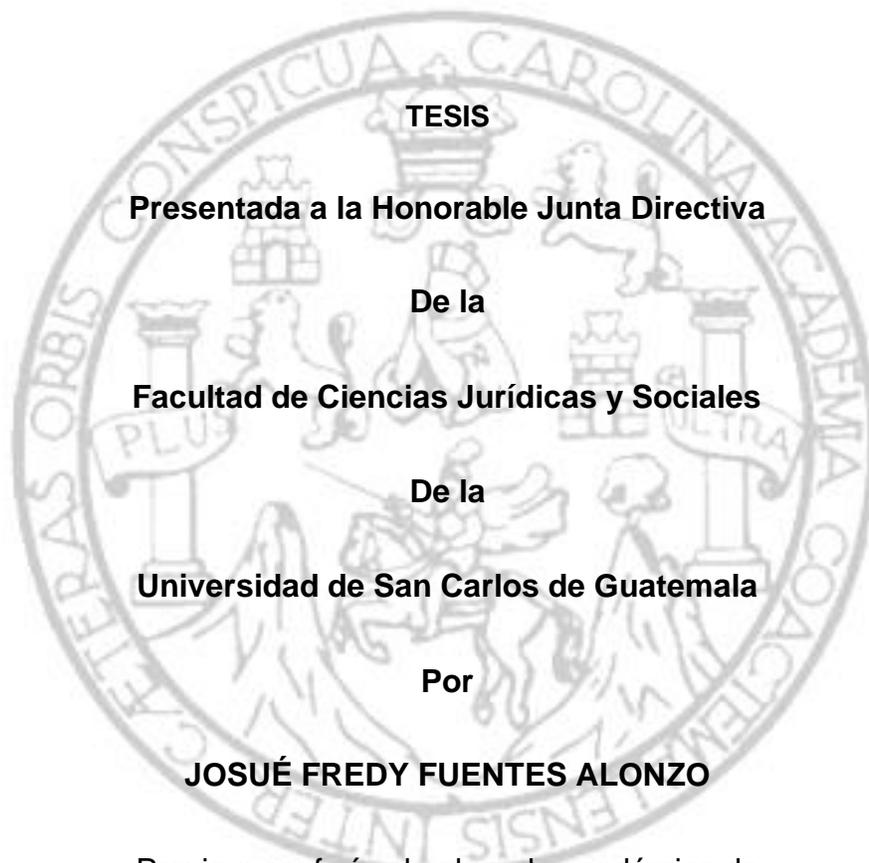


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**DETERMINAR LA VULNERABILIDAD AL DERECHO DE IGUALDAD EN LA FIGURA
DE LA TUTELA AL APLICAR EL ARTÍCULO TRESCIENTOS DIECISIETE,
NUMERAL CUATRO DEL CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA.**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSUÉ FREDY FUENTES ALONZO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

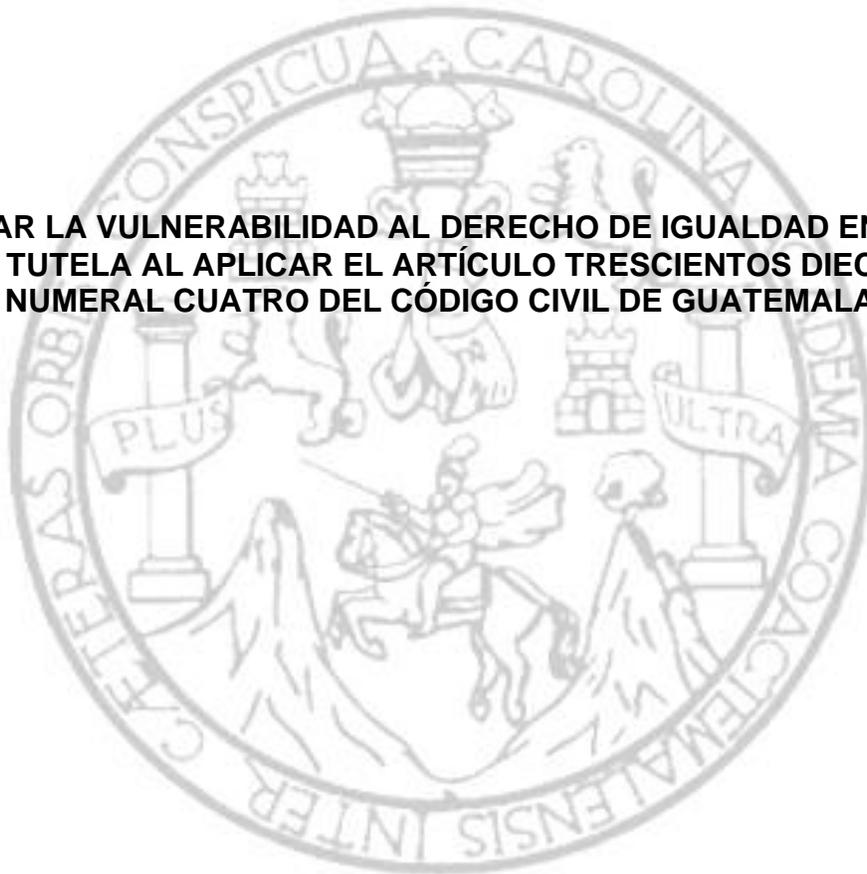
y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2020

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

**DETERMINAR LA VULNERABILIDAD AL DERECHO DE IGUALDAD EN LA FIGURA
DE LA TUTELA AL APLICAR EL ARTÍCULO TRESCIENTOS DIECISIETE,
NUMERAL CUATRO DEL CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA.**



JOSUÉ FREDY FUENTES ALONZO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2020

DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque sin Él nada de esto hubiera sido posible, por ser fuerza, luz y mi todo absoluto.
- A MIS PADRES:** Porque los elegí como padres, por la misma razón que Dios los eligió como sus hijos, por ser mis fortalezas, pilares y guías aquí en la tierra.
- A MIS HERMANOS:** Por haberme brindado en cada momento su apoyo, su cariño y haber sido parte fundamental a lo largo de mi carrera.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:** Por haberme abiertos sus puertas y brindado las herramientas necesarias para haber adquirido conocimiento, doctrina y principios a lo largo de los años de la carrera.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Porque a través de sus aulas, profesores y mística, he adoptado los valores, conocimientos y conciencia social para poder desempeñarme como un profesional honorable, correcto y digno de esta casa de estudios.

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

DECANO:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
	VOCAL I,	En sustitución del Decano.
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denís Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	M.S.c.	Luis Renato Pineda

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Ramiro Stuardo López Galindo
Vocal:	Lic.	Fredy Eulalio Diaz Lastro
Secretaria:	Licda.	Roxana Elizabeth Alarcón Monzón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	William Armando Vanegas Urbina
Vocal:	Lic.	Bayron Renés Jiménez Aquino
Secretario:	Lic.	Alex Franklin Méndez Vásquez

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).

PRESENTACIÓN

El trabajo de tesis pertenece a la rama del derecho civil, así como los preceptos de carácter constitucional, dando una perspectiva en la presente investigación para establecer lo que engloba el derecho de igualdad, socialmente, jurídicamente y moralmente, de la misma manera se desarrolló la institución de la tutela para comprender sus fines y el bien jurídico tutelado en la misma, encontrando el punto clave para establecer una desigualdad palpable en dicha institución civil.

Al desarrollar el tema se estableció de forma científica así como doctrinaria cuales son los factores que generan desigualdad de género, y cuáles son los motivos sociales que crean el ambiente propicio para la misma, de forma complementaria se desarrolló la institución de la tutela para establecer al concluir la investigación que es lo más idóneo, si otorgar el privilegio de la renuncia a toda persona sin importar su género o denegar este derecho en base al interés superior del niño o incapaz que son los sujetos principales en dicha institución.

Los sujetos de estudio son los géneros tanto femenino como masculino y a su vez los niños y personas incapaces, quienes se ven involucrados en la institución de la tutela, pero en el caso concreto, los hombres como víctimas de una desigualdad creciente en Guatemala, tomando como referencia los hombre y mujeres que laboran en la Corte Suprema de Justicia de la Ciudad de Guatemala, iniciando en el año 2015 finalizando en el año 2018, a raíz de esto se busca erradicar cualquier síntoma de violación a este precepto humano para lograr una armonía social.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1 Tutela.....	1
1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.2. Definición de la tutela.....	10
1.3. Naturaleza jurídica de la tutela.....	12
1.4. Características de la tutela.....	15
1.5. Clases de tutela.....	21
1.6. Elementos subjetivos de la tutela.....	26
1.7. Diferencias de la tutela con otras instituciones.....	33

CAPÍTULO II

2 Ejercicio de la tutela.....	35
2.1. Proceso de discernimiento del cargo a los tutores y protutores.....	35
2.2. Obligaciones y derechos del tutor.....	43
2.3. Obligaciones y derechos del pupilo.....	48
2.4. Prohibiciones, excusas y remoción de la tutela.....	48
2.5. Finalización y rendición de cuentas.....	51

CAPÍTULO III

3 Igualdad y desigualdad.....	53
3.1. Definiciones de conceptos.....	53
3.2. Declaración universal de los derechos del hombre y el ciudadano....	56

	Pág
3.3. Declaración universal de derechos humanos.....	59
3.4. Igualdad de derechos civiles.....	62
3.5. Igualdad en la constitución política de Guatemala.....	66
3.6. Desigualdad de género.....	68
3.7. Desigualdad en la Legislación de Guatemala.....	71

CAPÍTULO IV

4 Vulnerabilidad del derecho de igualdad en la legislación de Guatemala al aplicar el Artículo 317, numeral 4 del Código Civil, tomando como base el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde se ve regulado el Derecho de Igualdad.....	75
4.1. Definición de Vulnerabilidad.....	75
4.2. Aspectos socio culturales de los roles de los géneros en Guatemala.....	76
4.3. Declaración universal de los derechos del niño.....	81
4.4. Exclusión del ordenamiento jurídico, del numeral 4, del artículo 317, del código civil.....	84
 CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	 89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

Esta tesis se ha realizado un estudio acerca de la tutela como institución del Derecho Civil todas sus modalidades, y fundamentos tanto doctrinarios como legales, de igual forma se realizó un estudio acerca de derecho de igualdad y cómo este se encuentra plasmado en las normas jurídicas guatemaltecas, en convenios internacionales, a su vez la desigualdad violenta esos derechos inherentes a las personas, por lo que se realizó un análisis profundo a los motivos que generan la desigualdad y la sociedad genera la misma con todos los tabús y pensamientos acerca de los roles de género

La problemática a investigar en primer lugar fue respecto la desigualdad derivada de la institución de la tutela, entre los géneros, de igual forma cómo afecta esta desigualdad no solo a hombres o mujeres, si no que a los sujetos objetos de protección de la tutela siendo el caso de los menores de edad e incapaces.

Se logró comprobar la hipótesis dado que la desigualdad es evidente en el Artículo analizado, y desarrollando lo que es la tutela desde sus principios y bases fundamentales, así cómo lo que es el derecho de igualdad desde los convenios internacionales así cómo los fundamentos constitucionales, desarrollando a su vez lo que es desigualdad, desigualdad de género, para determinar finalmente si existe una violación a este derecho, lo que fue comprobado luego de realizar el análisis correspondiente.

En cuanto al contenido del trabajo de tesis, éste se encuentra dividido en cuatro capítulos; el primer capítulo se hizo hincapié en la tutela, tomando para ello sus antecedentes históricos, se proporcionó una definición de la misma, se estableció cuál es su naturaleza jurídica, las características que engloban a la misma, las cuáles son las clases de tutela existentes en la legislación guatemalteca, los elementos subjetivos de esta, y finalizando el primer capítulo con la diferencias con otras instituciones parecidas a la tutela, con el capítulo dos se siguió el desarrollo de la institución de la tutela específicamente en el ejercicio de la misma, cuales son los procesos de discernimiento del cargo tanto para tutores como protutores, las obligaciones y derechos del tutor, las obligaciones y derechos del pupilo, se determinaron las

prohibiciones, excusas y remoción de la tutela por último se finalizó el capítulo con la terminación de la tutela y la rendición de cuentas. El capítulo tres se estudió a fondo la igualdad y la desigualdad, se definieron los conceptos de las mismas, se desarrollaron distintos normativos jurídicos como lo son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la igualdad de derechos civiles fue punto fundamental, la igualdad desde el punto de la Constitución Política de la República de Guatemala, se atendió la desigualdad de género así como la desigualdad dentro de la legislación guatemalteca, por último en el cuarto capítulo se desarrolló la problemática de vulnerabilidad del derecho de igualdad en la legislación de Guatemala al aplicar el Artículo 317, numeral 4 del Código Civil, tomando como base el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se definió vulnerabilidad, se desarrollaron aspectos socio culturales de los roles de los géneros en Guatemala, se analizó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, tomando como base el interés superior del niño, y por último la exclusión del ordenamiento jurídico, del numeral 4, del Artículo 317, del código civil, como punto final de la investigación.

Para la consecución del objetivo fue necesario implementar el método analítico para plantear los elementos jurídicos y culturales que afectan el desarrollo social guatemalteco y la técnica documental respecto a dichos elementos apuntalados por las distintas doctrinas, y leyes analizadas.

Al finalizar la presente investigación se expondrán conceptos claros, respecto a lo que engloba la tutela y todas las sub instituciones de las mismas, así como la igualdad y desigualdad desde puntos de vista doctrinarios y legales, para lograr un equilibrio en la igualdad de género en Guatemala sin afectar a terceros desprotegidos.

CAPÍTULO I

1. Tutela

Esta institución del derecho civil ha desarrollado un matices importante, desde que se empieza a individualizar a los menores como sujetos de derechos y no como se visibilizaban en la antigüedad como cosas, esta institución menciona Alfonso Brañas “el origen de la tutela es anterior al derecho romano”¹, teniendo en cuenta que los pueblos se ejercía un derecho de propiedad sobre los hijos, la tutela de este periodo cumplía con los mismos fines que cumple la actual, pero poseía variantes particulares que actualmente no se considerarían apropiadas.

1.1. Antecedentes históricos

Esta institución del derecho civil ha desarrollado un matices importante, desde que se empieza a individualizar a los menores como sujetos de derechos y no como se visibilizaban en la antigüedad como cosas, esta institución menciona Alfonso Brañas “el origen de la tutela es anterior al derecho romano”², teniendo en cuenta que los pueblos ejercían un derecho de propiedad sobre los hijos, la tutela de este período cumplían con los mismos fines que cumplen la actual, pero poseía variantes particulares que actualmente no se considerarían apropiadas.

Dicha distinción recae principalmente en los sujetos de derecho, en la antigüedad los grupos vulnerables como mujeres y menores, no eran respetados y se encontraban en

¹ Manual de derecho civil. Pág. 265

² Manual de derecho civil. Pág. 265

una desigualdad casi palpable con los hombres mayores de edad, a los que se les consideraba como ciudadanos, existía la curatela y se hacía una división, los menores que recaían en la tutela y los mayores de edad que poseían algún tipo de impedimento que los volvía incapaces pero que poseían bienes que administrar en dicho caso se daba bajo la curatela de la administración y bajo la tutela, la guarda del incapaz.

Daniel Hugo D'antonio menciona "En el derecho romano originalmente se hallaban sujetos a tutela los impúberes no sometidos a la patria potestad y las mujeres que no se encontraban bajo patria potestad ni bajo la *manus mariti*, cualquiera que fuese su edad"³, es decir a los menores y mujeres se les consideraba incapaces de poder sobrellevar una vida con derechos, o se les consideraba menos inteligentes para ejecutar decisiones que trascienden a lo largo de su vida, respecto a los menores se logra entender en cierto nivel, pues ellos no poseen el desarrollo intelectual, cognitivo y cognoscitivo que podría poseer un adulto; mientras que las mujeres se ven completamente desfasadas del goce de sus derechos es en este derecho tan complejo que nacen dos conceptos según el licenciado Carlos Humberto Vázquez Ortiz "la tutela implica el cuidado de la persona y la curatela el cuidado de los bienes"⁴ dicha bifurcación se conserva hasta la era napoleónica.

