

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, a castle, and a lion. Above the shield is a crown. The shield is flanked by two columns. The entire emblem is surrounded by a circular border containing Latin text.

**NECESIDAD DE CREAR LA FIGURA JURÍDICA DE TUTOR TESTAMENTARIO EN
FORMA CONJUNTA POR AMBOS PADRES EN EL CÓDIGO CIVIL**

JULIO CAMILO MARTÍNEZ MALDONADO

GUATEMALA, JULIO DE 2019

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

**NECESIDAD DE CREAR LA FIGURA JURÍDICA DE TUTOR TESTAMENTARIO EN
FORMA CONJUNTA POR AMBOS PADRES EN EL CÓDIGO CIVIL**



Guatemala, julio de 2019

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Víctor Enrique Noj Vásquez
Vocal:	Lic.	Byron Darío González Reyes
Secretario:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Ramiro Stuardo López Galindo
Vocal:	Licda.	Martina Mock Son Rivas
Secretario:	Lic.	Ileana Noemí Villatoro Fernández

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



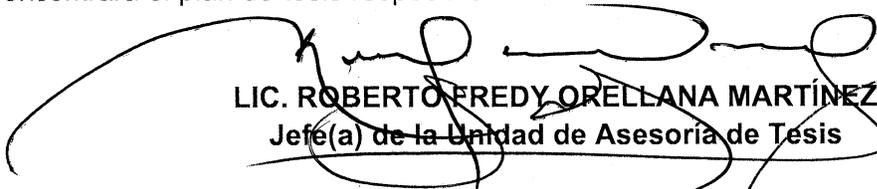
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 13 de septiembre de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, ELISA MARIBEL CASTILLO QUIROA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JULIO CAMILO MARTÍNEZ MALDONADO, con carné 201211910,
 intitulado IDENTIFICACIÓN DE LA VIABILIDAD DE NOMBRAR A UN TUTOR TESTAMENTARIO DE MANERA
CONJUNTA EN CASO DE COMORENCIA.

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

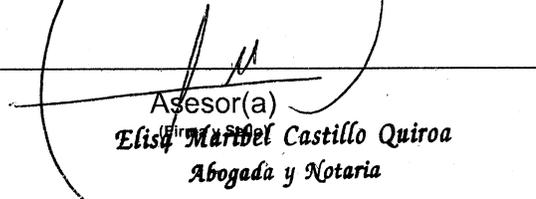
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 12 / 10 / 17 . f)


 Asesor(a)
Elisa Maribel Castillo Quiroa
 Abogada y Notaria



LICDA. ELISA MARIBEL CASTILLO QUIROA
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO NÚMERO 12,560
3 AVENIDA 13-62 ZONA 1, GUATEMALA, CENTROAMÉRICA
TELÉFONOS: 2232-7936 / 4471-9822



Guatemala, 19 noviembre de 2018.

Licenciado:
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Respetable Licenciado:

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha trece de septiembre de dos mil diecisiete, en el cual se me nombra para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como asesor de tesis del bachiller **JULIO CAMILO MARTÍNEZ MALDONADO**, me dirijo a usted haciendo referencia que el bachiller no es pariente de mi persona dentro de los grados de ley u otras circunstancias pertinentes y a la misma con el objeto de informar mi labor y se establece lo siguiente:

- I) El trabajo de tesis se denomina: **IDENTIFICACIÓN DE LA VIABILIDAD DE NOMBRAR A UN TUTOR TESTAMENTARIO DE MANERA CONJUNTA EN CASO DE COMORENCIA**. AL realizar las correcciones sugerí cambiar el nombre del trabajo a: **NECESIDAD DE CREAR LA FIGURA JURÍDICA DE TUTOR TESTAMENTARIO EN FORMA CONJUNTA POR AMBOS PADRES EN EL CÓDIGO CIVIL**.

- II) El bachiller cumplió con las correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron.
 - 1) **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia (necesidad de crear la figura jurídica de tutor testamentario por ambos padres), jurídico y legal;
 - 2) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta, la sustentante para poder obtener el mayor número de datos. La observación científica

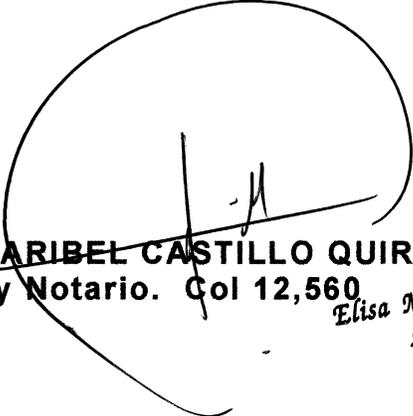
LICDA. ELISA MARIBEL CASTILLO QUIROA
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO NÚMERO 12,560
3 AVENIDA 13-62 ZONA 1, GUATEMALA, CENTROAMÉRICA
TELÉFONOS: 2232-7936 / 4471-9822



obteniendo con ella, un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica;

- 3) **La redacción:** La estructura formal de la tesis está compuesta de IV capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo, que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico;
- 4) **Conclusión Discursiva:** La misma obedece a la realidad en nuestro país con respecto a la tutela y testamento; y el grado de desprotección que pueden llegar a sufrir los menores de edad. La realidad de la tutela y testamento y su falta de protección al menor, se evidencia ya que en muchos hogares de nuestro país se carece de conocimiento sobre este tema y la falta de regulación legal del mismo. Que el Estado de Guatemala, a través de sus instituciones, está en la obligación de proteger el interés superior del niños desde su concepción, y garantizarles su derecho a una vida digna y plena; y que la legislación guatemalteca les otorgue a los padres, la facultad de otorgar testamento conjunto para establecer un tutor, con los medios probatorios adecuados; esto para que se garantice la protección personal del menor que no esté bajo la patria potestad, así como la administración de sus bienes.

III) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emitodICTAMEN FAVORABLE, ya que considero el tema un importante aporte.


LICDA. ELISA MARIBEL CASTILLO QUIROA
Abogado y Notario. Col 12,560

Elisa Maribel Castillo Quiroa
Abogada y Notaria

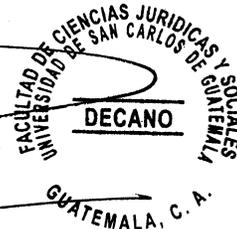


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de junio de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JULIO CAMILO MARTÍNEZ MALDONADO, titulado NECESIDAD DE CREAR LA FIGURA JURÍDICA DE TUTOR TESTAMENTARIO EN FORMA CONJUNTA POR AMBOS PADRES EN EL CÓDIGO CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.

[Handwritten signatures and scribbles]





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi Padre, a quien sea la gloria y la honra, gracias por tanto amor, por tanta misericordia y por tantas bondades derramadas sobre mi vida y mi familia. Gracias por estar siempre a mi lado y nunca dejarme.

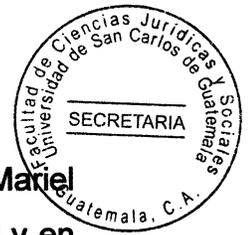
A MIS PADRES:

Jorge Alberto Martínez Blanco y Miriam Ileana Maldonado Batres (QEPD), gracias por todo su amor y apoyo a lo largo de todos estos años años y por ser el mayor ejemplo para mí, este triunfo es de ustedes, los amo de aquí hasta el cielo. Gracias por cada uno de los sacrificios que han hecho por mí, por anteponer mis necesidades a las suyas.

A MIS HERMANAS Y HERMANO: Siggrid Anaely Pérez Maldonado, Luis Alejandro Mérida Maldonado (QEPD) y Ana Lucía Martínez Maldonado, gracia por su amor incondicional, por enseñarme que en la vida no hay nada imposible y que los sueños se cumplen, las amo con todo mi corazón.

A MI ABUELA:

Yolanda Batres López, por el amor y cuidado que ha tenido hacia mí en todo momento, ha sido fundamental para que alcanzar uno de mis más grandes sueños, la amo mamita.



A MIS COMPAÑEROS:

Keren Marice Aguilar de León, Andrea Mariel Castillo García, Melanie Guiselle Oliva Gudiel y en especial a Josué Isaac Chuy Escobar, gracias por su apoyo, también a mis amigos Carol Cecilia Chuy Escobar, José Francisco Ruano Álvarez, Alan Andreé Reyes Paredes y Hessel Estuardo Enrique Turcios, los amo mis amigos.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, gracias por haber depositado en mí tu confianza para representarte con dignidad, espero poner tu nombre en alto.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por todo el conocimiento adquirido a lo largo de mi formación profesional, trataré de retribuirte algo de lo mucho que me has dado en estos años; a todos mis catedráticos y catedráticas que transmitieron sus conocimientos, eternamente agradecido.



PRESENTACIÓN

Este informe es de tipo cualitativo, en cuanto a que se construye el conocimiento a partir de contextos culturales, ideológicos y sociológicos. Esta tesis tiene relación con el derecho de la niñez y adolescencia, el derecho civil y los derechos humanos.

Tomando en cuenta la naturaleza de esta tesis, no se requiere trabajo de campo alguno en ninguna área pues se cuenta con la suficiente información doctrinal como legal para poder realizarse, así como informes y estudios referentes al tema, en atención a lo anterior el contexto sincrónico de la misma fue a partir el año 2003, año en el cual entró en vigencia la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, al año 2016, por ser el periodo más próximo en el cual pueda llevarse a cabo la investigación relacionada al tema planteado.

El objeto de estudio fueron el testamento y la tutela y el sujeto fue la niñez y adolescencia que no se encuentre bajo la patria potestad. El aporte académico fue determinar la necesidad de crear una figura jurídica mediante la cual se pudiera plasmar la voluntad de los padres de forma conjunta para establecer un tutor brindando mecanismos factibles para su aplicación y con esto aumentar la protección hacia los menores de edad, y asimismo proporcionar una garantía de que la niñez guatemalteca está protegida en sus derechos por el Estado.

