia, analizar los diferentes aspectos que le beneficien al pupilo, como es que con el tutor legítimo que se le asigne tenga buena comunicación, que el tutor tenga la capacidad moral, espiritual y económica para poder proteger al menor o interdicto, brindándole la estabilidad y bienestar que en su caso lo harían sus padres.

El Código Civil, regula en el Artículo 299 la tutela legítima, indicando el orden en el cual corresponde la tutela; es importante mencionar que tal precepto evidencia la desigualdad de género de ese entonces en la cual fue emitido el Código Civil, una mentalidad machista que no solo limita la igualdad que deben tener todas las personas si no también el bienestar del pupilo al no realizar al tutor un análisis previo; si tiene la capacidad idónea para tener la tutela en una forma responsable.

Siguiendo con el fin principal de la tutela de proteger al menor o interdicto tanto como a sus bienes, considerando que no se encuentra al lado de sus padres quienes protegen y velan por su estabilidad, no es correcto dar prioridad a la línea paterna sobre la materna, debido a que se debe buscar el bienestar del menor, ya sea porque se va tener la tutela de manera temporal o definitiva.

Las causas de suspensión de la patria potestad según, el Código Civil en el Artículo 273 establece:

“1°. Por ausencia de quien la ejerce, declarada judicialmente;



2°. Por interdicción declarada en la misma forma;

3°. Por ebriedad consuetudinaria;

4°. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes”.

Es evidente que lo que se pretende es que el pupilo se encuentre bajo el cuidado de una persona responsable que pueda proveerle un buen ejemplo, siendo los padres una mala influencia para los menores se les suspende la patria potestad, y se le concede a una persona idónea para el cuidado y educación del pupilo o del interdicto.

El Código Civil en el Artículo 274 entre las causas de pérdida de la patria potestad, establece:

“1°. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;

2°. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;



3º. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;

4º. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y

5º. Por haber sido condenado dos o más veces por delitos del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona”.

Considerándose a la familia como una base de acogimiento y protección siendo los padres los responsables de proporcionar cuidado, amor, comunicación y valores, en el caso que los progenitores no cumplan con su papel como buenos padres, la ley considera que por bienestar del menor o interdicto sea necesario que sea separado de sus padres y se les otorgue a otra persona su guarda y custodia.

Según el artículo anterior es evidente que la tutela tiene el carácter secundario, respecto a la patria potestad, pero siendo necesaria su existencia, de modo que es el motivo por el cual lo establece la legislación guatemalteca.



En el Artículo 299, del Código Civil, Decreto Ley 106, se encuentra establecido un orden que con el paso del tiempo se ha tornado una problemática y una limitación ya que en dicho orden se tiene como prioridad a la familia paterna y a falta de ellos la materna y a los hermanos, sin buscar el beneficio del menor de edad, ni se atiende a las cualidades tanto morales como económicas de quien ha de ejercer la tutela.

El orden de los familiares que establece la ley no debería ser restrictivo, tendría que enfocarse en buscar que el pupilo pueda adaptarse y tener la protección y el cuidado que necesita considerando la solvencia que debe tener el tutor en todos los aspectos para que pueda ejercer de una mejor manera la tutela.

El tutor debe tener como prioridad el cuidado del menor de edad y si tuviera bienes una buena administración de estos y en la medida de lo posible aumentar el patrimonio del menor, para garantizarle una estabilidad económica, educación y todos los derechos para llevar una vida lo mejor posible al no encontrarse con sus padres.

La realidad de Guatemala es otra, en muchos casos de menores de edad que no están bajo la patria potestad tienen carencias económicas, la mayoría de los menores no poseen bienes, por lo tanto es preciso asignar su cuidado a través de la tutela, a la persona que esté en mejores condiciones económicas para brindar una vida digna a los pupilos, además de tomar en cuenta las costumbres y estabilidad de la persona que ejercerá la tutela.



4.4 Características que deben analizarse para otorgar la tutela legítima

Analizando las normas establecidas en el Código Civil que tienen como base primordial el bienestar del pupilo es de vital importancia que la persona reúna características necesarias para ser tutor de un menor, entre las cuales se mencionan las siguientes:

1º. Familiaridad: El menor debe tener la confianza necesaria con su tutor que normalmente se da entre los familiares más próximos, lo cual beneficia en que pueda darse una mejor comunicación entre el tutor y el pupilo.

Debido a esta característica el juez, al momento de determinar a quién otorga la tutela legítima, debe tomar en consideración el grado de comunicación que existe para garantizar una buena interrelación, obteniendo con ello el bienestar del pupilo por sentirse acogido en el seno familiar.