Con el avance histórico de la sociedad y del derecho la tutela pierde terreno, pues ya no se pueden dejar bajo su guarda a las mujeres mayores de edad que no posean algún impedimento que las convierta en incapaces, y es en el derecho francés según Daniel Hugo D'antonio "la unidad de los conceptos de tutela y curatela se produce en el

³ **Derecho de familia.** Pág. 282

⁴ **Derecho civil I.** Pág. 217

derecho francés *des medioevo* cristalizada en la regla *tuteur et curateur n'est qu'un*⁵, principio establecido en el Código Napoleón consistente en que el guardián y administrador es solo una persona, es en esta en la que se instaura un órgano de alta tutela, es decir el protutor el cual en la legislación se incorpora con el Decreto de mil novecientos treinta y dos.

Hasta ese momento la tutela y la curatela se exponían como instituciones distintas, una para administrar (la curatela) y la otra como guardián (la tutela) en el ardimiento iniciando en el Código Civil de mil ochocientos setenta y siete en la época de Justo Rufino Barrios se tenía la misma premisa, el guardador y el administrados debía ser uno.

Dicha circunstancia que merece ser mencionada consiste en la clasificación de la tutela en esa época, pues se reconocían cuatro clases de tutela que con el devenir histórico de Guatemala se reducirían, quedando tres únicamente; esta tutela que se deja de lado consiste en la tutela natural, según dicho cuerpo legal en su Artículo trescientos siete “el padre es el administrador; 1º. de los bienes propios de sus hijos menores, legítimos y legitimados. 2º de los bienes propios de sus hijos menores ilegítimos reconocidos y de los bienes del hijo adoptivo menor de edad.”, esta institución se mezcla con lo comprendido en el Artículo doscientos ochenta y cinco “Patria potestad es la autoridad que las leyes reconocen en los padres sobre la persona y bienes de sus hijos” y el Artículo doscientos ochenta y seis del mismo cuerpo legal expone “son derechos de la patria potestad... 5º. Administrar los bienes de los hijos con las seguridades que

⁵ *Ibíd.*

previene el Artículo dos mil cincuenta y seis, salva la excepción del Artículo doscientos noventa y cuatro...”; se entiende una fusión entre las instituciones de la patria potestad y tutela en esta época, pues ambas otorgan la potestad de administrar los bienes del menor y se concluye que el aspecto de la curatela se implica en la sola existencia de la patria potestad y la tutela natural.

Así mismo la representación de los menores es tratada por ambas instituciones, lo que realmente merece un análisis, es concepción de la posición de la mujer en este período histórico, enfocando específicamente su participación en la institución de la tutela, pues en la norma citada anteriormente preceptúa que el padre es el tutor, así mismo para no dejar duda del sentido que debe otorgársele se incorpora el Artículo trescientos nueve “Por la muerte ó incapacidad del padre, la tutela de los hijos menores no emancipados corresponde a la madre”, es decir una sucesión de la tutela por preeminencia del prejuicio de la superioridad del hombre.

Con el avance en el tiempo de Guatemala, el desarrollo en la ciencia jurídica y distintos factores político-sociales en mil novecientos treinta y tres se emite el Decreto mil novecientos treinta y tres el cual contiene el Código Civil del tiempo de Jorge Ubico, con este nuevo código se logra distinguir o desligar las funciones o por lo menos los sujetos de las instituciones de la patria potestad y de la tutela.

El Decreto mil novecientos treinta y dos en su Artículo doscientos veintitres establece “el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela. Igualmente lo estará, el que hubiere sido declarado en interdicciones, si no tuviere padres.”, dando de esta forma una diferencia de los requisitos para poder establecer

una tutela, se elimina la tutela natural y la estratificación de los cónyuges respecto al tema; dejando a los mayores incapaces al cuidado de sus padres y al finalizar la vida de estos si entrarían a una tutela, conservando el principio francés de que el guardador y el administrador debe de ser uno; pero se incorpora la figura del protutor como encargado de la vigilancia del correcto ejercicio de la tutela, en esta tema el Decreto mil novecientos treinta y dos expone “ la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor; ...”.

De esta época cabe mencionar el Artículo doscientos veintiséis del Decreto de mil novecientos treinta y dos “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.” Y dentro de las excusas establece el Artículo doscientos cuarenta y siete del mismo cuerpo legal “son causas de excusa de la tutela y protutela: 1º. tener a su cargo otra tutela o protutela; 2º. ser mayor de sesenta años; 3º. tener bajo la patria potestad tres o más hijos; 4º. ser pobre de solemnidad; 5º. padecer enfermedad habitual que impida cumplir los deberes del cargo; y, 6º. tener que ausentarse de la República por más de un año.”, en ningún momento se puede leer que ser mujer es una excusa para ser tutora o protutora, lo particular de este período es la diferencia que se hace entre persona, capacidad y ciudadano, se debe tomar en cuenta que en este período se encontraba vigente la Constitución de mil ochocientos setenta y nueve y al estar vigente en su mayor parte hasta mil novecientos cuarenta y cuatro sufre algunas reformas, dentro de los derechos inherentes a la ciudadanía esta Constitución establece en su Artículo nueve “ los derechos inherentes a la ciudadanía son: 1º. el derecho electoral; 2º. el derecho de opción a los cargos públicos para los cuales la ley exija esa calidad” y

en mil novecientos treinta y cinco se reforma por el Artículo tres de las reformas del once de julio de mil novecientos treinta y cinco “ El Artículo nueve., queda así: “Artículo 9º. Los derecho inherentes a la ciudadanía, son: 1º. el de elegir y ser electo. 2º. El de opción a los cargos públicos para los cuales la ley exija esa calidad. No podrá desempeñar cargo alguno del Estado, aun cuando tenga la calidad de ciudadano, el que no reúna condiciones de probidad. Una ley determinará lo relativo a esta materia.”.

En esta Constitución se consideraba ciudadano según lo establecido en el Artículo ocho “Son ciudadanos: 1º. los guatemaltecos mayores de 21 años que tengan renta, oficio, industria o profesión que les proporciona medios de subsistencia. 2º. Todos los que pertenecen al ejército siendo mayores de 18 años.” Esta sufre distintas reformas hasta mil novecientos cuarenta y cuatro, pero las que interesan están comprendidas el cinco de noviembre de mil ochocientos ochenta y siete, porque con estas, se modifica el Artículo ocho citado, pues con la reforma de mil ochocientos ochenta y siete para ser exactos con la reforma aportada por el Artículo tres se expone “El artículo 8º. queda así: Son ciudadanos: los guatemaltecos mayores de veintiún años que sepan leer y escribir o que tengan renta, industria, oficio o profesión que les proporcione medios de subsistencia; 2º. todos los que pertenecen al ejército, siendo mayores de diez y ocho años; 3º. los mayores de diez y ocho años que tengan un grado o título literario, obtenido en los establecimientos nacionales.” Y posteriormente con las reformas producidas por el Decreto Número siete que contiene las reformas a la Constitución de la República de Guatemala decretada el once de marzo de mil novecientos veintituno el cual en su Artículo uno establece “El artículo 8º. queda reformado así: “Artículo 8º. Son Ciudadanos los guatemaltecos varones mayores de diez y ocho años: 1º. que sepan

leer y escribir. 2º. Que desempeñen o hubieren desempeñado cargos concejiles.” Y por último en la línea cronológica del país la reforma efectuada por el Decreto Número cuatro decretado el once de julio de mil novecientos treinta y cinco en su Artículo dos “El Artículo 8º. queda así: “Artículo 8º. Son ciudadanos los guatemaltecos varones de dieciocho años que sepan leer y escribir o que tengan renta, industria, oficio o profesión que les proporcione medios de subsistencia.”

Respecto a la persona la teoría electa para este período es la de la viabilidad, distinta de la teoría de la concepción utilizada actualmente, se expone que actualmente se usa la teoría de la concepción pues si bien es cierto que el Decreto Ley ciento seis utiliza una teoría ecléctica pues en su Artículo uno expone “Personalidad. La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”, en contra posición la Constitución Política de la República de Guatemala expone en su Artículo tres “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”, se tiene una norma especial de mil novecientos sesenta y cuatro contra un pacto social de mil novecientos ochenta y cinco, por especialidad se utilizaría el Código Civil pero por la forma en que se derogan las normas se debería utilizar el pacto social posterior, es decir la Constitución, el punto definitivo lo coloca la jerarquía normativa, pues la Constitución es superior como lo expone la ley, que de acuerdo a criterio se encuentra invertida la pirámide de Kelsen, el criterio de la pirámide invertida se basa en las estructuras, la base le otorga la forma al resto y en materia jurídica la norma superior le debe otorgar la forma a las demás, de lo contrario se consideraría que es ilegal, se

supone que por la idiosincrasia mos-arabica es que se colocó a la Constitución en la punta de la pirámide.

Se establece que para este período la teoría electa fue la de la viabilidad pues el Decreto de mil novecientos treinta y dos expone en su Artículo uno “La Personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que favorece.” Y Artículo dos “Para que la persona esté determinada y sea capaz de adquirir derechos, basta que la criatura haya nacido viva y que por su constitución anatómica y fisiológica, sea viable.”, se concluye que la persona que este por nacer debe ser viable para tal situación.

Respecto de la capacidad el cuerpo legal citado expone en su Artículo siete “Por la mayoría de edad se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil” y en su Artículo seis “Son mayores de edad, las personas que han cumplido diez y ocho años; y menores, las que aún no han llegado a esa edad.”; se exponen las reformas de mil novecientos treinta y cinco aún cuando el Decreto de mil novecientos treinta y dos entro en vigencia en mil novecientos treinta y tres por la cercanía de dichas reformas y el código, lo que permite deducir una forma de pensar positiva del pueblo o de la cúpula de poder de ese lapso histórico.

Se denota por los artículos citados que en ese lapso de tiempo existía una bifurcación del concepto ciudadano y civil, la Real Academia de la Lengua española en su diccionario expone respecto al concepto de civil “1. Adj. Ciudadano (II perteneciente a la

ciudad o a los ciudadanos)... 3. Que no es militar, eclesiástico o religioso,”⁶ y respecto a ciudadano el mismo diccionario expone “Persona considerada como miembro activo de un Estado, Titular de derecho políticos y sometido a sus leyes”⁷, pues el Decreto de mil novecientos treinta y dos consideraba a todas las personas nacidas en condiciones de viabilidad aptas para ser capaces de ejercer los derechos civiles con la condición de llegar a la mayoría de edad, la cual por lo expuesto se varió con una tendencia reductiva, mientras que la Constitución y su reformas exponen al ciudadano a una vida política en la cual solo podían actuar la clase privilegiada de los hombres que poseían medios de producción o capital y miembros del ejército.

Por ultimo en la historia del derecho civil guatemalteco se pasa una revolución y contrarrevolución y en mil novecientos sesenta y tres se realiza el Código Civil Decreto Ley cientos seis, el que entro en vigencia el uno de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, se continúa con la figura del protutor como vigía del correcto ejercicio de esta y en el cual en su Artículo doscientos noventa y tres expone “Casos en que procede. El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedara sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedara sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, sino tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado” Y el principio francés se sigue respetando pues el tutor es el administrador de los bienes y guardián del menor además que los cargos siguen siendo públicos para las personas que se encuentran en el libre ejercicio de sus derecho civiles pero ya no es obligatoria; el avance es paulatino de dicha institución con más de cien años de regulación en la

⁶ Diccionario online de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=9Nma0hU> (consultado el 15 de Abril de 2017)

⁷ Ibid. <http://dle.rae.es/?id=9NcFAo6> (consultado el 15 de abril de 2017)

legislación guatemalteca hace concluir que dicha institución siempre ha sido necesaria en la vida de la sociedad guatemalteca claramente adecuándose a las concepciones colectivas de cada época. Prevalciendo de tal forma el sistema de autoridad sobre el sistema familiar, para normar la institución de la tutela.

1.2. Definición de la tutela

Para esta institución el Código Civil vigente en Guatemala no posee una definición legal, tampoco el decreto de mil novecientos treinta y dos ambos se limitan a exponer en que circunstancia procede, pues tanto el Decreto Ley ciento seis en su Artículo doscientos noventa y tres como el Decreto de mil novecientos treinta y dos en su Artículo doscientos veintitrés exponen como copia al calco dicha circunstancia “El menor de edad que no se halle bajo patria potestad, quedara sujeto a tutela”, le prosigue la incorporación en el Decreto Ley ciento seis en el mismo Artículo “para el cuidado de su persona y de sus bienes.”; después prosiguen ambos códigos a incorporar a los declarados en estado de interdicción y por último el código vigente manifiesta en el mismo Artículo “El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.”, circunstancia que no regula el Decreto de mil novecientos treinta y dos hasta su Artículo doscientos sesenta y cinco “El tutor representa al menor e incapacitado en todos los actos civiles, ...”.

Situaciones que no se dejó de lado en el Código Civil de mil ochocientos setenta y siete, en su Artículo trescientos cinco “se llama tutela el cargo que ejerce una persona para cuidar de un menor y de sus bienes. La tutela es un cargo público a cuyo

desempeño están llamados todos los ciudadanos.”, si bien no se expone taxativamente como una definición, se logra entender como tal por su redacción.

Mientras que en la doctrina se le define según Alfonso Brañas como “poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.”⁸, mientras que Carlos Vásquez Ortiz cita a la Licda. María Luisa Beltranena de Padilla “la tutela es la institución que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y sus bienes, o solamente de sus bienes, tanto de menores no sujetos a la patria potestad, como de los mayores que se encuentran temporal o definitivamente incapacitados para regir por si mismos su persona y bienes.”⁹; y Carlos H. Rolando la expone “La tutela es fundamentalmente un instituto de protección de menores que tiene por objeto el cuidado, amparo y defensa de la persona e intereses del menor no emancipado.”¹⁰, cita además éste autor a Víctor H. Martínez “la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a patria potestad.”¹¹, en esta definición se critica que ejercer el gobierno sobre una persona de cualquier edad limita su autodeterminación y por tanto su libertad.

Por lo expuesto se concluye que la tutela es una institución del derecho civil que se le otorga a las personas individuales y civilmente capaces, para ejercer un cargo público y personal, con la función principal del cuidado de un menor que no esté sujeto a patria

⁸ Óp. Cit. Pág. 266

⁹ Óp. Cit. Pág. 222

¹⁰ **Derecho de familia.** Pág. 283

¹¹ *Ibíd.*

potestad o un mayor de edad que hubiere sido declarado en estado de interdicción y sus bienes, así como ejercer la representación legal del mismo.

1.3. Naturaleza jurídica de la tutela

La naturaleza jurídica expone José Lois Estévez “Una gran parte de los autores han reflexionado algo sobre esta cuestión parecen apadrinar la creencia de que los términos “esencia” y “naturaleza” son enteramente sinónimos. Una opinión tal va muy de acuerdo con la tradición de las Escuelas medievales y modernas que fraguaron el alborar de la Ciencia jurídica.”¹², por lo que al ser estos términos sinónimos, el apartado hace referencia a la esencia de la tutela, el autor cita al Cardenal Mercier “considerada aparte de su existencia –escribe-, la cosa se llama esencia. El ser se denomina existencial o actual, considerado como existente; se llama real abstracción hecha por la existencia”¹³, el autor explica este fragmento exponiendo “Decir lo que una cosa es equivale, indirectamente y por lo mismo, a decir lo que no es, aquello que la diferencia de las otras”¹⁴, lo que conlleva a exponer que la tutela es una institución.

La afirmación expuesta si bien es correcta es ambigua y general por lo que no permite exponer con claridad su naturaleza, se debe plantear, que en materia jurídica y especialmente en el derecho latino que tiene su asidero en el derecho romano, se expone una clasificación históricamente originaria del derecho; es decir que para exponer la naturaleza de una institución del derecho se le encuadra en la clasificación romana de las frases expuestas por Ulpiano y reproducido en las institutas de

¹² **Sobre el concepto de <<naturaleza jurídica>>**. Pág. 161

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

Justiniano *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat* y *Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*, que explican en esencia el *ius publicum* y el *ius privatum*.