HIPÓTESIS



La legislación guatemalteca no permite que los padres puedan plasmar de forma conjunta su voluntad en un testamento para determinar quién se encargará de los menores de edad en caso de ausencia o muerte de ambos. La hipótesis alternativa permite determinar que si no existiera una limitación por parte del código civil guatemalteco con respecto al testamento y sus formalidades que impide a los padres determinar de forma conjunta la persona más capaz, idónea y honrada que pueda hacer efectivo el ejercicio de la tutela sobre los menores en caso de ausencia o muerte de ambos padres, la seguridad y desarrollo de los menores de edad se vería favorecida. Dentro de la legislación guatemalteca no existe una figura jurídica que permita que los padres puedan plasmar su voluntad en un mismo instrumento para establecer de manera conjunta y por medio de la buena voluntad, la persona que consideren sea la más apta para ejercer el cargo de tutor.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Esta se pudo comprobar y validar a través del método analítico-sintético que fue utilizado en el proceso de consulta de bibliografía, luego se aplicó la síntesis para documentar el marco teórico más formal, mismo que sirve de base a la hipótesis. Aplicando así también el método inductivo-deductivo, al determinar lo regulado concerniente al testamento y la tutela, los derechos humanos de la niñez y adolescencia, entre otros, a través de los cuales se comprueba la hipótesis planteada, permitiendo establecer la necesidad de crear la figura jurídica de tutor testamentario en forma conjunta por ambos padres en el código civil y de esta forma poder brindar a la niñez guatemalteca el desarrollo integral de su persona y el cumplimiento total y efectivo de los derechos que les garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes vigentes en el país.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Patria potestad.....	1
1.1. Definiciones.....	1
1.2. Personas que ejercen la patria potestad	3
1.2.1. Filiación legítima	4
1.2.2. Filiación natural	5
1.2.3. Filiación adoptiva	6
1.3. Naturaleza Jurídica.....	8
1.4. Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia.....	9
1.4.1. Género	10
1.4.2. Especie	11
1.5. Suspensión o pérdida de la patria potestad	12
1.5.1. Suspensión.....	13
1.5.2. Pérdida.....	14
CAPÍTULO II	
2. La tutela	15
2.1. Dentro del derecho de familia.....	15
2.2. Definiciones.....	17
2.3. Características.....	21
2.4. Elementos.....	21
2.5. Clases.....	21
2.5.1. Tutela testamentaria.....	22
2.5.2. Tutela legítima.....	23
2.5.3. Tutela judicial.....	23



	Pág.
2.5.4. Tutela legal.....	23
2.5.5. Tutela específica.....	24
2.5.6. Tutela especial.....	24
2.5.7. Tutela provisional.....	24
2.6. La protutela.....	24
2.7. La curatela.....	26
2.8. Tutela Legítima.....	27
2.8.1. Antecedentes históricos.....	27
2.8.2. Legislación Guatemalteca.....	28
2.8.3. Correcta designación de la tutela legítima.....	29
2.8.4. Ejercicio de la tutela.....	30
2.8.5. Prohibiciones para ser tutor.....	31
2.8.6. Rendición de cuentas de la tutela.....	32

CAPÍTULO III

3. Testamento.....	33
3.1. Evolución histórica.....	33
3.2. Concepto y definición.....	34
3.3. Fundamento del testamento.....	36
3.4. Naturaleza.....	38
3.5. Características del Testamento.....	39
3.5.1. Es dispositivo.....	39
3.5.2. Es revocable.....	40
3.5.3. Es solemne.....	40
3.5.4. Es personalísimo.....	41
3.5.5. Es unilateral.....	42
3.6. Capacidad general.....	43
3.7. Clasificación de testamento.....	43
3.7.1. Clasificación doctrinaria.....	43

3.7.2. Clasificación legal..... 45

CAPÍTULO IV

4. Marco normativo de protección a la niñez y adolescencia..... 51

4.1. Análisis jurídico..... 51

4.2. Ámbito normativo nacional en relación a la niñez y adolescencia..... 54

4.2.1. Antecedentes del análisis legal..... 54

4.2.2. Constitución Política de la República de Guatemala..... 57

4.2.3. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia..... 58

4.2.4. Ley del Sistema de Alerta Alba Keneth..... 60

4.2.5. Acuerdo 42-2007 Reglamento General de Juzgados y Tribunales con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia amenazada o violada en sus Derechos Humanos y adolescentes en Conflicto con la ley penal..... 61

4.3. Ámbito normativo internacional en relación a la niñez y adolescencia..... 62

4.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos..... 63

4.3.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos..... 64

4.3.3. Convención sobre los Derechos del niño..... 65

4.4. Instituciones que protegen los derechos de la niñez y adolescencia..... 66

4.4.1. Procuraduría de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación..... 67

4.4.2. Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia..... 67

4.4.3. El Procurador de los Derechos Humanos a través de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia..... 68

4.4.4. Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora..... 69



4.4.5. Policía Nacional Civil a través de la Unidad Especializada de la Niñez y Adolescencia.....	69
4.5. Propuesta de reforma del Código Civil para la creación de la figura de tutela testamentaria conjunta por ambos padres.....	70
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	77



INTRODUCCIÓN

Uno de los sectores más vulnerables de sufrir violaciones a sus derechos es el de la niñez y adolescencia. A lo largo de la evolución jurídica se han creado leyes para proteger a los niños, niñas y adolescentes. Algunos de esos cuerpos normativos han carecido de fuerza legal para poder cumplir con su cometido que es aportar al desarrollo integral de la niñez y adolescencia. Dentro de los principios fundamentales que tiene el Estado de Guatemala es la protección de la persona individual y de la persona como un ser colectivo que se desarrolla en familia. La Constitución Política de la República de Guatemala establece que desde la concepción se debe proteger a la persona y por supuesto, después de nacida. El Estado de Guatemala está obligado a desarrollar las políticas públicas para garantizar a cada sector de la población el cuidado y protección de sus derechos.