2º. Carisma y afectividad entre el tutor y el pupilo: En muchos casos se da que algunas personas por diferentes motivos pueden tener lazos muy fuertes de cariño con un menor, siendo el motivo principal de la tutela el bienestar del menor es necesario que el tutor tenga el carisma y la disponibilidad de poder ser el encargado del pupilo.



3º. Responsabilidad: Es necesario que la persona sea consciente de lo que conlleva el ser encargado de un menor o interdicto, para poder ejercer el cargo de la tutela.

4º. Idoneidad: La persona debe tener la buena disposición, aptitud o suficiencia para ser responsable del pupilo, el hecho que conlleva el ejercicio de la tutela, el cuidado y protección del menor, tanto como la estabilidad económica que debe darle con la correcta administración de los bienes del pupilo, y si fuera posible incrementar el caudal del menor.

Tomando en cuenta que al incrementarse la renta del pupilo, el tutor y el protutor recibirán mayor retribución que según la ley tienen derecho, toda vez realicen una buena administración.

5º. Solvencia: Esta característica es muy importante ya que es necesario que la persona no tenga deudas, debido a que la persona que ha de ejercer la tutela legítima, debe tener la capacidad de resolver los asuntos del pupilo, sin contraer deudas, pero lo más importante es que sepa administrar los bienes del pupilo, para que no dilapide el patrimonio del menor.

6º. Buena moral y costumbres: Quien ha de ejercer el cargo de tutor, debe poseer buenas costumbres para poder educar bien al pupilo pues su función primordial va ser la de un padre en cuanto a dar un buen ejemplo y proteger los bienes del menor. De esta



manera el menor se encontrará en un ámbito positivo de la vida, y lo ayudará **en su** desarrollo personal.

7°. **Garantía para el desempeño satisfactorio del cargo:** La garantía protegerá los bienes que posea el menor contra cualquier riesgo o necesidad, representa una seguridad dada contra una eventualidad utilizando de manera adecuada los bienes del pupilo a modo de **no perder el patrimonio del menor.**

Es por ello que la constitución de garantía es fundamental para poder proteger la persona del menor de edad, y también de los bienes que permitirán al pupilo subsistir.

Es necesario analizar diversos factores que pongan en peligro la estabilidad del menor tanto física, moral, económica y emocional, realizando un análisis de las personas que son llamadas para el ejercicio de la tutela; si bien es cierto quien ejerza la tutela debe poseer la mayoría de edad, también lo puede ser una persona de edad avanzada, que por su condición será más difícil la responsabilidad del pupilo y tiene más posibilidades de fallecer, con lo cual sería necesario discernir de nuevo el cargo lo que generaría una inestabilidad sobre todo emocional para el pupilo.

La tutela legítima al tener establecido el orden de asignación de la tutela, evidencia limitaciones, principalmente vulnera el bienestar y el derecho de poder estar con la



persona idónea de acuerdo a un análisis de las diversas características que según el juez sea el más apto para tener la tutela del menor de edad y sus bienes.

4.5. Reforma del Artículo 299 del Código Civil Decreto Ley 106

Considerando que la niñez y la adolescencia son el futuro de nuestra sociedad, se debe prestar mayor énfasis a la protección de los menores tanto como a sus bienes, así como de las personas declaradas en estado de interdicción, dándole una atención especial.

Actualmente se presenta una problemática con la legislación, pues si bien el objetivo principal de la ley es la protección del pupilo no se debe de perder el derecho que se transgrede al establecer preferentemente la línea paterna ante la materna, en el Artículo 299 del Código Civil para el ejercicio de la tutela legítima.

Es necesario analizar que en ocasiones no siempre quien está en primer lugar en el orden de llamamiento, presenta las mejores condiciones para ejercer el cargo de tutor.

Es preciso reconocer que es necesario que se busque como objetivo principal el bienestar del pupilo ampliando la potestad del juez para otorgar la tutela luego de verificar quien es la persona que se encuentre en las mejores condiciones y reúna las cualidades principales para el ejercicio de la tutela legítima, atendiendo al bienestar del menor y no al orden preceptuado en el Artículo 299 del Código Civil.



Luego del estudio realizado sobre la mejor manera de establecer la tutela legítima, siendo su objetivo primordial la protección de los menores de edad que no se encuentren bajo patria potestad, es necesario reformar el Artículo 299 del Código Civil.