La autora Elvia Arcelia Quintana Adriano expone “*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*, es decir, derecho público es aquel que trata del gobierno de los romanos, y se divide en tres: 1. *Sacro*. Se refería al culto de los dioses, a sus diversos ritos y sacrificios. 2. *Sacerdotes*. Se refería a su organización, funciones y prerrogativas. 3. *Magistratus*. Regulaba su número, naturaleza y atribuciones; la competencia y la organización de las asambleas populares y del senado.”¹⁵, exponiendo que el derecho que regula o trata lo relativo a las relaciones sociales generales, al gobierno, funciones y del gobierno del Estado, pertenecen al *ius publicum*, derecho público.

Respecto al *ius privatum*, la autora expone “*Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*, el derecho privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares, es decir, el que reglamenta sus diferentes relaciones y actividades.”¹⁶, dicha referencia permite diferenciar la segunda esfera del derecho, en este caso la esfera del derecho privado, esté poseyendo los principios de autonomía de la voluntad, protección a la propiedad privada, libertad de forma, libertad de contratación y al que en esta tesis se le coloca especial atención, la protección a la familia.

Por la clasificación del derecho expuesta se concluye que la tutela es una institución de derecho privado, dicha concepción y por definición aportada en el apartado anterior se

¹⁵ Estudios jurídicos en homenaje a Marta Merineau. Historia del derecho. Pág. 409

¹⁶ *Ibid.*

agregará que la tutela es además una institución de derecho privado con carácter protector.

Empero el desarrollo de la ciencia jurídica y del lenguaje como tal, estos dos derechos se convirtieron en derecho privado y derecho público, pues en el ínterin, de estos contrapuntos, del *ius publicum*, *ius privatum* y derecho público, derecho privado, se empieza a formular nuevas tendencias y las esferas pierden fronteras, estas se empiezan a hacer difusas, sus límites se entremezclan.

Surge una tercera postura al momento expuesta por Antonio Cicu, Carlos Humberto Vázquez Ortiz expone “Antonio Cicu sostiene que es indispensable verificar un reajuste de conceptos en la distinción entre derecho público y el derecho privado, para centrar el problema en el mismo punto de partida.”¹⁷, pues existen conceptos que no pertenecen al derecho público pero aun así poseen una especial protección del Estado.

Esta tesis deriva principalmente por el derecho de familia, al cual pertenece la institución objeto de este capítulo, por lo que el autor citado expone “para Cicu el derecho de familia es un tercer derecho, tratándolo de ubicar dentro del derecho social, en un derecho de frontera entre el derecho público y el derecho privado”¹⁸, es decir se crea una tercera esfera un derecho mixto se puede decir, o un derecho social.

Este parte aguas incorpora a la clasificación expuesta, este derecho de frontera, mixto o social, pues “la familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus intereses; de ahí surge la existencia de un interés familiar, que debe distinguirse del

¹⁷ Op. Cit. Pág. 97

¹⁸ Op. Cit. Pág. 98

individual o privado y del estatal o público; hay, además una voluntad familiar, esto es, una voluntad vinculada al fin de la satisfacción del interés familiar¹⁹,

Aunado a esto el Estado protege a la familia como célula de la sociedad, por lo que le provee especial protección, recordando que entre las garantías que establece la Constitución como Estado garantista se debe de proteger a la persona de forma individual, familiar y social.

Se concluye, la incorporación de la tercera rama iniciada con el derecho de familia, es necesaria pues el derecho de familia no puede regularse en su totalidad por los principios del derecho privado, pues estos otorgan una autonomía de la voluntad a las partes, mientras que en la tutela y en el derecho de familia en general se limita dicha autonomía por la capacidad de las partes, arribando a que la esencia o naturaleza de la tutela es una institución del derecho de familia, de frontera, con carácter protector.

1.4. Características de la tutela

En este apartado se dan un recuento de las características más aceptadas por la doctrina nacional con las aportadas por el licenciado Carlos Humberto Vázquez Ortiz e internacional aportadas por Carlos H. Rolando tratadista argentino, por la relativa reciente entrada en vigencia de un nuevo código civil y comercial el uno de agosto de dos mil quince, las características son expuestas con sus cita del código anterior y cotejadas con la legislación actual de dicho país.

¹⁹ *Ibíd.*

1.4.1. Características de la doctrina nacional

“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 patria potestad.

El cargo de tutor es un cargo público, de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia tutelativa.

La tutela es sustitutiva de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección del tutelado.”²⁰

Las características a portadas reflejan una institución que pretende velar por personas que por distintos motivos no se encuentran bajo patria potestad, a personas que por su edad o circunstancias mentales no pueden velar por sí mismas, aunado a que el cargo es público.

1.4.2. Características de la doctrina argentina.

“Es un cargo personal o personalísimo. Así lo establece el artículo trescientos setenta y nueve del Código Civil, agregando que no pasa a los herederos...

Es una carga pública y nadie puede excusarse de desempeñarla sin causa suficiente (Art. 379 del C.C.)...

²⁰ Óp. Cit. Pág. 223

Es unipersonal. La tutela debe recaer en una sola persona y existe prohibición expresa de la ley (Arts. 386-490/2 CC) de una designación plural o colectiva...

Es una función representativa. Es un carácter que surge nítidamente de diversas disposiciones del Código Civil (Arts. 57 inc. 2, 377, 380, 411).

Es una potestad subsidiaria, en cuanto aparece en defecto de la patria potestad.

Esta bajo el contralor del Estado. Así lo dispone expresamente el Artículo trescientos ochenta y uno del Código Civil: "la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del ministerio de menores".²¹

Las características aportadas por el autor Carlos H. Rolado, detallan de manera específica la institución de la tutela, incorporando si bien la característica de cargo público le añade el cargo personal y si bien este autor expone características que el autor nacional expuesto, la sobriedad en las características aportadas por el autor guatemalteco, no les resta la complejidad innata de las instituciones del mundo jurídico, pero la comparación de ambos no se puede realizar sin actualizar debidamente la legislación argentina.

Por lo expuesto y lo establecido en el primer párrafo de este apartado se expone, en Argentina en dos mil quince entró en vigencia un nuevo código civil y comercial después de un siglo de vigencia de su anterior código el Código Civil de la República

²¹ Carlos H. Rolado. **Derecho de Familia**. Pág. 285

Argentina, de mil ochocientos sesenta y nueve; respecto a las características presentadas se hace el cotejo pertinente.

Es un cargo personal o personalísimo y la unipersonalita, se debe incorporar el Artículo trescientos ochenta y seis del Código Civil de la República de Argentina “La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores,…” mientras que en el Código Civil argentino actual si se permite en su Artículo ciento cinco “La tutela puede ser ejercida por una o más personas,…” el cargo de tutor es intransmisible;…” dicha característica debe ser contrapuesta, o se le dio un giro de ciento ochenta grados con la postura anterior conservando lo personalísimo después ser discernido el cargo, es decir ahora en argentina si pueden existir varios tutores pero al ser discernido el cargo solo ellos pueden ejercer las funciones del tutor, mientras que en Guatemala la norma establece que la tutela será ejercida por un tutor y un protutor , son cargos personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgarse mandatos específicos para actos determinados, esto según el Artículo 295 del Código Civil Decreto Ley ciento seis, por lo que desde cierto punto podría ser ejercida por varias personas.

Aunado a lo anterior, el Artículo doscientos noventa y ocho del código citado expone “Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar a un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto del otro respectivamente, en el orden de su designación”, por lo que en Guatemala, si pueden existir varios

tutores y protutores pero estos ejercerán uno a la vez en forma sucesiva la tutela o uno en defecto de otro, pero no al mismo tiempo.

Es una carga pública, el nuevo Código Civil y comercial argentino no menciona dicha característica pero hace a lución según el Artículo ciento doce del código citado “Diferimiento judiciales. Competencia La tutela es siempre discernida judicialmente...”; respecto a la función representativa, la misma es conservada cambiando únicamente el asidero legal, reposando este en los artículos ciento cuatro, ciento cinco, ciento seis, ciento doce, ciento trece, principalmente el ciento diecisiete y ciento dieciocho del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es una función subsidiaria, si bien la característica hace referencia a su aplicación en ausencia de patria potestad la nueva legislación de Argentina provee dicha situación y permite bajo dicha característica que la tutela se nutra de la patria potestad, como se logra leer en el Artículo ciento cuatro “... se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del segundo Libro...”; siendo estos de la responsabilidad parental, Artículo seiscientos treinta y ocho “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”; mientras que en nuestra legislación en el Decreto Ley ciento seis en su Artículo doscientos cincuenta y dos expone “En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.”; cotejando ambos Artículo se observa

que la legislación argentina llama responsabilidad parental a lo que la legislación guatemalteca llama patria potestad, así mismo se reitera que en la legislación argentina la tutela se nutre de la responsabilidad parental (patria potestad).

Se encuentra bajo el control del Estado, si bien en la nueva legislación argentina no se dota a un ministerio específico para fiscalizar esta institución subsidiaria, si contempla ciertas restricciones que el tutor en el ejercicio de su función posee, anulando algunas de estas restricciones con requisitos específicos, los cuales giran en torno a la dispensa judicial, como lo contempla los Artículos ciento doce, ciento trece, ciento catorce, ciento quince y ciento dieciséis.

Se concluye, entorno a dos cosmovisiones distintas pero iguales en cierto sentido, por lo que se hace necesario para la presente investigación establecer de forma concreta los aspectos esenciales que engloban las principales bases de la tutela por lo que se logra amalgamar las características siguientes:

- a) Sustitutiva y subsidiaria;
- b) Función protectora y representativa;
- c) Publica y personalísima;
- d) Control Estatal derivado en un control jurisdiccional.

Derivado de las características planteadas se puede desarrollar de mejor manera la institución civil de la tutela objeto de la presente investigación.

1.5. Clases de tutela

La tutela es una institución del derecho de familia con función protectora, como se estableció previamente que posee una clasificación legal tripartita como lo expone el Código Civil en su Artículo doscientos noventa y seis “Clases de tutela. La tutela puede ser testamentaria, legitima y judicial.”, el Artículo presenta *numerus clausus* respecto a las clases, esta clasificación versa en la forma que se instituye la tutela, respecto a la clasificación de la tutela doctrinaria, los autores incorporan la tutela específica y tutela legal.

1.5.1. Tutela testamentaria

Por lo expuesto se expone que la tutela testamentaria consiste en la institución de derecho de familia con función protectora que se instituye por la declaración de última voluntad, el Artículo doscientos noventa y siete del Decreto Ley ciento seis expone “Testamentaria. 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 bajo su tutela legitima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor, nombrado por el padre o la madre y tutor legitimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.”.

Esta tutela crea una lista de quien puede constituirla básicamente son las personas que tienen capacidad para testar, es decir, no concurra en las incapacidades descritas en el Artículo novecientos cuarenta y cinco del Decreto Ley ciento seis “Incapacidades para

testar. Están incapacitados para testar: 1º. el que se halle bajo interdicción; 2º. el sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra, cuando no puedan darse a entender por escrito; y 3º. el que sin estar bajo interdicción no gozare de sus facultades intelectuales y volitivas, por cualquier causa, en el momento de testar.”.

Carlos Vázquez Ortiz cita a Guillermo Cabanellas indicando “la tutela testamentaria es la discernida²² de acuerdo con el nombramiento, que el padre o la madre hacen en su testamento, y que puede recaer sobre cualquier persona.”; mientras que María de Montserrat Pérez Contreras expone “Es la que se determina por testamento.”²³, por lo que se concluye que la tutela testamentaria su único carácter distinto de la tutela es la forma en que se constituye.

1.5.2. Tutela legítima

Antiguamente se consideraba que esta forma de instituir la tutela, recaía solo sobre los hijos legítimos, y cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o dejan de serlo, con el desarrollo de la sociedad se amplía la forma en que se ve a los hijos, como sujetos y no como cosas, a tal cuenta que se reconoce la igualdad de hijos a niveles constitucionales pues en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo cincuenta “Igualdad de los hijos. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible.”; por lo que esta forma de instituirse se dará en un caso específico.

²² Op. Cit. Pág. 224

²³ **Derecho de familia y sucesiones.** Pág. 165

Carlos Humberto Vázquez Ortiz expone “tiene lugar en el evento de que no exista la tutela testamentaria, y son llamados a ejercerla los parientes del menor...”²⁴; se recalca lo mencionado, no es que sea una tutela distinta, sino de una forma distinta de instituir la tutela, en el caso mencionado por el autor la ley suple dicha carencia con los parientes del autor, la autora María de Montserrat Pérez Contreras explica “es aquella que a falta de nombramiento testamentario es designada por la autoridad judicial y que recae sobre miembros de la familia o de aquellos que no lo son, pero son designados por ley.”²⁵, los parientes en el orden son regulados por el Artículo doscientos noventa y nueve del Código Civil “La tutela 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 mayor de edad y capacidad...” se detona una preferencia para el hombre dentro de esta enumeración, procedente de la visión del varón como proveedor de la familia por lo que se enuncia primero a los abuelos varones de ambas líneas pues se supondría que estos tienen los recursos para cuidar del menor.

Continúa el Artículo citado “...La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del 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”,

²⁴ Ibíd. Pág. 225

²⁵ Op. Cit. Pág. 166

en contraposición a la preferencia de la línea paterna en los hijos que nacen dentro del matrimonio,

1.5.3. Tutela judicial

Conocida cómo tutela dativa, se encuentra regulada en la legislación guatemalteca, en el Artículo trescientos del Decreto Ley ciento seis “Judicial. La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto el Ministerio Público (Sic), y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista. Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el Artículo anterior.”, según el Decreto Número veinticinco guion noventa y siete en las leyes que no sean de materia penal se entenderá Procuraduría General de la Nación en donde se lea Ministerio Público, las circunstancias mencionadas corresponden a la solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

Es decir la tutela va a ser ejercida por una persona designada por un órgano jurisdiccional, recae el cargo entonces fuera de la parentela del menor en persona hábil para su competente ejercicio; María de Montserrat Pérez contreras expone “Es aquella que surge a falta de tutela testamentaria y de tutela legítima, y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales.”, en nuestra legislación no se contempla una tutela para menores emancipados pero si para personas declarados en estado de interdicción, la cual posee su propia lista refiriendo al cónyuge; al padre y a la madre; a

los hijos mayores de edad; y a los abuelos, en el orden establecido para la tutela legítima, esto según el Artículo trescientos uno del Decreto Ley ciento seis.

Se podría establecer como otra clase de tutela, la cual se instaura como una tutela legítima existiendo las personas enunciadas, una judicial decidiendo el juez o testamentaria si sus padres abuelos o tutor lo deja como heredero o legatario y carece de tutor, en que la modificación recae sobre el sujeto que se encuentra declarado en estado de interdicción; en la antigüedad se le conocía como curatela, de la que se expuso en el apartado de antecedentes históricos, la razón por la que no se puede considerar como una clasificación de tutela a pesar de estar regulada en el Código Civil, recae en el Artículo doscientos noventa y seis citado anteriormente.

1.5.4. Otras clasificación o clasificaciones doctrinarias de la tutela

1.5.4.1. Tutela de los declarados en estado de interdicción: explicada en el apartado anterior.

1.5.4.2. Por no necesitar discernimiento: únicamente la legal, expuesta anteriormente.

1.5.4.3. Por la forma de ejercerla: De hecho; según Carlos Vázquez Ortiz “se da cuando el cuidado de un menor o incapaz y la administración de sus bienes es de hecho por quien carece de derecho o título legal para ejercer la tutela, sin embargo, esta persona que ejerce la institución de la tutela asume las mismas responsabilidades de un tutor legal”²⁶; ejercida por personas que no deberían pero al ejercerla recaen en las

²⁶ Op. Cit. Pág. 227

responsabilidades de quien debería ejercerla. De Derecho, en contra posición de la anterior, es la tutela por excelencia pues es ejercida con el título legal respectivo, podría suponerse que en una Litis que confronte las tutelas mencionadas en esta sección, ganaría a todas luces; a su vez está última deriva en general y especial, la general igual a la testamentaria, legítima o judicial en la que el tutor representa al menor; y la especial, en esta el tutor no puede estar presente en la representación del menor y se emite un mandato como lo establece el Código Civil en su Artículo doscientos noventa y cuatro.