Garantizar el correcto cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia es una responsabilidad fundamental del Estado de Guatemala. A través de los distintos cuerpos normativos, tanto nacionales como internacionales en materia de derechos humanos, se debe aportar a la protección de los derechos humanos y, como va a ser objeto de estudio a través de la presente investigación, el derecho a la familia y al desarrollo dentro de una colectividad social.

El contenido capitular de esta tesis se integra por la relación directa de cuatro capítulos: en el capítulo primero, se aborda la patria potestad; el capítulo segundo, contiene la tutela; en el capítulo tercero, se expone el testamento; finalmente el capítulo cuarto, aborda el marco normativo de protección a la niñez y adolescencia.

Para llevar a cabo esta tesis se ha establecido como hipótesis de la misma que el Código Civil en su Artículo 297 necesita una reforma que permita otorgar de forma conjunta por ambos padres un tutor testamentario en caso de fallecimiento de los dos en un mismo accidente o de uno en post de otro manteniendo al tutor previamente

consentido por los dos, sin que el cónyuge sobreviviente pueda cambiar las disposiciones establecidas de forma conjunta, voluntaria y consensuada.



Dentro de los objetivos formulados para este análisis están: el incorporar dentro de la legislación guatemalteca la figura jurídica que permita otorgar testamento conjunto por los padres para establecer tutor, evitar por medio de la ley que los hijos queden desprotegidos y que la voluntad de los padres sea tomada en cuenta hasta después de su muerte, establecer quién quedará encargado de los menores de edad y de esa forma evitar al Estado de Guatemala la decisión que pueda ir en contra de lo que favorezca al niño, niña o adolescente, determinar el beneficio de otorgar testamento mancomunado por parte de los padres para prevenir cualquier suceso que sea imposible de prever y agilizar y facilitar la protección del menor de edad para que el órgano competente lo ponga a disposición de un representante legal de forma inmediata.

Se realiza un análisis jurídico dentro de este informe de las instituciones que involucran el cumplimiento de los objetivos como lo son la patria potestad, la tutela, el testamento y el estudio de leyes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos que ayudan a determinar el alcance que tienen los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo se resaltan aquellas instituciones creadas por la ley que son encargadas de velar la garantía de los derechos de la niñez y adolescencia.



CAPÍTULO I

1. Patria potestad

La institución de patria potestad deviene de los vocablos romanos “patrius”, cuyo significado se le atribuye al pater familias, quien era el padre de la familia dentro de la organización familiar romana y “potestas” que significa poder, dominio o autoridad.

1.1. Definiciones

Aunado al derecho romano, expone que la patria potestad es “la potestad que ejercía el ascendiente varón de mayor edad sobre sus hijos y descendientes al infinito.”¹ No habiendo otro mayor que el varón, sobre él recaía la responsabilidad sobre los demás.

“Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados.”²

En los pueblos antiguos se creía que en el varón de mayor edad había un poder proveniente de la divinidad. Esta fuente de poder hacía que todos creyeran que había que obedecer e incluso reverenciar a la figura paterna, a la cual llegaban a ver como un enviado del cielo. El ejercicio de la patria potestad en sus inicios era de carácter vitalicio, es decir que cesaba sí y solo sí el que la ejercía fallecía. Este derecho solo lo podía ejercer el varón de mayor edad. En ningún caso la mujer más anciana podría

¹ Zannoni, Eduardo. **Derecho civil, derecho de familia, tomo 2.** Pág. 643.

² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Pág. 285.



optar a ese derecho, puesto que era un patriarcado. Otra de sus características concierne a la soberanía familiar a cargo del varón.

“La patria potestad es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de éstos”.³

Por consiguiente a la definición de Federico Puig Peña se establece que debe existir un ordenamiento jurídico vigente que otorgue y regule dicha relación entre padres y menores de edad, a pesar que naturalmente sean los padres quienes deban guiar a sus hijos menores a conducirse de manera pacífica dentro de la sociedad.

Las leyes generales y especiales de cada país regulan y definen las instituciones jurídicas. El Código Civil guatemalteco, Decreto ley número 106, en su artículo 254, establece: “La patria potestad comprende el derecho de representar legamente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.

En contraposición a decenas de definiciones respecto a lo que la institución de patria potestad representa, la normativa guatemalteca no limita que este derecho se ejerza únicamente sobre los menores de edad sino también a aquellos mayores de edad que conforme a la ley han sido declarados incapacitados para ejercer por sí mismos sus derechos. Otra definición que es limitada, mas no por eso errónea, establece que

³ Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil español*, Tomo II. Pág. 433.



la patria potestad es aquel “conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.⁴

A su vez, el Código Civil argentino, reformado por la ley 10.903, define: “La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Al analizar todas y cada una de las definiciones anteriormente mencionadas se observa el proceso, evolución y desarrollo de esta institución. En sus inicios era un derecho exclusivo para el varón, el padre de familia.