Sabiendo que es el Congreso de la República el encargado de reformar las leyes, se propone la reforma en base al estudio realizado pudiendo quedar enunciado de la siguiente forma:

La tutela legítima de los menores de edad, corresponde a los familiares más cercanos que se encuentren en condiciones aptas, para ejercer de manera competente el cargo de tutor.

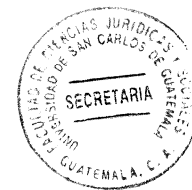
El juez encargado de otorgar la tutela legítima determinará por medio de análisis de estudios; económicos, sociales y psicológicos, que se practiquen a las personas para determinar quienes se encuentran en condiciones idóneas para otorgarles el cargo de tutores legítimos.

La regulación civil en cuanto al ejercicio de la tutela legítima, debe ser actualizada al establecer un orden de prioridades; únicamente debe quedar a discreción del juez el otorgar dicho cargo, con base en los estudios socioeconómicos que previamente deben



ser practicados, para buscar lo que principalmente se debe alcanzar el bienestar del menor de edad.

Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, establezca las reformas a las normas que regulan lo concerniente a la tutela, que se adapten al fin primordial de proteger al menor para que realmente sea un derecho positivo vigente, sin establecer ninguna línea preferente, realizándose el estudio necesario a la persona para poder ser designado como tutor.

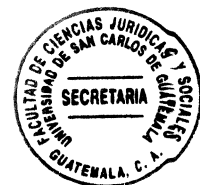


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Según la forma en que la legislación civil de Guatemala regula la tutela legítima, estableciendo un orden de preferencia, de alguna manera se afecta el principio de igualdad, concepto que es de mucha importancia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, debido a que el objetivo principal es otorgar a las personas igualdad legal y social, sin importar su género, en las diversas actividades en las que participe. El principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, es una obligación de derecho internacional general, que vincula a todas las naciones refiriéndolo de carácter primordial, es un principio que debe inspirar el resto de los derechos fundamentales, debido a que cuando se da la igualdad surge la armonía y la buena convivencia en sociedad.

Es necesario reconocer que cuando se otorga la tutela legítima, el juez en la mayor parte de casos, atiende al orden establecido en el Artículo 299 del Código Civil, aunque esto represente desventajas para el pupilo. Actualmente se busca mejorar las condiciones de los menores, brindándole la educación necesaria tanto como que cuente con los derechos básicos que le permitan desarrollarse en un ambiente adecuado disminuyendo el impacto emocional que le provocará la separación de sus progenitores.





BIBLIOGRAFÍA

- BORDA, Guillermo. **Derecho civil**. 3ra. ed.; México, Ed. Valcárcel, 2009.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CAPITANT, Henri Redactados por profesores de derecho, Magistrados y Jurisconsultos Franceses Universidad de Buenos Aires **Vocabulario Jurídico**. Edición de Palma Buenos Aires, 1986.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.
- DE PINAS, Rafael. **Elementos de derecho civil mexicano**. México: Ed. Universal, 2009.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manuel de derecho civil**. 2a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1959.
- LOPEZ DEL CARRILLO, Julio. **Patria potestad, tutela, protutela y curatela**. 4ta. Ed., Colombia: Ed. Dember, 2013.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, **Informe sobre la situación de los Derechos Humanos**, 1era Edición, Guatemala junio del 2011.
- ORTEMBERG, Osvaldo. **La mujer, la familia y el Estado**. 1ra. Ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.



- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. 3a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1957.
- PLANIOL, Marcel y GEORGE, Rigert **Tratado elemental de derecho civil, introducción, familia, matrimonio**. Segunda Edición 1991.e
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho mexicano**. 2a. ed.; México: Ed. Librería Robredo, 1959.
- SALVAT, **La enciclopedia**. Revisada, corregida y aumentada; Madrid España: Ed. Salvat, 2004.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. 3a. ed.; España: Ed. Talleres tipográficos, 1932.
- VASQUEZ ORTIZ, Carlos, **Derecho civil I**. 2da. Ed.: Guatemala: Ed. Pineda Vela, 2012.
- VERÓN, **Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua española**. Revisada, corregida y aumentada; Barcelona España. 1994.
- VISOR, **Diccionario enciclopédico ilustrado visor**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo 2000.
- VERDUGO, Miguel Angel. **Convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI**. 1ra. Ed., Salamanca, España: Ed. Universidad.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código Civil**. Decreto Ley 106, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.



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

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Aprobada por el Decreto número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada mediante Decreto número 6-78 del Congreso de La República de Guatemala.

Declaración Universal de los Derechos del Niño. Proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto Ley 27-2003, Jefe de Gobierno de Guatemala, 2003