1.5.4.4. Por los que la integran: Tutela plena, consiste en la tutela normal integrada o ejercida por todos los órganos tutelares que la integran, los que se explicarán de forma detallada en el siguiente apartado; y tutela restringida, consistente en aquella que solo requiere la intervención del tutor y no de los demás órganos tutelares, como el protutor.

1.6. Elementos subjetivos de la tutela

Al referir a los elementos subjetivos, se pretende hacer mención de los sujetos que participan en esta institución del derecho de familia, teniendo como centro gravitatorio al pupilo; y al tutor y protutor he incluso al juez como sujetos que orbitan o giran alrededor del pupilo.

1.6.1 Pupilo

Es constituido o se le denomina de esa forma a la persona individual sobre la que se ejerce la tutela, puede ser un menor de edad que no se halle bajo la patria potestad

como lo establece el Artículo doscientos noventa y tres del Decreto Ley ciento seis citado con anterioridad, a dicha circunstancia se puede concurrir por distintas perspectivas, una de ellas consiste en el fallecimiento del progenitor sobreviviente, es decir que el menor debe perder a su padre y a su madre, no importando quien falleciere primero o de segundo, pues la sobrevivencia de uno presupone el ejercicio de la patria potestad según el Artículo doscientos cincuenta y dos del Decreto Ley seis “En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre o la madre en el matrimonio...; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso...”; y no calificaría para que se encuentre bajo tutela.

Otras circunstancias pueden ser que ambos padres concurren en las circunstancias para separar, perder o suspender la patria potestad, pueden ser separados según el Decreto Ley ciento seis en su Artículo doscientos sesenta y nueve “si el que ejerce patria potestad disipa los bienes de los hijos o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad...”; una mala administración del progenitor sobreviviente o de ambos progenitores conllevaría a tramitar en un juicio de conocimiento en la vía oral, la separación de la patria potestad lo que dejaría al menor con el presupuesto para estar bajo tutela.

La pérdida y la suspensión de la patria potestad puede restablecerse, la separación por su parte no es contemplada en el Artículo doscientos setenta y siete del cuerpo legal citado, suspensión procede según el Código Civil por su Artículo doscientos setenta y

tres “Suspensión. La patria potestad se suspende: 1º. Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; 2º. Por interdicción, declarada en la misma forma; 3º. Por ebriedad consuetudinaria; y 4º. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.”, mientras que las circunstancias de la pérdida se regulan en el mismo cuerpo legal en su Artículo doscientos setenta y cuatro “Pérdida. La patria potestad se pierde: 1º. por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2º. por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3º. por delitos 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 hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y 5º. Por haber sido condenado dos o más veces por delito 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.”

Respecto a la adopción del menor no incurre en el supuesto de no encontrarse bajo patria potestad, pues esté al ser adoptado se encuentra bajo la patria potestad del adoptante, mientras duren dichas circunstancias los progenitores no poseerán la patria potestad de sus hijos, es decir los menores no se encontraran bajo patria potestad por lo que se presenta el presupuesto para que proceda la tutela.

Respecto a los mayores de edad declarados en estado de interdicción, para llegar a esa declaración se debe concurrir en lo establecido por el Artículo nueve del código citado “Incapacidad. 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; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se prueba que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.”; emitida la resolución en la que se establece la declaratoria de interdicción el mayor de edad, se encuentra en el presupuesto del Artículo trescientos uno, y en consecuencia se podrá ejercer la tutela sobre él; los derechos y obligaciones del pupilo serán tratados en el siguiente capítulo.

1.6.2 Tutor

El tutor o tutores, según Carlos Humberto Vázquez Ortiz “es la persona que representa al menor, obra en su nombre, maneja y dirige su patrimonio, es nombrado para el cuidar de la persona y de los bienes del pupilo, se constituye como su representante legal”²⁷; María de Montserrat Pérez Contreras explica “las personas físicas pueden ejercer el cargo de tutores.”²⁸, establece pueden porque estos deben de llenar un mínimo de requisitos para ejercer el cargo, Carlos H. Rolando expone “El tutor viene a ocupar el lugar del padre, de ahí la similitud de sus deberes y atributos. No obstante, siendo que la tutela es un estatuto legal sin base natural como la patria potestad, los deberes y derechos de los tutores son menores que los de los padres.”²⁹; se concluye que el o los tutores son las personas individuales civilmente capaces que remplazan a los progenitores, con deberes y derechos semejantes mas no iguales que deben de

²⁷ Op. Cit. Pág. 219

²⁸ Op. Cit. Pág. 162

²⁹ Op. Cit. Pág. 296

poseer un mínimo de requisitos, por el ejercicio de la representación legal del menor los tutores en la legislación guatemalteca no pueden ser personas, mal llamadas, jurídicas, es decir colectivas; y cuando es el Estado que ejerce su representación esté lo hace o se la encarga o delega a una persona física, que se explicara en el apartado de tutores legales.

Nuestra legislación si permite que sean varias personas físicas las que sean designados como tutores o protutores pero como se explicó anteriormente, uno a la vez en forma sucesiva o uno en defecto de otro, pero no al mismo tiempo, así mismo se pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados a terceros, pero esto no los vuelve tutores, esté negocio jurídico los convierte en mandatarios del tutor o protutor.

Este cargo es discernido de forma procesal por juez competente y al igual que los pupilos posee derechos y obligaciones los que serán tratados en el capítulo segundo de la presente tesis; el cargo de tutor posee características de obligatoriedad, personalísimo y público; mientras que los requisitos mínimos para ejercer el cargo de tutor versa de forma principal en ser una persona individual, física, civilmente capaz; capacidad que se adquiere al cumplir la mayoría de edad y esta se computa a partir de los dieciocho años según el Artículo ocho del Decreto Ley ciento seis.

1.6.2.1 Clases de tutores

La doctrina no contempla la clasificación de tutores, pues deduce que se ejerce una clase de tutela, el criterio que se detenta, gira en torno al Artículo doscientos noventa y

seis del Código Civil, pues este clasifica a la tutela por su constitución, la doctrina incorpora la tutela específica, especial y legal; cuando en ningún apartado los artículos que regulan dichas instituciones las contemplan como tal, aunado a esto los artículos que hacen referencia se refieren a sujetos, es decir a personas físicas que se encargan de la tutela de pupilos, no de clasificación de instituciones de derecho de familia; por lo que se propone la siguiente clasificación de tutores.

Tutor *per se*: toda persona física y civilmente capaz al que se le ha designado como tal, por testamento, por disposición de la ley o por nombramiento del órgano jurisdiccional competente y se le ha discernido el cargo según las normas del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley Número ciento siete en sus Artículos cuatrocientos dieciocho al cuatrocientos veinticuatro.

Tutor especial: Persona individual civilmente capaz que ejerce el cargo de tutor por nombramiento de juez bajo el supuesto que existe conflicto de intereses entre hijos sujetos a una misma patria potestad, o entre ellos y los padres; fundamentando esta clasificación en el Artículo doscientos sesenta y ocho del Código Civil.

Tutor específico: Persona física civilmente capaz, nombrado por juez como tutor específico, bajo el supuesto de conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela; fundamentando esta clasificación en el Artículo trescientos seis del Código Civil.

Tutor legal: Persona física civilmente capaz, que se encuentra discernido del cargo de director o supervisor de un establecimiento de asistencia social u ocupa dicho cargo o

puesto por relación funcional en las entidades estatales o por relación de trabajo o nombramiento de representante legal en las entidades privadas, dicho tutor no necesita de discernimiento de cargo; fundamento legal en el Artículo trescientos ocho del Código Civil.

1.6.3 Protutor

Elemento subjetivo de la tutela, regulado en el Artículo trescientos cuatro “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 parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúna las condiciones de notoria honradez y arraigo.”

Es la forma en que el Estado fiscaliza el desarrollo del ejercicio de la tutela y según el Código Civil en su Artículo trescientos cinco esta obligados a “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 posición 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 redición de cuentas del tutor.

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

Así pues se vuelve a mencionar lo establecido para el tutor o tutores, nuestra legislación si permite que sean varias personas físicas las que sean designados como tutores o protutores pero uno a la vez, en forma sucesiva o uno en defecto de otro.

Pero no al mismo tiempo, así mismo se pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados a terceros, pero esto no los vuelve protutores, éste negocio jurídico los convierte en mandatarios del protutor.

1.7. Diferencias de la tutela con otras instituciones

Las instituciones del derecho de familia con las que se puede comparar o asemejar la tutela, por su función, son la patria potestad y adopción, siendo la adopción una institución subsidiaria de la familia y la patria potestad una facultad propia de la paternidad y maternidad, su semejanza termina al momento de examinar el origen de la patria potestad, de la tutela y la adopción, la adopción crea de forma civil un vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante, mientras que la tutela no genera dicho vínculo y con respecto a la patria potestad y la tutela aunque compartan deberes y derechos semejantes su origen, uno natural y el otro civil las distancia enormemente.

CAPÍTULO II

2. Ejercicio de la tutela

El ejercicio de esta institución, por su función protectora y los rasgos, requisitos y calidades de los tutores está regulada por el Código civil, así pues los cargos de tutor y protutor al ser públicos y personales deben ser discernidos por el órgano jurisdiccional competente, esto les genera a los elementos subjetivos de la tutela derechos y obligaciones; por la función de la tutela, al tutor o protutor se les puede inhabilitar, pueden presentar excusas, y para concluir la tutela en los casos de los menores no sujetos a patria potestad y que no se les declara en estado de interdicción al cumplirla mayoría de edad debe finalizar, esto es lo que se tratara en el capítulo presente.

2.1. Proceso de discernimiento del cargo a los tutores y protutores

2.1.1 Competencia de los órganos jurisdiccionales que deben conocer el discernimiento

Se debe recalcar que las tutelas en las que existe el discernimiento de cargo, son la testamentaria y la legítima y la judicial de los menores de edad o los declarados en estado de interdicción, es decir en la clasificación legal de la tutela, siendo los tutores específicos y especiales recaen en la tutela judicial, mientras que se excluye al tutor legal de este proceso por disposición de la ley, como lo establece el Artículo trescientos ocho del Código Civil citado anteriormente, pues la tutela de hecho que trata la doctrina no existe título alguno para ejercerla y en consecuencia no procedería un discernimiento, pues la persona que ejerza una tutela de hecho, como su nombre lo

indica solo la ejerce, es decir una persona actúa y realiza las funciones de la tutela pero no posee un título que respalde esas acciones.

Realizado por el Juez de Familia, pues en primer momento al analizar el discernimiento de cargo es un caso que no posee cuantía, o como lo establece el Artículo diez del Decreto Ley ciento siete “en los asuntos de valor indeterminado es juez competente el de primera instancia”, es decir un juez del ramo civil de primera instancia sería el que debería conocer, pero y es un punto importante, la tutela en general como se estableció es una institución de derecho, de esta relativamente nueva esfera, del derecho mixto, así lo estima la doctrina y el criterio manejado en la presente tesis, la legislación expone respecto a la competencia del derecho de familia en el Decreto Ley doscientos seis Ley de Tribunales de Familia, satisfaciendo a los *ius naturalistas* y *ius positivistas*, pues refiere a los *ius naturalistas* al primer considerando de dicha ley “Considerando: que la familia como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa...”; mientras que a los *ius positivistas* los refiere al Artículo uno de la ley citada “se instituye los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la Familia.”; para reforzar esta posición la misma ley en su Artículo dos expone “Corresponde a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con los alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela,...”.

Bajo esta jurisdicción privativa los tribunales de familia, pues el Artículo tres del Decreto Ley doscientos seis “Los tribunales de Familia están constituidos: a. Por los Juzgados

de Familia que conocen los asuntos en primera instancia. b. Por las Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.”; concatenando o integrando normas, el Artículo diez del Decreto Ley ciento siete y los artículos citados del Decreto Ley doscientos seis, se concluye que el proceso de discernimiento de cargo del tutor y protutor será ante los juzgados de familia.

2.1.2 Vía en que se debe plantear el discernimiento del cargo

Respecto de la vía en que se debe plantear dicho discernimiento, se esboza en el Decreto Ley ciento siete, un procedimiento que inicia en su Artículo cuatrocientos dieciocho, que se encuentra en la Sección Tercera de Disposiciones Relativas a la Administración de Bienes de Menores Incapaces y Ausentes, que a su vez integra el Capítulo Segundo Asuntos Relativos a la Persona y a la Familia afiliado al Título Primero, Jurisdicción Voluntaria del Libro Cuarto Procesos Especiales, de la referida norma.

La importancia de lo expuesto radica en la aparente antinomia jurídica, o cuestión de dilucidar, planteada por el Decreto Ley doscientos seis en el Artículo ocho de la norma descrita “En todas las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el Capítulo II del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil.”, y el Artículo dieciséis de la norma referida “en los asuntos relacionados con la familia, que se enumeren en el Artículo 2º, de este Decreto y deban conocerse en la vía voluntaria, los tribunales de familia aplicarán los procedimientos establecidos en los Capítulos I y II del Título I del Libro IV

del Código Procesal Civil y Mercantil, pero con las características procesales prescritas en este Decreto, en los que fueren aplicables. Toda oposición que no tratare de los asuntos a que refiere el Artículo 9º se resolverá dentro del mismo proceso.”; al analizar la supuesta antinomia jurídica o duda respecto a ¿Qué Artículo se debe usar?; se debe establecer presupuestos que diferencian a la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción voluntaria. (No de distinta naturaleza de la jurisdicción privativa).

Desmarañando la cuestión de jurisdicción, sus clasificaciones y características, tomaría un capítulo entero, pero se hará mención de circunstancias claves que permiten el desarrollo de la presente tesis. La Jurisdicción según Manuel Ossorio “Acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es pues, la función específica de los jueces.”³⁰, así pues la Constitución expone en su Artículo doscientos tres “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgados. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de

³⁰ **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 529

justicia.”; por lo que se puede establecer que la jurisdicción *per se*, es el poder otorgado por el Estado a los órganos jurisdiccionales para impartir y administrar justicia.

Las diferentes clases de jurisdicciones, se presentan por características en la forma que se administra la justicia; en la privativa, los órganos jurisdiccionales son los únicos que pueden conocer de dicha materia, como ejemplos tenemos la jurisdicción laboral Artículo doscientos ochenta y tres del Decreto mil cuatrocientos cuarenta y uno, la jurisdicción constitucional Artículo doscientos sesenta y ocho Constitución Política de la República; si bien las materias se encuentran reguladas en normas totalmente distintas en los ejemplos, la materia de familia se encuentra regulada por normas civiles, pues en Guatemala el derecho de familia no se ha emancipado del derecho civil; la jurisdicción ordinaria, por su parte es esta potestad de administrar justicia por los órganos jurisdiccionales según competencia de materia, territorio y cuantía, pero la característica que la diferencia de las demás es que existe *litis* o controversia, es decir en el ramo civil dos partes, demandado y demandante, ambos poseen pretensiones o intenciones, enfrentadas o en conflicto sobre un derecho o una situación específica.

Mientras que la jurisdicción voluntaria, es aquella potestad otorgada por el estado a los órganos jurisdiccionales de impartir y administrar justicia, en aquellos casos en que no existe *litis*, no hay controversia de dos partes, solo se necesita que se declare un derecho unilateral que no posee una antítesis, que lo confronte, como por ejemplo el discernimiento de cargo de tutor y protutor; el citado Artículo ocho expone el juicio oral pero este juicio de conocimiento opera cuando existe *litis*, pues es un proceso de conocimiento, mientras que el discernimiento de cargo al tutor y protutor no existe dicha

circunstancia por lo que no es posible operar o iniciar este procedimiento, mientras que el citado Artículo dieciséis del Decreto Ley doscientos seis refiere a jurisdicción voluntaria que refiere a los procedimientos especiales del Decreto Ley ciento siete, por lo que es la norma que encuadra al discernimiento de dicho cargo.