Sin embargo conforme fue avanzando el derecho y además intervienen otros factores como la equidad e igualdad, el alcance de la institución creció al punto que sea un derecho que se ejerza de forma conjunta entre padre y madre, amparado por el derecho guatemalteco.

1.2. Personas que ejercen la patria potestad

Dispone el Código Civil, Decreto ley 106, artículo 252: “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

⁴ Planiol, Marcel y Ripet, Georges. **Tratado elemental de derecho civil, Volumen 8.** Pág. 255.



otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción”.

Como consecuencia los preceptos legales suponen la existencia de derechos y obligaciones hacia los padres en favor de los hijos. Entre estos deberes se encuentran:

- a) cuidar; b) sustentar; c) darles educación; d) corregir; e) disciplinar; f) administrar sus bienes; g) representar al hijo en todos los actos jurídicos; h) proveer de alimentos; i) prestarles vestimenta; j) darles asistencia material, moral y espiritual; k) exigir del hijo respeto y obediencia.

El Código Civil, Decreto Ley Número 106 no establece una división como tal. Es por esa razón que para la realización de esta distinción de formas de adquisición no se utilizará lo correspondiente al Código Civil, sino a la doctrina, la cual esquematiza la siguiente forma de adquisición: a) Por filiación legítima; b) Por filiación natural y; c) Por filiación adoptiva.

1.2.1. Filiación legítima

El vocablo legítima o legítimo hace referencia a todo aquello que es auténtico, genuino y verdadero; también aquello que ha tomado certeza de acuerdo a una normativa o algún derecho.

Esta legitimidad emana de la institución del matrimonio, la unión civil de un hombre y una mujer quienes producto de esa unión han procreado hijos.

Cabe destacar que el menor debe ser reconocido ante el Registro Civil respectivamente por ambos padres. Sin este reconocimiento realizado voluntariamente por los padres no se podría encuadrar al menor dentro de esta división.

“Sin matrimonio de los padres no puede haber legitimidad del hijo, ya que la filiación es una relación jurídica íntimamente vinculada al matrimonio: en efecto de éste”⁵, según Francisco Rivero.

1.2.2. Filiación natural

A diferencia de filiación anteriormente analizada, en esta filiación no es necesaria la existencia de un vínculo conyugal entre los padres. Basta con el reconocimiento de los mismos ante el Registro correspondiente.

Dentro de la filiación natural, expuesto anteriormente, la ley permite que la patria potestad se ejerza de forma conjunta o de forma separada dependiendo de quién tenga el poder según la ley. Es posible que no exista una coparticipación al representar legalmente al menor, administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.

El fundamento de la patria potestad en la naturaleza. La paternidad o maternidad propiamente dicha es un acto que no necesita de ninguna regulación legal, deviene de lo natural, incluso, de lo divino. Es por esa razón que naturalmente el padre y la madre estaban ligados a brindarle todo lo necesario a sus hijos. Tienen una función protectora hacia los hijos. La niñez y adolescencia tienen derecho a una protección integral.

⁵ Rivero Hernández, Francisco. **El interés del menor**. Pág. 261.

Los niños, niñas y adolescentes deben recibir por parte de los padres una educación integral de acuerdo a las posibilidades de los padres, ser guiados de forma religiosa y cultural, según cada familia. Los padres deben contribuir al desarrollo personal y cívico de sus hijos. Promover en ellos conocimientos y hacerles saber sus derechos y obligaciones.

La relación padre-hijo trae aparejada consigo una consecuencia que se puede definir como aquel conjunto de facultades y deberes, dentro de estos deberes de los padres, esenciales para una vida integral de su hijo menor de edad, se encuentran el brindar la educación, habitación, vestimenta, alimentación, protección de los intereses patrimoniales.

1.2.3. Filiación Adoptiva

La filiación adoptiva se produce al momento que una persona reconoce y toma como hijo propio a un niño, niña o adolescente que es hijo biológico de otra persona. También cuando reconoce a un mayor de edad previo consentimiento expreso de este. Es necesario aclarar que la patria potestad se daría en el primer caso únicamente. La Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007, Artículo dos literal a, define: "Adopción: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona tomo como hijo propio al hijo biológico de otra persona".

Dentro de esta filiación el vínculo legal no se produce en el nacimiento del hijo, sino posterior a este y a través de trámites legales. Luego de pasar todos los trámites que la



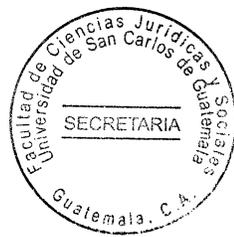
ley establece, se puede decir que ha nacido el vínculo padre e hijo y con eso se crean los derechos y obligaciones para ambos.

Al nacer el vínculo entre adoptante y adoptado, la filiación natural que en algún momento existió pierde sus efectos. La adopción sin la existencia de la transmisión al padre del poder, sería meramente una simulación y no tendría razón de llevarse a cabo una adopción.

El Código Civil, Decreto Ley número 106, Artículo 190 establece que “La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.”

Eso representa que la ley otorga a este vínculo todo el carácter de una adopción legítima sin tener la naturalidad, valga la redundancia, de la filiación natural. El adoptante será el encargado de velar por la educación y protección integral del menor y sobre él recaerá toda la responsabilidad.

Este vínculo abarca más allá de las responsabilidades legales sino que también existe una relación que afecta la moralidad y las costumbres que vayan a ser transmitidas por parte del tutor hacia el pupilo. Es necesario que también se desarrolle en el pupilo todas las actitudes y aptitudes para poder desenvolverse en medio de una sociedad que necesita de la aplicación de la moral en cada uno de los ámbitos sociales.



1.3. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica importa desde el punto de vista de las relaciones internas y externas. Internas a razón del vínculo que existe entre el padre con su hijo menor de edad y en cuanto a las relaciones externas que son reguladas por un derecho subjetivo de los padres, y no del hijo.

El Código Civil, Decreto ley 106, Artículo 253 establece: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no del matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad”, son las obligaciones de ambos padres según la ley guatemalteca.

Es por este conjunto de ideas y conceptos que a la patria potestad se le otorgue un carácter oficioso. Asimismo, al estar enraizada dentro del derecho privado, no se puede ni debe dejar a un lado que también interviene el derecho público en razón de la intervención del Estado, quien tiene del deber de garantizar el desarrollo integral de la persona.

La religión, por medio de la Iglesia Católica y las demás organizaciones y movimientos cristianos, ha orientado al sistema jurídico, dándole un carácter a la institución de la patria potestad como un deber-función a cargo de los padres, siendo un claro ejemplo de la evolución que ha tenido la familia a lo largo del tiempo.



“La naturaleza jurídica de la patria potestad es un derecho-función a cargo de los padres, cuyo derecho-función integra al derecho subjetivo familiar”⁶, por tanto que el derecho subjetivo encuentra su apoyo en la norma objetiva y en la voluntad de quien ostenta ese poder jurídico.

“La patria potestad es un derecho familiar, indisolublemente ligado a los intereses del hijo, por lo cual, al defender su propio derecho, el padre defiende el interés del hijo llevado a la categoría de interés superior”⁷, por esta razón el derecho subjetivo forma parte inseparable de los derechos subjetivos familiares.

1.4. Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia

Una de las tantas características del derecho es que es dinámico, evoluciona conforme las necesidades que se presentan dentro de la sociedad. La patria potestad inicia como una jerarquía impuesta por la naturaleza y a lo largo del tiempo se ve afectada por las normas legales que amparan, ya no solo a una persona en particular, sino a ambos padres para tutelar y proteger los derechos de los menores de edad.

Derivado de esta relación entre padres e hijos, hay tanto obligaciones como responsabilidades. Hay demasiadas similitudes entre las obligaciones y responsabilidades, sin embargo el punto de enlace entre una y otra es que ambas se han establecido para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

⁶ López del Carril, Julio. **Patria potestad, tutela y curatela**. Pág.18.

⁷ **Ibid.** Pág. 20.



Dentro de los elementos que integran la institución como tal se encuentra el género y la especie.

El género concierne a la patria potestad en sí y la especie hace alusión a la guarda y custodia. Estos elementos se complementan entre sí y deben ser ejercidas de manera conjunta.

1.4.1. Género

La patria potestad sufrió cambios a lo largo del tiempo, desde que esta se le otorgaba únicamente al varón más longevo y se ejercía de una manera soberana y de forma unipersonal, hasta que por medio de los diferentes cuerpos normativos se le otorgó esta facultad tanto al padre como a la madre para que la pudiera ejercer de forma conjunta o bien de forma separada.

Esta evolución de la institución tiene mucho que ver con la naturaleza de carácter pública de la misma, puesto que los padres tienen la obligación de suplir las necesidades básicas de los hijos, desde una vivienda digna, alimentación y educación, habiendo igualdad de obligaciones y derechos por los padres.

La legislación civil guatemalteca hace énfasis en que el ejercicio de la patria potestad y la representación legal sobre los hijos menores de edad y los mayores declarados en estado de interdicción puede ejercerse de forma conjunta o separada, estén estos unidos en matrimonio, unión de hecho o en sin necesidad de las anteriores.



La patria potestad se encuadra dentro de aquel conjunto de elementos y características de carácter legal y de orden público, cuya finalidad siempre será el desarrollo integral de los hijos, quienes al estar limitados en el ejercicio de algunos derechos, son los padres los encargados de proveerles todas las herramientas necesarias que necesiten para crecer dentro de la sociedad guatemalteca, en este caso. Los padres jamás podrán atribuirse derechos y obligaciones que conforme a la ley no estén establecidos. El principio de legalidad cobra fuerza para la protección de los hijos a causa de los padres.

1.4.2. Especie

Al hecho que un hijo habite en el hogar del padre y la madre o de uno de ellos en particular se le conoce como custodia. Uno de los sinónimos de custodiar es guardar, por lo tanto los padres se constituyen en guardianes del su hijo. Los padres son los encargados de establecer las normas de convivencia bajo su techo.

Dentro de las obligaciones de los menores de edad se encuentra la obediencia a los padres por lo tanto deben acatar toda instrucción y regla que se les proporcione. Salvo por motivos donde intervengan la ley, los hijos no pueden abandonar su domicilio legal.