Se concluye que la norma aplicable es el Decreto Ley ciento siete por discusión del Artículo dieciséis del Decreto Ley doscientos seis y la vía será la de los procedimientos especiales regulados en los capítulos I y II del Libro IV de la norma referida, mientras que el procedimiento será explicado en el siguiente apartado.

2.1.3 Procedimiento del discernimiento del cargo

Teniendo al órgano jurisdiccional competente, la vía en que debe plantearse y su respectivo fundamento legal, el procedimiento se inicia con la solicitud del tutor y/o protutor, pues la solicitud debe ir dirigida por las personas que ejercerán los cargos respectivos individual o colectivamente como lo establece el Decreto Ley ciento siete en su Artículo cuatrocientos dieciocho “Todo tutor, protutor o guardador, deberá solicitar del juez de primera instancia el discernimiento del cargo; y el juez, antes de confirmarlo o discernirlo, podrá seguir, de oficio, información respecto a la moralidad y aptitudes del nombrado. Con el resultado de la información, el juez confirmará o no el nombramiento y discernirá el cargo, procediendo al inventario y avalúo de los bienes, así como al otorgamiento de las garantías correspondientes, conforme al Código Civil.”, dicho avalúo se realiza según el Decreto Ley ciento seis por su Artículo trescientos veinte “Obligación de hacer inventario. El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del

cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez, según las circunstancias...”, dicha obligación no puede ser eximida pues el Artículo continúa “En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedará el tutor eximido de esta obligación”.

La ley no solicita que el protutor deba hacer este inventario pero si lo obliga a intervenir según el Artículo trescientos cinco del Código Civil “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 deba prestar el tutor;...”, es decir las obligaciones de las garantías recaen sobre el tutor y el protutor solo fiscaliza, por lo que el procedimiento del protutor termina al garantizar o establecer la moralidad y capacidad de la persona.

El criterio de la solicitud colectiva se funda en el Artículo cinco de la Constitución “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe;...”, por cuanto la norma no prohíbe que la solicitud de discernimiento de cargo sea dirigida individualmente, está puede ser realizada en forma colectiva del tutor y protutor, así pues la obligación de fiscalización del avalúo se realiza después del discernimiento del cargo, por lo que no obstaculiza a que se le discierna el cargo al mismo tiempo que al tutor.

Teniendo en cuenta el Artículo cuatrocientos tres de la norma referida “Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia; y cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificara para que, dentro de tercer día, la evacúe. Los documentos que se presentaren y

justificaciones que ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación. Se oirá al Ministerio Público: 1º. Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos. 2º. Cuando refiera a personas incapaces o ausentes.”, dicho discernimiento es indispensable para el ejercicio del cargo según el Artículo trescientos diecinueve del Decreto Ley ciento seis “Discernimiento del cargo. El tutor y el Protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez...”, en consecuencia el proceso es obligatorio para ejercer la tutela.

Se razona que el procedimiento inicia con la solicitud por escrito del tutor y/o protutor, la cual se determinara su trámite en un decreto dictado a más tardar al día siguiente, según los artículos ciento cuarenta uno y ciento cuarenta y dos de la Ley del Organismo Judicial, el tribunal de familia para establecer la moralidad y capacidad de estas solicita de oficio información respecto a estas calidades y corre audiencia a la Procuraduría General de la Nación, por lo establecido en el Decreto veinticinco guion noventa y siete, la cual se evacuará al tercer día y se resolverá por medio de auto dictado dentro de tres días según los Artículos expuestos, se expone que es en auto dichos discernimientos pues el Artículo cuatrocientos cinco del Decreto Ley ciento siete expone:

“El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidos para la jurisdicción contenciosa.”.

Es decir para la jurisdicción ordinaria; discernido los cargos se procederá al inventario y avalúo, que posee un plazo sugerido de treinta días que el tribunal puede restringir o ampliar según las circunstancias, de los bienes del menor y las garantías correspondientes establecida en el Código Civil.

En conclusión tanto el tutor y los protutores pueden discernir del cargo siempre y cuando cumplan con las exigencias y requisitos que exige la ley para dicha situación, dado que esta aceptación es potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

2.2. Obligaciones y derechos del tutor

Todo menor de dieciocho años que no esté sujeto a ninguna patria potestad o persona declarada en estado de interdicción tienen derecho a ser protegido en el ámbito personal y en sus bienes, por un tutor.

2.2.1 Obligaciones

La obligación de inventario y avalúo establecida en el apartado anterior es base para establecer las siguientes obligaciones:

Garantía: posteriormente la ley obliga tanto al tutor como al protutor a promover la constitución de la garantía según Artículo trescientos veintiuno del Código Civil, “Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado”, el protutor queda obligado por el artículo citado y por el Artículo trescientos cinco de la norma señalada, a intervenir y promover dicha garantía pero no así a prestarla o constituirla y si se dan los supuestos de no existir bienes o que sea eximida por el testador, la caución no se prestará; salvo lo establecido por el Artículo trescientos veintidós de la norma señalada cuando sobrevenga causa que haga obligatoria la caución, dicha

circunstancia se hará saber al juez por el tutor, protutor o la Procuraduría General de la Nación, siendo, el criterio por análisis de la norma, la única circunstancia que el menor de alguna de las tantas formas existentes en el mundo del derecho adquiera uno o varios bienes.

Del monto, aumento, disminución y forma de la garantía: de dicha garantía se establece por los supuestos establecidos en el Artículo trescientos veintitrés “la garantía deberá asegurar: 1º. El importe de los bienes muebles que reciba el tutor; 2º. El promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela; y 3º. Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa.”, dichos supuestos representan, en su orden, la cantidad de bienes muebles que posea el menor de edad o el mayor de edad declarado en estado de interdicción, el rédito de cualquier clase de bienes inmuebles, por exclusión de la circunstancia anterior, no incorporados en el derecho mercantil durante tres años anteriores a la tutela, y las ganancias producidas por un año de cualquier clase de bien incorporado al derecho comercial que posea, es decir en la primera y segunda si los bienes que recibe o posee el menor no son las cosas mercantiles señaladas en el Código Civil en su segundo libro, y en la tercera de los bienes que se encuentren en el Artículo cuatro y el Libro III del Decreto dos guion setenta Código de comercio de Guatemala.

Dicha garantía se aumenta y disminuye según el Artículo trescientos veinticuatro del Código Civil, en el cual se contempla el valor de los bienes, si el valor de estos aumenta la garantía debe aumentarse y en contraposición si disminuye esta debe

rebajar el monto de la caución; mientras que la forma el código señalado expone en su Artículo trescientos veinticinco que debe ser en hipoteca, prenda o fianza normalmente, sin excluir la garantía personal y la caución juratoria, estas admitidas a juicio del tribunal del familia, dependiendo del valor de los bienes, la solvencia y reputación del tutor.

Presupuesto: obligación impuesta por el Artículo trescientos veintiocho del Código Civil, la cual se desarrolla dentro del primer mes del ejercicio de la tutela y será sometida a conocimiento de juez, este presupuesto versa sobre los gastos de administración para el año, no se necesita autorización judicial para los gastos que no ascienden a quinientos quetzales, la pensión alimenticia no entra dentro de las obligaciones del tutor, por ser a solicitud y propuesta por el mismo según el Artículo trescientos veintisiete del referido código.

Contabilidad: exigida por el Artículo trescientos cuarenta y dos del referido código, esta debe ser comprobada y exacta.

Rendición de cuentas: la rendición de cuentas es una obligación anual que debe presentar el tutor, según el Artículo trescientos cuarenta y tres del Código Civil, así pues debe otorgarse al momento de finalizar la tutela, dicha obligación es fiscalizada por el protutor según el Artículo trescientos cinco del referido código "... 4º. A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; ...", y puede ser exigida en el supuesto que el tutor no la presente por el juicio oral según el Artículo ciento noventa y nueve del Decreto Ley ciento siete "... 4º. La rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta obligación la ley o el contrato;...", siendo esta la

principal forma en que el Estado vigila el ejercicio de la tutela otorga las herramientas necesarias para constreñir al obligado, tutor, a prestarlas de forma voluntaria u obligándolo.

Entrega de bienes: dicha obligación es exigida por la ley en el Artículo trescientos cuarenta y nueve del código referido, sucede al momento de finalizar la tutela, la cual no es suspendida por estar pendiente la rendición de cuentas, la entrega de los bienes posee dos asideros, el primero, y preferible, sucede al momento en que el menor adquiere la mayoría de edad, es decir cuando el pupilo cumple los dieciocho años; la segunda sucede al momento en que se sustituye al tutor sea por excusa, impedimento, prohibición o remoción a solicitud del protutor, dichas circunstancias se analizarán en apartados subsiguientes.

Representación legal: obligación que si bien no está exigida por la ley, el estudio a profundidad de la institución de la tutela permite deducir que es una obligación inherente al cargo público y personal del tutor, si cabe la comparación con los cargos administrativos y los cargos exoficio, una obligación exoficio.

Solicitud de autorización judicial: dicha obligación es exigida o procede cuando el tutor pretende realizar las acciones enlistadas del Artículo trescientos treinta y dos del Decreto Ley seis, dentro de las cuales se puede mencionar de forma general la disposición del menor y sus bienes, el rechazo de herencias, legados y donaciones o adquirir mutuo.

Defender los derechos del menor: en función de la finalidad de la tutela el tutor dentro y fuera de juicio debe defenderlos como lo establece el Artículo trescientos treinta y nueve del Código civil.

Exigir la entrega de bienes y la rendición de cuentas en la sustitución de tutor: esta obligación es exigida al momento de nombrar a otro tutor en sustitución de otro, por excusas, prohibiciones, remoción o sucesión del cargo según lo establezca el testamento.

Respetar la carrera, oficio o carrera del menor: establecida por el Artículo trescientos treinta del Código Civil, el tutor sin autorización judicial no puede intervenir en el desarrollo del menor, este posee autodeterminación y libertad para escoger su destino.

En virtud de lo anterior se concluye que los tutores tienen obligaciones de estricto cumplimiento en pro de la realización integral del pupilo a su cargo.

Derechos

Si bien se le exigen una cantidad considerable de obligaciones al tutor, por la delicadeza del cargo que se le discierne, así pues las obligaciones del pupilo en algunos casos son derechos del tutor, este también posee derechos:

Respeto y obediencia: según lo establece el Artículo trescientos treinta y uno del código el tutor tiene las facultades de los padres con las limitaciones que la ley expone, por lo que el pupilo se encuentra bajo la guarda y custodia del tutor.

Retribución de la tutela: anualmente y en los porcentajes que expone la ley, en el Artículo trescientos cuarenta del Código Civil, el tutor y protutor poseen derecho a una retribución que puede ascender hasta el quince por ciento de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo, la cual no será otorgada si son removidos por su culpa de los cargos.

2.3. Obligaciones y derechos del pupilo

Las obligaciones del pupilo son reducidas casi nulas pues dentro del análisis de la norma, la única obligación que le corresponde al pupilo de respetar y obedecer al tutor tal cual lo haría con sus progenitores, según el artículo citado; mientras que los derechos del menor la ley en el Código Civil en su Artículo trescientos tres, les confiere dos que son establecidos al momento en que cumplan dieciséis años, el primero consiste en su incorporación en la administración de sus bienes para su información y conocimiento, y el segundo respecto de solicitar un tutor legítimo si no se hubiera nombrado a uno de forma testamentaria.

2.4. Prohibiciones, excusas y remoción de la tutela

2.4.1. Prohibiciones

Establecidas como inhabilidad en el Párrafo II, del Capítulo IX del Libro I del Código Civil, se establecen en el Artículo trescientos catorce del cuerpo legal referido, exponiendo que 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 uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;

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

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

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

8o.- 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;

9o.- El que no tenga domicilio en la República; y

10.- El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.

2.4.2. Excusas

Las excusas reguladas en el Artículo trescientos diecisiete del Código Civil, estas proponen situaciones, en cierto punto, cuestionables para no aceptar el cargo de la tutela o protutela, exponen que pueden excusarse de la tutela o protutela:

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

2o.- Los mayores de sesenta años;

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

4o.- Las mujeres;

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

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

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

2.4.3. Remoción

Mientras que la Remoción está contemplada en el Artículo trescientos dieciséis del cuerpo legal mencionado puede ser Promovida por el protutor quien fiscaliza

el ejercicio de la tutela y en su caso por el tutor, exponiendo las siguientes causas:

1o.- Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;

2o.- Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;

3o.- Los que emplearen maltrato con el menor;

4o.- Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y

5o.- Los que se ausenten por más de seis meses del lugar en que desempeñan la tutela y protutela.

2.5. Finalización y rendición de cuentas

La finalización de la tutela y la protutela procede por análisis del tema en cuestión en el capítulo I y el presente en distintas situaciones, la primera situación ideal procede al momento de que el menor no deba seguir bajo la patria potestad, es decir cuando el menor alcance la mayoría de edad a los dieciocho años y se capaz por sí mismo de ejercer sus derechos y afrontar sus obligaciones; las prohibiciones y excusas no pueden de forma general ser causal de la remoción del cargo, a excepción de la prohibición establecida en el numeral segundo, tercero, séptimo y decimo; pues estas circunstancias pueden generarse posteriormente al discernimiento del cargo, a si pues

el tutor puede ejercer la tutela de una forma que no beneficia al menor y por ende se solicita su remoción y sustitución, mientras que las excusas no propician el ejercicio de la tutela, no se discierne del cargo; el tercer supuesto es que se finalice por la sucesión de tutores establecida en el testamento, como se estableció en el apartado de las clases de tutela, pueden ser nombrados varios los tutores pero estos ejercerán uno a uno de forma sucesivo en que se expone en el testamento; por lo que se podría establecer que existen dos formas de finalizar la tutela, una normal al momento de que el menor alcance la mayoría de edad y una anormal conformada por la conducta del tutor o designación del testador.

Respecto de la rendición de cuentas estas es una obligación del tutor, como se estableció en el apartado de las obligaciones y derechos del tutor, debe así pues de ser acompañada de una contabilidad comprobada y exacta, esta se realiza cada año y al momento de finalizar la tutela de forma normal o anormal.

Se concluye, el ejercicio de la tutela se inicia con la designación testamentaria, legal o judicial, seguida de un proceso judicial para el discernimiento del cargo, debe ser fiscalizada por el protutor, existiendo una concordancia de obligaciones respecto del tutor quien es el que administra los bienes del menor y lo representa legalmente, del protutor quien se encarga de la fiscalización y del pupilo en menor medida que debe respeto y obediencia al tutor.

CAPÍTULO III

3. Igualdad y desigualdad

Para iniciar este capítulo hay que definir conceptos de manera correcta para abarcar como se debe el análisis correspondiente, se analizarán definiciones de la RAE, únicamente se dejara fuera lo que es la legislación ya que en el presente capítulo se amparará la ley para definir estos conceptos.

3.1. Definiciones de conceptos

La Real Academia Española define la igualdad de la siguiente manera “Principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones.”³¹, es algo propio queriendo decir que la igualdad es eso ser reconocido ante la ley primero como persona y en segundo punto como ente o sujeto que tiene en primera instancia la misma calidad de obligaciones y seguidamente los mismos derechos partiendo de esto todos tenemos los mismos derechos pero a su vez obligaciones.

Recordemos que la palabra igualdad se origina del latín “*aequalitas*” palabra que para entenderla de mejor manera hay que desglosarla como corresponde empezando por el adjetivo “*aequus*” el cual tiene diversidad de significados ya sea igual, llano, justo, equilibrado o equitativo, que fácilmente son confundibles con lo que es igualdad, así se compone tan bien por dos sufijos “*alis*” que puede entenderse como relativo a y por el otro que es “*at*” que significa denotar calidad, se puede dar cuenta que esto es un

³¹ <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi> Consultado el 2 de marzo de 2017.

rompecabezas de significados pero que uniendo las piezas correctas se hallará lo que realmente se necesita e igualdad a tendiendo a su origen es todo aquello relativo a una calidad de igual, justo, equilibrado, o equitativo, en la que se encuentra una persona.