El cuidar de los hijos o la guarda, propiamente dicha, es una relación intrínseca entre los padres e hijos, es tanto un derecho para los padres como una obligación que es inherente al ser padres. No puede haber guarda sin ofrecer protección.



Esta relación no puede interrumpirse de forma unilateral sin incurrir en delito. Puesto que los padres no pueden abandonar al hijo como el hijo no puede abandonar a los padres.

Para ampliar el concepto de guarda y custodia, el Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 308 establece que “los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social que acojan a menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento”.

A pensar que el artículo señala otras instituciones legales, se puede diferenciar en que la guarda y custodia de un menor de edad va más allá de solo los padres sino también de aquellos establecimientos a los que los padres hayan encargado a sus hijos, con la finalidad que estos puedan proveerles todo lo que necesiten y prestarles todo el cuidado que requieran los menores o incapacitados

1.5. Suspensión o pérdida de la patria potestad

La patria potestad puede suspenderse o perderse. Para cada uno de estos supuestos se deben de cumplir ciertos requisitos que permiten determinar si el ejercicio de este derecho cesa en su totalidad o si, por sus características, queda en suspensión por un tiempo.



1.5.1. Suspensión

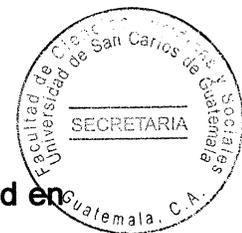
La ley establece los casos en que procede la suspensión del ejercicio de la patria potestad. El Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 273 establece: “La patria potestad se suspende:

- a) Por ausencia del que la ejerce; declarada judicialmente;
- b) Por interdicción, declarada en la misma forma;
- c) Por ebriedad consuetudinaria; y
- d) Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de droga o estupefacientes”

Una de las obligaciones de quien ejerce la patria potestad es la de administrar bienes y aprovechar los servicios atendiendo a la edad y condición de los menores. Por esa razón se suspende el ejercicio de la patria potestad los que abusan de las bebidas alcohólicas, porque ponen los bienes de los menores en peligro al igual que aquellos que hacen uso indebido del hábito del juego y drogas.

En la suspensión de la patria potestad no hay un cambio de titular, es decir que a la persona no se le priva definitivamente del ejercicio de la patria potestad, sin embargo, se encuentra en un estado de impedimento temporal.

Dentro de esta figura de suspensión se deben establecer aquellas situaciones que permitan la restitución del ejercicio dependiendo de cada caso. La suspensión de la patria potestad tiene como finalidad la protección integral de la familia, así como velar



por que el génesis primario, la familia, permanezca intacta ante la irresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad. El Estado de Guatemala tiene la obligación de ofrecerle a los menores todas las condiciones óptimas para su correcto desarrollo.

La ley civil también establece que se le puede separar del ejercicio de la patria potestad a los padres que administren mal los bienes de los menores. Esto se realiza a través de un juicio oral y con intervención de la Procuraduría General de la Nación.

1.5.2. Pérdida

La pérdida de la patria potestad produce el cese definitivo de su ejercicio. El Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 274 regula: "La patria potestad se pierde:

- a) Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
- b) Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;
- c) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
- d) Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado;
- e) 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."



CAPÍTULO II

2. La tutela

La tutela, dentro de su etimología, hace alusión a la defensa, la protección y al cuidado. Esas características recaían sobre una persona la cual era el pupilo, quien recibía todos esos cuidados por parte del padre o tutor. A medida que fue evolucionando el derecho, esa potestad dejó de estar solamente en manos de una persona, en este caso el padre, para lograr investir con los mismos derechos a las madres o a persona distinta.

2.1. Dentro del derecho de familia

Antes de analizar la institución de la tutela dentro del génesis primario de la sociedad es importante determinar el origen de esta institución. "El origen de la tutela, es anterior al derecho romano. Los pueblos primitivos, sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados como una cosa del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de *ius dominicale*."⁸

No existía un ordenamiento jurídico, incluso una norma que regulara el actuar de quienes se encontraban bajo el poder patriarcal de esa organización. Cuando moría la persona que ejercía el poder patriarcal, quienes quedaban huérfanos se encontraban

⁸ Castan Tobeñas, José. *Derecho civil*. Pág. 959.



en la posición de someterse al poder de la demás familia, quienes seguían ejerciendo de igual forma el poder patriarcal.

No fue sino hasta la civilización griega que al hijo, los padres y demás parientes se les reconocía su personalidad. Es por esa razón que es en esta civilización que surgió la institución de la tutela, siendo esta una base importante dentro de la familia. Se establecía a la tutela como familiar y con un carácter legítimo. Es en esta etapa donde el enfoque de la tutela deja de ser en favor de quién la ejercía sino a favor de sobre quién se ejerce. Convirtiéndose en esa manera como una institución de protección al pupilo.

Justiniano declaró que “la tutela es la fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil, sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse.”⁹

El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas, principios y valores dentro del derecho civil que atiende lo concerniente a las obligaciones y derechos de la familia dentro de la sociedad guatemalteca. Estas normas jurídicas están encargadas de regular tanto las relaciones patrimoniales como las personales que atañen a la familia entre sí y su relación con terceros.