Hay que hacer una diferenciación respecto a otras acepciones para lo que es utilizado la igualdad, como en las ciencias matemáticas, o para referirse a una equivalencia, hoy en día y para esta investigación la igualdad se ve más que todo como una calidad humana en la que se encuentra cada persona, calidad que es violentada para cuestiones de género, de raza, de etnia, de cultura, de situación económica, de educación y una serie de circunstancias creadoras del contrario de la igualdad la desigualdad.

Ahora bien se brinda una definición considerada acorde con la investigación científica, el termino igualdad derivado del latín *aequalitas* es la calidad humana en la cual se encuentra una persona versus sus semejantes, a su vez es un estado legal de equivalentes condiciones, derecho y obligaciones que se le abren como sujeto investido e personalidad jurídica en el mundo del derecho para contraer obligaciones y ejercer derechos.

A su vez la desigualdad la Real academia Española lo define así “Cualidad de desigual”³², en este caso nos da únicamente dos palabras pero que se pueden utilizar concretamente a definir la desigualdad que es primero una calidad es decir una situación propia de desigual que es todo lo contrario a igualdad partiendo de eso la

³² <http://dle.rae.es/?id=D5yhCb5> Consultado el 2 de marzo de 2017.

desigualdad es que una persona como sujeto de derecho tiene distintos derechos y obligaciones, por alguna calidad o cualidad que le desfavorece en este caso.

Como bien se hacía referencia en la igualdad en este caso la desigualdad se analizará desde un punto de vista humano y más concretamente una calidad personal que en este sentido es la realidad que no solo atiende a Guatemala si no que afecta al resto del mundo de manera que a diario se ven faltas en contra de los derechos de las personas generalmente por cuestiones de género, raza y cultura, claro hay factores o subdivisiones de la desigualdad pero en primer lugar se encuentran estas tres causas.

Definiendo conforme la línea anterior la desigualdad es una calidad humana que afecta a un número de personas por factores que cambian sus condiciones de iguales y disminuyen de manera ilegal sus derechos y aumentan sus obligaciones siendo estos factores el género, la raza, cultura, nacionalidad, credo entre otros, pero que el común denominador es la exclusión de estos grupos de las oportunidades otorgadas a la mayoría de personas o grupos selectos.

Volviendo al tema de la igualdad como tal es conveniente mencionar que en un país como Guatemala es complicado encontrar situaciones de igualdad, al contrario de lo que es la desigualdad, siendo un país multiétnico, pluricultural, multilingüe y demás característica es complicado realmente que como sociedad se tenga una definición correcta de igualdad y sus diferentes variables, ya que se acostumbra a la desigualdad como situación cotidiana.

Es una lucha constante encontrar ese punto de equilibrio social generalmente a través de protestas, o campañas de concientización se trata que la población comprenda que todos tienen los mismos derechos y que deben ser respetados por todos pero es una batalla diaria contra este tipo de pensamiento, viéndose reflejado que en las calles las personas son marginadas cuando no practican las mismas creencias religiosas, que son de distinto color de piel, o lo más popular en estos momentos el género.

En conclusión la igualdad es una calidad utópica que se busca a diario por todas las personas pero al mismo tiempo se genera con cada actitud contraria desigualdad, y cabe recordar que se debe reflexionar que buscar la igualdad no significa pasar por encima de los demás, es respetar sus derechos y equiparar con los de las demás personas ya sea los que se tienen en contra como los que se tienen a favor siendo más preciso en este concepto.

Pero que lamentablemente por arrebatos sociales se deja en el olvido este punto importante y únicamente se concentra en los temas que son negativos para un grupo pero no se ve más haya que cuando se actúa de cierta manera así algo sube y otro baja en palabras sencillas mientras un grupo social adquiere derechos otro los pierde si no se conciben estas ideas con equilibrio y justicia.

3.2. Declaración universal de los derechos del hombre y el ciudadano

Entrando en materia legal acerca de este tema tan discutido como la igualdad, es obligatorio si o si abordar los convenios y tratados internacionales que desde tiempos de Ciro el Grande han nacido transformándose en derechos naturales y últimamente en

derechos humanos, tales convenios que han inspirada a las legislaciones actuales y la guatemalteca no es la excepción siendo esta una constitución humanitaria en contraposición de todo lo conocido con anterioridad.

Entrando en materia en Francia en el año de 1789, se iniciaron los primeros movimientos sobre la igualdad siendo necesarios por distintas circunstancias dadas en esta época, ya que a los seres humanos, no les consideraban derechos reales por el simple hecho de ser persona, se pisoteaban, violentaban estos derechos cada vez que se brindaba la oportunidad sobre todo por la monarquía que ejercía el poder a quienes si no se pertenecía a la nobleza arremetían con una serie de situaciones inhumanas en contra de sus adeptos.

Luego de todos los disturbios que se ocasionaron en Francia a causa de estas violaciones, se empezaron a generar la concepción de que el hombre tenía derechos por el simple hecho de ser un ser humano y que se debían respetar los mismos tanto por parte de otros humanos como por el Estado, las monarquías, y demás entes que afecten el entorno de cada persona es así como se alcanza un momento de iluminación y nacen los derechos naturales del hombre.

Estos derechos naturales eran básicos para vivir en armonía y con seguridad jurídica que se les respetaría indiferentemente la condición social que se tuviera de aquí los primeros conceptos reales de igualdad, por lo que esta palabra junto con la libertad serian plasmadas en el primer Artículo de esta declaración palabras de las cuales derivarían muchos derechos contenidos en la misma.

La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve establece en su primer Artículo lo siguiente “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”, he aquí los primeros remanentes de igualdad todos los hombres nacen libres e iguales una frase hasta inspiradora que lleva al optimismo hace creer que el mundo cambia y que todo es posible, a su vez deja un espacio que solo se hace una distinción social siempre que sirva para el interés común ósea de todas las personas.

Esta declaración está conformada por diecisiete Artículos, conceptos de los cuales aún se utilizan hoy en día como hacer lo que la ley no prohíbe, ser detenidos legalmente, contribuir en la legislación del país, la libertad y otros derechos básicos hoy de cada persona se dice que esta declaración es pionera en materia de derechos humanos que eran conocidos en aquel entonces como naturales, claro de una forma simple pero ya se denotaba cual seria el rumbo juridico histórico.

Lamentablemente la claridad jurídica y conceptualización son dinámicos y he aquí los primeros roses de desigualdad y género todos estos derechos eran específicamente para los hombres como se puede leer se basa en una protección masculina que quizá no es expresa pero no deja margen a pensar que las féminas eran tomadas en cuenta para esta situación, lo cual empieza con una lucha que sigue hoy en día pero que lamentablemente a los que pertenecen al género masculino se les hace ver como culpables por las decisiones de antaño de otros.

3.3. Declaración universal de derechos humanos

Ahora le corresponde a otra declaración especial en materia de igualdad, la que contiene y establece los derechos humanos es decir cuáles son los mismos, pero esta es una historia que no empieza con la simple elaboración del concepto de igualdad, va más allá, desde tiempos de Ciro el Grande, con el cilindro de Ciro que decía que todos los que eran esclavos deberían ser libres, luego tenemos el código de Hammurabi, y más etapas evolutivas llegando a ser considerados como derechos naturales y actualmente derechos humanos.

Pero antes de proseguir es bueno definir que es un derecho y que es humano, el maestro Cabanellas nos define derecho así “Derecho es la colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquiera sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza”³³, tomando el criterio del maestro derecho en si es un conjunto de principio recordando que los más básicos del derecho es la equidad y la justicia, a su vez en el ordenamiento legal al cual está sometido una sociedad determinada o varias sociedades como es el caso de los derechos humanos su fin es la justicia y la paz como tal y el derecho generalmente es aplicado coactivamente o a la fuerza.

Para la palabra humano acudiremos a la Real Academia Española que lo define así “Dicho de un ser: Que tiene naturaleza de hombre”³⁴, siendo esta definición excluyente del género femenino notamos la discriminación constante pero volviendo al tema e

³³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 117.

³⁴ <http://dle.rae.es/?id=KncKsrP> Consultado el 4 de marzo de 2017.

imaginando que al referirse a hombres no hace distinción de género, humano es ser una persona desde el momento que se es concebido existe una persona distinta entonces desde ese momento somos humanos

Pero teniendo una definición más completa el autor Aguilar Cuevas define derechos humanos de esta manera “Los derechos humanos son un conjunto de normas jurídicas que imponen deberes y obligaciones al Estado para su efectivo respeto y cumplimiento y conceden facultades a las personas, provistas de sanciones para asegurar su efectividad. Además, sirven para proteger la vida, libertad, igualdad, seguridad e integridad de la persona”³⁵, entonces los derechos humanos inspiran a las legislaciones actuales ya que todas las constituciones e incluso en los países que no tienen una, sus principios generales son estos de carácter humano por lo tanto son la base fundamental que inspira a un ordenamiento jurídico y es el Estado quien debe velar por el cumplimiento de los mismos otorgando mecanismos de defensa propicios para ello a cada individuo.

Ahora teniendo la acepción clara de derechos humanos, proseguimos con la declaración adoptada por la ONU en mil novecientos cuarenta y ocho, esto a raíz de diversas atrocidades humanas que se dieron lugar durante la primera y segunda guerra mundial, se pisotearon y vulneraron derechos de formas indescriptibles y para prever que se repitiera esta situación los distintos países que conforman la Organización de Naciones Unidas, elaboraron esta declaración

³⁵ Aguilar Cuevas, Magdalena. **Derechos humanos**, pág. 15

Respecto a la igualdad existen varios artículos de los cuales se analizarán los que a criterio de la presente investigación sean más acorde a proteger el derecho de igualdad plasmado en los siguientes Artículos.

Para comenzar se tiene el “Artículo 1 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, es un mensaje de unidad es que se plasma en este primer enunciado, ya si bien nos indica que todos somos libres e iguales, en derechos eso quiere decir que todos nacen con la misma calidad humana en cualquier parte de este mundo y que bajo esa concepción se deb ser fraternales los unos con los otros, recordando que el mundo venia de dos guerras mundiales se trataba de concientizar acerca de ese acercamiento de humanidad que se debía tener con el prójimo y no verlo como un enemigo natural.

Luego hay otro precepto muy interesante en el “Artículo 2 Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” Se tiene más acentuada la igualdad en este apartado ya que hace un llamado a no actuar en pro de discriminación por ninguna de las circunstancias contempladas en el mismo ya que como se mencionó anteriormente todos son iguales, es importante exclamar estos factores ya que son el principal motivo que genera odio entre las personas y que contribuye a la desigualdad creando entornos propicios para la misma, este enunciado hace un recordatorio a practicar la igualdad con cada ser humano.

Para la investigación es muy importante ya que indica el “Artículo 7 Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. “porque todos absolutamente todos somos iguales nadie es distinto para la ley y partiendo e ese punto no puede haber desigualdad por preferencias inspiradas por pensamientos machistas, misóginos o feministas radicales, todos deben tener la misma protección legal así como tener las mismas obligaciones y todo acto contrario ósea de discriminación debe ser repudiado por la ley así mismo por las personas.

Finalizando con este tema se expone que los derechos humanos son inspirados principalmente por la igualdad que nacieron raíz de situaciones desiguales marcadas y duras pero con el pasar del tiempo se fueron cambiando e hicieron necesarias la creación de todas normativas legales que se aplican en el ordenamiento jurídico tanto a nivel Guatemala como a nivel mundial para hacer un entorno social sin desigualdad, en el que todos como seres humanos se vean libres e iguales.

3.4. Igualdad de derechos civiles

En esta ocasión se trataqrá a un pacto internacional que es denominado el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, porque se están estudiando todos estos cuerpos normativos es simple es debido a que la igualdad nace con ellos porque la desigualdad por contraparte pareciera que nació con el ser humano o más bien cuando tuvo conciencia ya que se denotan rasgos discriminatorios desde el comienzo de la existencia humana.

Pero entrando en materia este pacto fue celebrado dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis en Asamblea general celebrada por países internacionalmente adscritos a la ONU en esta se plasmaron derechos correspondientes a los seres humanos con un total de cincuenta y tres Artículos nominales es parte fundamental de los cuerpos legales internacionales que contemplan derechos humanos y es por ello que es de suma importancia para estudiar la igualdad este pacto así como en el tema anterior analizaremos los artículos que corresponden a esta área importante en el mundo del derecho.

Existen Artículos que inspirarán la igualdad como tal pero hay algunos que son tangibles o tangible como el “Artículo 2, 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.

Esto en la parte conducente que se extrajo es importante ya que nuevamente se detallan uno a uno todo lo que puede ser factor de discriminación y hace hincapié que no solo a los connacionales se les debe respetar derecho sino que a todas las personas que estén dentro de los territorios de los países pertenecientes a la ONU y en mayor parte todo el mundo claro quizá en la realidad es difícil mantener este llamamiento pero si no se establece legalmente como primer punto no se puede exigir su cumplimiento.

Luego en el “Artículo 3 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.” Este es un buen referente a diferencia de otros cuerpos legales se hace una distinción primeramente de hombres y mujeres pero a la vez se les conceden los mismos derechos más la importancia de respeto de los que componen los civiles y políticos tales como: su libre determinación, condición política, elegir, ser electo, disponer libremente de las riquezas propias de cada pueblo, derecho a la vida, la paz, la seguridad y tantos otros contemplados en el pacto así como en leyes nacionales e internacionales.

El siguiente es interesante ya que se analiza la igualdad desde dos puntos de vista en el “Artículo 14, 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,...; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.” En la primera premisa se establece que toda persona en materia justicia es igual ante la ley es decir que se recibirán los mismos tratos, regulados por las reglas pre establecidas en el ordenamiento jurídico a si mismo haya de que toda persona debe ser escuchada, tener garantías judiciales, se debe juzgar con imparcialidad sin ver a quien únicamente apegado a derecho.

Pero contempla que los menores de edad en materia penal merecen un trato distinto ¿porque si todos somos iguales?, debemos recordar que los menores al no ser

considerados seres humanos con plena capacidad de raciocinio al no haber la mayoría de edad y desarrollo se les limita su capacidad de ejercicio y únicamente poseen la de goce en tal caso para obtener una igualdad verdadera con los mayores de edad se les equipara con la ayuda de sus tutores quienes se cree que si poseen una capacidad de ejercicio total acompañada de una madurez indubitable.

Por ultimo se tiene al siguiente “Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”.

Es muy parecido a los enunciados anteriores pero a la vez da una ampliación a el pensamiento igualitario, ya que la premisa uno nos indica que todos los seres humanos somos iguales ante la ley algo que ya se sabe pero a esto le agrega que todos deben ser protegidos de la misma forma es decir que no debería de haber preferencias por ser hombre o mujer ya que la ley no mide esas situaciones ambiguas y juzga de iguales a todos pero a su vez protege, y por ultimo como ya es costumbre que brinda todos los factores por los cuales se originan los actos de discriminación o desigualdad en el ámbito social.

Como bien se mencionaba al principio este pacto de derechos civiles y políticos es sumamente importante ya que sin él no se podría respaldar la igualdad de los hombres y las mujeres en todos los actos de la vida diaria que involucren la legislación actual,

que a su vez nos debería de proteger a todos por igual y solo en actos que su naturaleza imposibilite tratar pro igual se debe nivelar al más desigual no brindar más derechos a quien esté por encima, debemos hacer un llamado a la reflexión conjuntamente con la hermandad humana todos somos iguales y deberíamos ser tratados en la misma línea, tanto hombres, mujeres, niños y ancianos para lograr un mundo socialmente humano y unido.

3.5. Igualdad en la Constitución Política de Guatemala

Entramos a Guatemala a una de las mejores legislaciones a nivel mundial, específicamente a la carta magna la Constitución Política de la República de Guatemala la cual fue emitida por una Asamblea Nacional Constituyente en 1985 y entro en vigencia en 1986, es eminentemente humana, en el sentido que fue emitida con consideraciones de derechos humanos, inspirada en todas aquellas declaraciones, convenios y pactos que pretenden dignificar al ser humano y hacer que el mismo se desarrolle de una forma acorde y plena.

Entrando en materia la Constitución contempla varios apartaos que iluminaran sobre igualdad y la no discriminación pero por cuestiones de síntesis se ubicará en un solo enunciado el cual corresponde al siguiente:

“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.”

Ya habiendo leído otros convenios, pactos y declaraciones se puede mencionar que este artículo correspondiente a la igualdad es un resumen o derivado de todos ya que guarda elementos característicos de cada instrumento como por ejemplo que todos los seres humanos son libres e iguales esto es de la declaración de derechos del hombre y el ciudadano así como la de derechos humanos, que nos establece esa igualdad que debe existir por parte de la ley así como la fraternidad entre cada persona.

En segunda instancia visualiza lo que establece el pacto de derechos civiles y políticos que es la diferenciación y hombres y mujeres pero que a la vez son iguales en derechos se le agrega no importando el estado civil lo cual es importante ya que aunque una familia derivada de un matrimonio representa unidad pero no quiere decir que es uno solo por separado tan bien gozan igualmente de derechos y obligaciones de oportunidades y responsabilidades.

Por último se hace un llamado a la no esclavitud que a su vez es no discriminación porque todas las personas discriminadas son orilladas a tratos desiguales lo cual es una forma de esclavitud, por último llama a la reflexión que se debe unirnos como hermanos luchar por los mismos objetivos y salvaguardar la dignidad conjuntamente.

Analizado este único artículo la constitución es humanista e impulsa a respetar el derecho de igualdad de todas las personas involucradas en el territorio nacional, es importante que la legislación se inspire en estos conceptos básicos que identifican a un

ser humano ya que solo así se lograra un estado de derecho más igualitario para todos y que llene de satisfacción que se ha alcanzado un estatus social idóneo en el cual tanto hombres como mujeres tengan las mismas oportunidades y responsabilidades que no se limite la capacidad de cada uno ni otorguen privilegios en pro de la discriminación.

3.6. Desigualdad de género

Habiendo ya abordado un tema importante como la igualdad se tien que exponer su contraparte que es la desigualdad pero como ya se definió anteriormente corresponde el tema de la desigualdad de género, se ha visto esta palabra repetirse en distintas ocasiones no solo en el ámbito cultural diario sino en los distintos cuerpos legales pero en que consiste la palabra género.

Para la Real Academia Española género es “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico.”, por lo tanto son dos grandes grupos en los cuales nos dividimos los seres humanos por un lado los hombres y por otro lado las mujeres pero que en conjunto conformamos la especie humana es decir esta división únicamente debería de ser ³⁶biológica, más no social o utilizada para la discriminación.

Pero volviendo al realismo se debe de adoptar existen entornos de desigualdad adoptados para ambos géneros circunstancias que se desarrollan como normales pero que en realidad engloban situaciones que no deberían de distinguir una división, hay

³⁶ <http://dle.rae.es/?id=J49ADOi> Consultado el 5 de marzo de 2017.

cosas comunes como un baño para cada sexo lo cual es común en el sentido que las necesidades varían dependiendo este y los utensilios sanitarios son distintos, pero en otros casos como la educación debe ser proporcionada igual tanto para hombres como mujeres en las mismas condiciones y calidades sin dar privilegios a unos u otros.

Respecto al tema Zurutuza Cristina, opina “Muchas veces se utiliza el género en debates teóricos, olvidando su sustancia política transformadora, que busca aportar a la construcción de democracias reales, libres de todo tipo de discriminación y con justicia plena para todos/as”³⁷ es un enfoque más dedicado a la política social es decir a la construcción de un estado de derecho libre de toda discriminación, ya que muchas veces como bien menciona se utiliza el género para debates que no van enfocados a un bien común pero lo que se debería buscar es una democracia real en la cual no se pelee por una igualdad por lo tanto exista la libre discriminación, con justicia para cada individuo.

En la presente investigación no se busca tanto establecer diferencias entre hombres y mujeres es más se busca equiparar esos derechos y he aquí la problemática respecto a la tutela y la renuncia de la misma los hombres y mujeres deberían poder por igual presentar las mismas excusas así como respaldarse por los mismos derechos pero esto no es así y hay una serie de violaciones al derecho de igualdad.

Pero realmente desde cuando viene esta problemática a causa del género es simple se origina desde tiempos primitivos en los cuales al existir un raciocinio ya no se le permite

³⁷ Zurutuza, Cristina. **La construcción de la democracia desde una perspectiva de género**, CLADEM, revista informativa, pág. 32.

a la mujer la práctica de la caza, por ser un ser inferior aparentemente en fuerza física, se le delegan responsabilidades como la agricultura y el cuidado de los infantes, empieza una división por género marcada incluso hasta la época actual que aún ciertas masas sociales consideran que la mujer es para quedarse en el hogar y el hombre para trabajar, pero no es únicamente culpa del hombre, las mujeres han alimentado esta situación a trasladar esta ideología a sus hijos por generaciones hasta en la actualidad que por ciertas circunstancias se han empezado distintos movimientos en pro de la igualdad.

Pero la mujer a través del tiempo se ha visto como la única víctima de este sistema pero el hombre de manera clandestina lo es solo con ver los noticieros se pueden dar cuenta de esta situación a diario se cuentan cuantas mujeres perecen a causa de la violencia pero los hombres son tratados como una cifra más sin importancia como si existieren demasiados en la tierra.

Hay que tener cuidado en la búsqueda de la igualdad ya que en la actualidad se ha perdido el enfoque de la misma y en vez de equiparar situaciones se ha provocado disminución de derechos para ciertos grupos en caso concreto los hombres quienes se les retiran derechos disminuyendo hasta casi ser como esclavos mientras que las mujeres se les otorgan más y más respaldándose en la premisa de ser el sexo débil y pisoteado a través de las eras humanas.

Se debe ser cauto con los extremos o como bien se denomina actualmente feministas nazis ya que no se lograría igualdad mas bien se lograrían luchas de odio que cada día alejen más de la fraternidad que tanto se habla internacionalmente porque esta misma

pende de un hilo y si no es cuidada con verdadera igualdad humana tarde o temprano se llevará a una división autodestructiva por no saber interpretar la igualdad como se debe enfocarse más en el género que en la calidad de ser humano.

3.7. Desigualdad en la Legislación de Guatemala.

Por ultimo pero no menos importante trataremos la legislación guatemalteca como violentadora del derecho humano de igualdad así es el ordenamiento jurídico guatemalteco trata distintamente a hombres y mujeres, en este punto se extraerán algunos breves ejemplos de casos donde la legislación guatemalteca es discriminadora incluyendo el punto central de esta tesis.

Para comenzar acudiremos al Código de Trabajo que en el apartado de trabajos o regímenes especiales de trabajo preceptúa, Derechos de la madre trabajadora “Artículo 152. ...F) La trabajadora que adopte a un menor de edad, tendrá derecho a la licencia post-parto para que ambos gocen de un período de adaptación. En tal caso, la licencia se iniciará apartir del día inmediato siguiente a aquel en que se le haga entrega del o la menor. Para gozar de este derecho la trabajadora deberá presentar los documentos correspondientes en que se haga constar el trámite de adopción...”, donde está la discriminación aquí pues es simple únicamente a la mujer adoptante se le otorga este derecho pero si un hombre adoptara no lo tendría de manera que no puede gozar de este periodo de adaptación con el menor lo cual afecta no solo al hombre en discriminación de género sino al niño como parte de su derecho fundamental a una familia es claro que la legislación bajo un yugo machista cree que el género masculino

no optaría por adoptar a un niño y menos necesitar un periodo de adaptación si ese fuera el caso.

El siguiente cuerpo normativo es el Código Civil que establece lo siguiente “ARTICULO 129.- (Menaje de la casa).- Corresponde exclusivamente a la mujer el menaje del hogar conyugal exceptuándose únicamente los objetos de uso personal del marido.”, es claro que persiste la discriminación dejando únicamente a la mujer con el menaje de casa pensando que únicamente ella se hará cargo de los hijos procreados por la vida en común, lo más alarmante es que le cierra completamente la oportunidad a alguien del género masculino de hacer valer este derecho si optara a criar a sus hijos por ser el padre mejor preparado para hacerlo es otro claro ejemplo de discriminación o desigualdad.

El punto de discusión en este trabajo del Código Civil establece lo siguiente: “ARTICULO 317.- (Excusa).- Pueden excusarse de la tutela o protutela: 1o.- Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela; 2o.- Los mayores de sesenta años; 3o.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos; 4o.- Las mujeres; 5o.- Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia; 6o.- Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y 7o.- Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.”

Se puede observar que para no ejercer la tutela cuando la ley demande cumplir con esta obligación se puede renunciar a la misma si se cumple con las condiciones establecidas en el Artículo mencionado todo va bien hasta que se llega al punto cuarto donde simplemente expresa las mujeres, es inaudito que por el simple hecho de ser

mujer no se cumpla con una obligación, es decir que al legislador el interés superior del menor o niño le importo absolutamente nada, así es nada, pero sigue violentando la igualdad al excluir a los hombres, y creer que una mujer por ser mujer no es capaz de ser tutora de un menor esto nos da a entender por dos vías que hay desigualdad, tanto del lado de la mujer que se le hace de menos, como por parte del hombre que se le otorgan obligaciones que solo por ser hombre son irrenunciables, vaya negligencia y lo que es peor dejando por un lado la lucha eterna de géneros, el interés superior del niño ni siquiera se contempla no es importante para el legislador.

Finalizando hay muchas desigualdades para ambos géneros en la ley incluso sin mencionar la ley de femicidio que es asunto aparte, pero la problemática aquí es que el legislador al únicamente dejarse llevar por presiones de ciertos grupos sociales olvida enteramente que unos de sus fines es buscar el bien común y esto es conformado por la igualdad, que conjuntamente a eso no se debe promover el odio hacia nuestros semejantes más bien se debe promover la fraternidad la igualdad que todos somos una especie en la cual se necesita unidad para evolucionar como tal.

CAPÍTULO IV

4. Vulnerabilidad del derecho de igualdad en la legislación de Guatemala al aplicar el Artículo 317, numeral 4 del Código Civil, tomando como base el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde se ve regulado el Derecho de Igualdad.

Como bien se lee en el título del presente capítulo se adentra a temas de la vulnerabilidad, situaciones que son afectas todo los seres humanos y dependiendo el contexto en que se interprete la palabra cosas físicas o materiales por así decirlo, es bien sabido que una sociedad como la guatemalteca es afectada así como vulnerable a muchos factores que le menguan a diario, pero para tratar correctamente el problema planteado es necesario esclarecer que es vulnerabilidad y en qué sentido o contexto nos referimos en este caso.

4.1. Definición de Vulnerabilidad.

La RAE nos define vulnerabilidad así “Cualidad de vulnerable”³⁸ lo cual no nos dice mucho pero nos da una idea que es derivado de vulnerable pero que es eso, a que se refiere esa cualidad o condición pues igualmente nos define vulnerable así “Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.”³⁹, por lo tanto ser vulnerable es ser propenso a recibir cualquier tipo de daño no importando si es físico o moral, por costumbre generalmente asociamos esta situación a personas que poseen calidades distintas como perder un miembro físico, ser de escasos recursos o algún otro

³⁸ <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by> Consultado el 20 de marzo de 2017.

³⁹ <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by> Consultado el 20 de marzo de 2017.

impedimento, pero es todo muy superficial, en ocasiones los grupos sociales más comunes son los que están afectados a ser vulnerables a la violencia en contra de sus derechos humanos, constitucionales y ordinarios.

El tema es amplio más cuando existen diferentes tipos de vulnerabilidad como lo es de tipo económico, cultural, social, familiar y demás e incluso natural esta palabra es siempre asociada con desastres naturales o zonas de riesgo pero como se ha venido desacorralando todo depende del enfoque o criterio que se le den a las cosas y en este caso es más socio-cultural, ya que se va enfocado a cuestiones de género que como ya se especificó hay dos grupos hombres y mujeres.

La pregunta es que género es más predispuesto a sufrir desigualdad pues la respuesta es ambos, ya que tanto hombres como mujeres son víctimas de discriminación por un género hacia el otro así como entre los mismos, la vulnerabilidad que atraviesa un país como Guatemala es indudable por la desinformación, falta de educación de calidad, y muchos otros elementos general que la población entera sea vulnerable a ser violentada en sus derechos humanos sobre todo en la igualdad como tal.

4.2. Aspectos socios culturales de los roles de los géneros en Guatemala.

En este tema se encontrarán mitos a razón del género que es uno de los puntos de inflexión del presente trabajo, es común pensar en un país como Guatemala que cada género tiene sus límites y a la vez sus obligaciones, esto a raíz de un pensamiento desigual que no solo afecta a un género en específico afecta a ambos.

Pero para la sociedad que es género con el apoyo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala brinda la siguiente idea “una categoría de análisis social que nos permite observar, analizar y transformar, el conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas, valores sociales, instituciones y estructuras que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual y sistemas de poder”⁴⁰, esto quiere decir que la sociedad establece una estructura basada en la sexualidad del ser humano, lo cual es desde lo más insignificante hasta lo más valorable, por tanto la sociedad de acuerdo a sus costumbres e interés nos encasilla desde el nacimiento en un rol específico varando si se es hombre o mujer.

Es común escuchar que el hombre por un lado es el que debe brindar el sustento del hogar quien se encarga de trabajar, así mismo en el ámbito laboral se le encargan tareas que según la forma ambigua de pensar solamente este género puede llevar a cabo, es común ver la exclusión de las mujeres en tareas como la albañilería, herrería, transporte a su vez en puestos administrativos como gerentes, encargados, supervisores, y demás rangos de poder, en cuestiones profesionales y la población femenina se ve mermada por este tipo de pensamientos carreras universitarias como la ingeniería, medicina, administración, abogacía, actualmente hay una creciente población de estudiantes femeninas pero es algo que en cuestión de tabú aún se piensa en gran parte del país que son carreras para el género masculino.

En cuanto a las mujeres se manejan de igual forma un sinnúmero de tabús que representan aún más los roles que una sociedad impone a cada ser humano, es común escuchar

⁴⁰ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Manual justicia penal y género**, pág. 17.

que la mujer pertenece a la casa, que se debe encargar del aseo, de criar a los hijos, que son cocineras por naturaleza, sus oficios deben ser a parte de la crianza, la costura, niñeras, aparte de las malas costumbre sociales se tiene la creencia que una mujer únicamente puede aspirar a un puesto de poder por su belleza y no por su inteligencia esto y más pensamientos opresores condujeron al género femenino a desarrollar un movimiento basado en la dignidad de la mujer el cual es lo que hoy en día se conoce como feminismo.

El movimiento feminista es como bien lo define Enrique Gomáriz “feminismo de femme mujer, es decir mujer ismo en francés y su primer uso se remonta hacia el siglo XIX para indicar la defensa de la mujer y sus derechos. Sólo puede entenderse como tal aquel movimiento que busca la emancipación de la mujer en su sentido pleno y no únicamente como adquisidora de derechos.”⁴¹, como vemos se denota en principio este movimiento busca dignificar a la mujer luchando por sus derechos para lograr un equiparación respecto a los hombres, pero lo que mención el autor al finalizar la cita es sumamente importante ya que no solo se busca alcanzar una cantidad de derechos, más que eso se trata de lograr el desarrollo pleno de los seres humanos en caso específico de las mujeres para que busquen el fin que más les apetezca a cada una sin limitación alguna o dependencia.

Es curioso observar que en la sociedad moderna al darle énfasis de manera impactante a los derechos de la mujer se han dejado por un lado los pensamientos igualitarios o de

⁴¹ Enrique Gomáriz, **La planificación con perspectivas de género**, Pág. 4

desarrollo humano en generalidad, y se lucha día con día en un juego de poder, buscando el dominio del mundo ya sea por hombres o mujeres.

La dejadez de los derechos humanos como algo general con lleva que empiecen a brotar desigualdades pero de forma contraria un ejemplo es que cada día se vuelve más fácil acceder a un empleo a una mujer ya que las empresas se empiezan a ver coaccionados a tener un número de mujeres trabajando para las mismas de esa forma no ser objeto de críticas por parte de medios amarillistas, caso contrario a los hombres les es más difícil encontrar empleos dignos y únicamente acceden a aquellos que nadie quiere llevar a cabo.

La igualdad de género se ha vuelto un foco de críticas a todo ser humano de género masculino ya que en la actualidad se critica el solo hecho de ser hombre, no se puede realizar ninguna crítica al género femenino sin esperar una respuesta violenta de parte de otras personas, las victimas se convierten en agresores y viceversa, un claro ejemplo de todo lo mencionado es la creación de la ley de femicidio que protege en exceso al género fémina volviendo delincuentes posibles a cada hombre guatemalteco, existen normas que protegen a mujeres, pero a hombres no ya que para la sociedad actual es simple carne que si mueren o viven no es importante.

La reflexión anterior se lleva a cabo por muchos elementos en primer lugar que los tabús sociales son los que inician la desigualdad encasillando las posibilidades de hombres y mujeres dentro de ella misma es decir que todos contribuyen a la desigualdad con las costumbres que se desarrollan día a día, la segunda parte es la creación de un movimiento que en un principio era ideal o bueno con fines bien

establecidos y marcados que buscaban dignificar, equiparar y desarrollar en todo sentido a las mujeres.

Pero que con el pasar del tiempo se ve tergiversado por distintos interés que lo que están logrando es la desigualdad, exceso de derechos, disminuyendo lo de los demás seres humanos, pero lo alarmante es crear una división social acentuada que antes cuando al contrario se debería de reflejar una igualdad, hermandad y solidaridad para con todo ser humano se debería buscar ser humanista.

A todo esto se denota que aunque se busca equiparar derechos en otros casos no se ve la intención de igualar las condiciones, ya que en el tema tratado en la presente investigación se observa una desigualdad en dos vías.

Primero que las mujeres solo por serlo pueden renunciar a la tutela eso es ofensivo hacia este género ya que nos e les considera capaces de ser tutores legales al darles una salida rápida si no desean serlo.

En segundo lugar hacia los hombres ya que no se les otorgan los mismos derechos para renunciar a la tutela y por lo tanto se ve reflejada una injusticia que por ser hombre se tenga que cumplir con dicha obligación si o si sin dar posibilidad a la aceptación.

En conclusión los papeles que juegan tanto hombres y mujeres se ven condicionados por la misma sociedad quien por costumbre obliga a tomar caminos predestinados para cada uno, queda en cada persona romper con esos paradigmas por consiguiente en

toda la sociedad en ejercer ese cambio, claro sin favorecer demás a uno u otro grupo social, más bien buscando un desarrollo integral para todos como seres humanos.

4.3. Declaración universal de los derechos del niño

Antes de debatir sobre la desigualdad en el artículo objeto de la presente investigación es necesario adentrarnos a circunstancias, que afectan a la tutela o en otras palabras el interés superior del niño el cual no se debe dejar de un lado al realizar la investigación correspondiente.

Por ende es necesario tomar en cuenta un documento de carácter internacional como lo es la Declaración Universal de los Derechos del Niño, ya que en la misma se plasman los derechos importantes e inherentes de los mismos, de tal forma que se pueda establecer los aspectos a tomar en cuenta antes de modificar una institución civil como lo es la tutela.

Como se menciona con anterioridad se tomaran algunos preceptos de la mencionada declaración siendo tres los que competen a esta investigación siendo los siguientes:

“Principio 2 El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Como se analiza el niño debe ser protegido de forma diferente a los demás miembros de la sociedad por parte del Estado por ello, las diferentes instituciones dentro del derecho que velan por un trato justo e idóneo para el mismo la tutela no es la excepción, por ende en este caso en particular se debe tomar en cuenta antes de hablar de desigualdad de hombres y mujeres el interés superior del niño es decir todas aquellas situaciones en las que el infante pueda desarrollarse de manera plena y correcta para alcanzar el desarrollo personal.

Por tanto la institución de la tutela más haya de otorgar renuncia a ambos géneros por igual, se debe promover requisitos excepcionales para ambos géneros, de forma que no se permita en ningún caso dejar desamparado al infante y a merced de situaciones precarias, lo cual sería contrario a lo establecido en la declaración.

“Principio 5: El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular”.

En este caso se hace énfasis en que se debe dar los tratamientos necesarios para tratar no solo a los niños, si no que a los que adolecen de algún impedimento, se debe ser consiente en estos casos, no dejando desamparada a la persona es mas no se debería permitir la renuncia en este tipo de circunstancias a menos que exista una persona o institución con mejores posibilidades que la persona obligada.

“Principio 6 El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la

responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”.

Se especifican varios puntos en este principio, sin embargo el que nos concierne es respecto a que el niño debe crecer en un ambiente pleno y armonioso en este caso se debe establecer en la tutela este tipo de circunstancias ya que únicamente se quién es el obligado y si posee las condiciones económicas cuando realmente existen circunstancias primordiales que las anteriormente mencionadas.

De tales circunstancias se puede dislucir que el interés superior del niño es vital al tratar una institución como la tutela en igual caso, el interés de las personas declaradas en estados de interdicción o que adolezcan una incapacidad física o mental, para no dejarles desamparados bajo ninguna circunstancia legal.

Es típico en esta época que en la lucha de géneros se excluya a los verdaderos dignificados, no se debe olvidar que las instituciones jurídicas son en esencia para proteger al menos amparado legalmente, no para sostener una batalla de géneros, la desigualdad es importante erradicarla pero no concediendo privilegios a todos es al contrario trasladar obligaciones a todos por igual, no dejando en el olvido a los verdaderos afectados por malas regulaciones legales.

4.4. Exclusión del ordenamiento jurídico, del numeral 4, del Artículo 317, del Código Civil.

Llegando al epicentro de la presente investigación, es el momento de determinar en donde radica la desigualdad de género y como erradicar la misma o que es lo más favorable para ambos.

Para iniciar con esto tendremos que citar el Artículo trescientos diecisiete del Código Civil, para determinar las causas de excusa de la tutela, ya que existen varias formas de renunciar a la misma, llenando los requisitos exigidos por la ley.

“ARTÍCULO 317.- (Excusa).- Pueden excusarse de la tutela o protutela:1o.- Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela; 2o.- Los mayores de sesenta años; 3o.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos; 4o.- Las mujeres; 5o.- Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia; 6o.- Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y 7o.- Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.”

Leyendo el artículo citado se puede establecer siete formas de poder excusarse en la tutela, de las cuales seis son prudentes en los requisitos para excusarse, dado que son situaciones excepcionales en las cuales serían un obstáculo importante para desarrollar importante tarea.

Pero en el numeral cuarto se encuentra algo sin sentido ya que únicamente menciona las: mujeres, no tiene una razón lógica, no es por una situación especial, no se da porque cumplen ciertos requisitos, únicamente es por ser mujer.

Es aquí donde surgen distintas posturas acerca de porque el legislador o los legisladores tomaron la decisión de dejar llanamente este requisito de esta forma, para objeto de la investigación de desigualdad de género nos enfocaremos en dos.

La primera es la que observa una cultura machista, la cual viene desde tiempos inmemorables en Guatemala, por lo que se analiza que el legislador en el año de mil novecientos sesenta y tres, era machista, aunque hay que tomar en cuenta que el Código Civil es un Decreto Ley, por tanto fue dictado en un gobierno de facto lo cual indica que no fue decretado por el Congreso de la República, más bien fue por el Presidente en este caso Enrique Peralta Azurdia, volviendo al tema se ve plasmado como en Guatemala en esa época se pensaba que la mujer no es capaz de tener la obligación de un menor a su cargo y bajo su responsabilidad por lo cual, se le da la facilidad de excusarse de dicha obligación sin ninguna formalidad alguna.

La segunda postura va enfocada a que la mujer al victimizarse siempre como el género débil se le acredita, tratos especiales tanto en la sociedad como en la legislación guatemalteca no es de extrañar que las mismas poseen una ley de femicidio en la cual por ser mujer el delito es más grave, siendo una invitación a que la delincuencia no se enfoque en la mujer únicamente en el hombre ya que les sale menos grave legalmente hablando.

Por tanto se piensa que a las mujeres, se les da la facilidad de excusarse sin motivo aparente, para otorgarles un trato privilegiado, como en todos los ámbitos de la sociedad, siendo esta la causa por la que no se les obliga a hacerse cargo de un menor o incapaz en la tutela.

Pero en la presente investigación no se tomara postura por quien está en lo correcto y quien no, se analizara desde un punto de vista de igualdad de género, es evidente a simple vista que existe una desigualdad, el precepto legal para matizar da distintas razones para poder excusarse pero en un destello, establece las mujeres, es decir que los demás casos son para los hombres, esto indica que si un hombre no cumple esas circunstancias especiales no podrá por ningún motivo renunciar a la tutela quedando obligado aun en contra de su voluntad.

Pero más allá de eso hay que analizar a un tercer afectado con esta estipulación, el menor o incapaz, ya que se deja desamparado y no se le protege realmente ya sea por la cultura machista, o por se concede dores de privilegios, en ningún momentos e piensa en el menor con dejar que una mujer renuncie sin motivo alguno, es necesario tomar en cuenta esto al hablar de un cambio en esta normativa.

Ahora bien cuál sería el mejor camino para crear una igualdad verdadera en este precepto legal, pues se establecen dos soluciones o formas de igualar esta problemática, Se iniciara con la que se considera menos óptima tomando en cuenta los sujetos involucrados en la tutela.

La primera es plantear una igualdad en condiciones de renuncia que tanto hombres como mujeres puedan renunciar si así lo desean, esto se puede lograr de distintas formas o métodos legales, como lo es reformar el artículo, lo cual se desarrollaría realizando la petición, trasladándola al Congreso de la República, posteriormente se realizaran las lecturas correspondientes, se sancionara y promulgara, pero no es la única vía.

La otra vía sería declarar una inconstitucionalidad de ley en caso general, ya que se está violentando el derecho de igualdad que nos asiste a todos los guatemaltecos, de forma general lo cual iniciaría un mecanismo plasmado en la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, el cual está establecido desde el Artículo ciento treinta y tres al ciento cuarenta y ocho de la misma ley, de tal forma que se suspendería el numeral y en un final normal se suprimiría del Código Civil.

Pero se encuentra con un problema y es que la tutela no funcionaría para nada si todos pueden renunciar, se dejaría de un lado definitivamente el interés superior del niño y la protección al incapaz, pero se trae a colación que la institución de la tutela sería ineficaz a todos poder renunciar a ella, por lo cual esta solución no es viable aun que se crea que es la más igualitaria no es la que mejor se desarrolla.

Ahora bien la segunda solución es simple no otorgar privilegios a nadie, o más específicamente ni a hombres ni a mujeres, se podría utilizar los mecanismos ya mencionados ya sea la reforma, o la inconstitucionalidad en caso general, para que las mujeres pierda ese privilegio igualar condiciones con los hombres, al mismo tiempo

amparando a los menores e incapaces permitiéndoles velar por su interés superior en vez de enfocarse en una lucha de géneros.

En conclusión se violenta el derecho de igualdad en este cuerpo legal, la respuesta es sí, pero la solución no es igualar condiciones la solución es, no otorgar privilegios para que todos tengan las mismas obligaciones que amparen a los desprotegidos de tal forma que se puede vivir en un solo estado de derecho con igualdad, si no que a eso le agregue protección legal cada persona que así lo necesite y no enfocarse en una lucha de géneros sin sentido.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se determinó que, en el transcurso del tiempo se ha luchado para que las personas, hombres y mujeres sean tratados de la misma forma; que la ley sea aplicada de forma igualitaria sin privilegios para algunas de las dos partes, es acá donde radica el problema ya que en estos tiempos se han venido legislando normas las cuales se han beneficiado a las mujeres de una forma que ellas tiene cierta ventajas en la aplicación de la ley ante los hombres, dejando a los hombres reducidos y limitados en su derechos, la Constitución reconoce el derecho de igualdad, en géneros y en obligaciones, dejando claramente que este debe ser aplicado en igual forma a hombres y mujeres, pero esto no se cumple ya que tomando el Artículo 317 numeral 4 del Código Civil de Guatemala, se visualiza claramente la preferencia que tienen las mujeres de poderse excusar de la tutela en cualquier momento, mientras que los hombres no pueden ya que ellos no figuran dentro del numeral del artículo antes mencionado, vulnerando el derecho de igualdad.

La forma de solucionar la problemática es discutir sobre la posible reforma del cuerpo normativo mencionado, pero no a favor de un género, sino en fomento de la protección de los niños e incapaces que regula la institución de la tutela, de manera igualitaria para ambos géneros. Por lo tanto, se trata de igualar en el ambito normativo los derechos y obligaciones establecidos, de tal forma que no exista discriminación ni para el hombre ni para la mujer, que la norma jurídica pueda visualizar que tanto el hombre como la mujer puedan desarrollar múltiples tareas, no importando el género, de tal manera que se tenga un sentido de oportunidad y acción, tanto en el ámbito laboral, social y jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CUEVAS, Magdalena. **Derechos humanos**. Guatemala: Ed. Asociados, S.A., 1999.
- BRAÑAS Alfonso. **Manual de derecho civil**. 9ª. ed.; Ed. Estudiantil Fenix. Guatemala 2010.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Eliasta S.R.L; Buenos Aires, Argentina 1972.
- D´antonio, Daniel Hugo, Carlos H. Rolando. **Derecho de familia**. 1ª. ed.; Tomo II; Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C.; Argentina.
- DE LOS SANTOS, Adriana. **Derecho civil I**. 1ª. ed.; Ed. Red Tercer milenio S.C.; México 2012.
- DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, María. **Derecho de familia y sucesiones**. 1ª. ed.; Ed. Nostra Ediciones. México 2010.
- ESTÉVEZ, José Lois. **Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”**. Anuario de filosofía del derecho. No. 4. Año 1956 Págs. 159-182. España.
- GOMÁRIZ, Enrique, **La planificación como perspectivas de género**, colección Metodológica No. 1, CMF San José de Costa Rica, 1994 (Documento de apoyo a la Docencia), Escuela de Trabajo Social, USAC, Guatemala, 1997.
- GONZÁLEZ MARTIN, N., Quintana Adriano, Elvia Arcelia. **Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Historia del derecho**. 1ª. ed.; Tomo I.; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2006.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Manual justicia penal y género**. (S.E.), (s.e.), Guatemala, (s.f.).
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 1ª. ed.; Ed. Datascan, S.A.; Guatemala.
- Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=9Nma0hU> (Consultado el 1 de marzo de 2017)
- Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=9NcFAo6> (Consultado el 1 de marzo de 2017)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>(Consultado el 2 de marzo de 2017.)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=D5yhCb5>(Consultado el 2 de marzo de 2017.)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=KncKsrP> (Consultado el 4 de marzo de 2017.)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=J49ADOi>(Consultado el 5 de marzo de 2017.)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=c5dW2by> (Consultado el 20 de marzo de 2017.)

Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by> (Consultado el 20 de marzo de 2017.)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=9Nma0hU> (Consultado el 1 de marzo de 2017)

Real Academia de la Lengua Española.<http://dle.rae.es/?id=9NcFAo6> (Consultado el 1 de marzo de 2017)

ZURUTUZA, Cristina. **La construcción de la democracia desde una perspectiva de género**. Pág. 33. CLADEM; revista informativa. Vol. 3, (junio 2002).

Legislación:

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

Declaración de los Derechos del Hombre y del CiudadanoAsamblea Nacionalde 1789 Francia.

Declaración Universal de los Derechos del NiñoAsamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 1959.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1 - 86, de la Asamblea Nacional Constituyente. 1,986.

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

Código de Trabajo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número. 1441, 1961.