El Código Civil, es la norma jurídica que regula de forma específica lo relativo a familia, patrimonio, persona, matrimonio y demás instituciones tutelares. Sin embargo la

⁹ Ibid. Pág. 965.



Constitución Política de la República de Guatemala, hace referencia a esta rama del derecho civil en su parte dogmática, la cual establece las directrices que velan por el bien común donde se encuentra la protección a la familia.

2.2. Definiciones

La tutela es una investidura jurídica que la ley le otorga a una persona para que esta ejerza poder sobre otra persona y sus bienes, debiendo ser una persona menor de edad o un mayor de edad declarado en estado de interdicción sobre quien recae el poder, en beneficio de la misma, aportando a su proyección y desarrollo dentro de la sociedad así como su protección y cuidado.

En el Artículo 293 del Código Civil se establece: "El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a la tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado." La finalidad de la tutela es el cuidado de la persona como de sus bienes.

"Es la fuerza y potestad sobre persona libre, otorgada, por el derecho civil para proteger a quien, en razón de su edad no puede defenderse por sí mismo."¹⁰ Esta definición hace referencia a que había una persona que al no poder decidir sobre sí misma, debe haber otro que decida por ella con el objetivo de decidir en beneficio de la que no puede hacerlo.

¹⁰ . Rodríguez, Servio. **Derecho romano**. Pág.357.

Se puede determinar, aunado a las definiciones anteriores, que la tutela es el derecho que tiene un tercero de representar a un menor, incapaz o interdicto que no se encuentra bajo patria potestad.

“Si tomamos el vocablo en un sentido muy generalizado de la legislación de algunos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas. La legislación argentina divide en dos esa función protectora: La tutela para los menores de edad no sometidos a la patria potestad y a la curatela para los mayores de edad in. En la ley argentina se entiende por tutela el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.”¹¹

“Derecho legal para dirigir al menor, administrar sus bienes cuando éste no se halle sometido a la patria potestad y representarlo. El tutor no puede renunciar a su función ni cobrarla, aunque quepa compensación si los bienes del pupilo lo permiten. La tutela puede ser acordado por el Estado, los padres en testamento, o por el juez.”¹²

“Moderadamente es definida como el poder otorgado por la ley, a personas jurídicas capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.”¹³ La razón principal por la que se crea esta institución es para proveer de protección a

¹¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág.996.

¹² Salvat Editores. **La enciclopedia**. Pág.15255.

¹³ Editorial Labor. **Diccionario de derecho privado**. Pág.3885.



quienes carecen de protección por sí mismos, ya sea por su edad o por haber sido declarados en estado de interdicción por adolecer de discernimiento.

El sistema tutelar en Guatemala, de acuerdo a la legislación es mixto puesto que la tutela es vinculada con la familia del pupilo y por otro lado, hay un control por parte de una autoridad encargada de discernir el cargo, en este caso es el juez el encargado y toma mayor auge en la tutela legítima y también en la tutela judicial, así como al momento de rendir cuentas.

La constitución de la tutela la pueden promover: a) los parientes de acuerdo a la ley, y los que se hayan establecido por los padres según la tutela testamentaria; b) la persona o entidad pública que tenga la guarda del menor; c) La Procuraduría General de la Nación; d) el juez competente.

El tutor está obligado a prestar garantía que puede consistir en hipoteca, prenda o fianza legalmente autorizada u otorgada por alguna institución bancaria. Esta garantía deberá establecerse posteriormente a la práctica del inventario. Esta garantía deberá asegurar el importe de los bienes muebles, el promedio de la renta de los bienes, las utilidades que durante el tiempo que establezca la ley puede percibir el pupilo.

También se le obliga al tutor a realizar un inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado dentro del tiempo que la ley establezca. Este avalúo es vital porque ayuda a establecer la garantía mencionada en el párrafo anterior.



La doctrina establece que el tutor tiene la capacidad para representar al menor o incapacitado, velar por la protección integral de los anteriormente mencionados y hacer las solicitudes necesarias ante juez para realizar determinados actos que lo requieran los cuales necesitan autorización judicial previa.

El tutor tiene la capacidad para exigir el respeto y obediencia de quién esté bajo su cargo, así como percibir la retribución que previamente haya determinado el juez y recibir algún tipo de indemnización a razón de daños y perjuicios que puedan surgir durante el tiempo que ejerza el cargo.

El Código Civil establece determinadas prohibiciones para el tutor en las que destacan los siguientes actos: a) contratar por sí o por interpósita persona; b) disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado, sin embargo hay que mencionar que puede gravar o enajenar bienes inmuebles o derechos reales del menor incapacitado cuando se haya presentado una autorización por parte de juez de necesidad o utilidad donde se mencione que es necesario realizar dicha acción en virtud de ese acto el menor será beneficiado.

La tutela puede llegar a extinguirse por las siguientes causas: a) por cumplimiento de la mayoría de edad por parte del pupilo; b) al momento que sea adoptado el menor; c) al momento de fallecer el tutelado; d) si quien ejercía la patria potestad la recupera por las causas que establece la ley; y e) por resolución judicial donde se dictamine la incapacidad de quien ejerce la tutela.



2.3. Características

- a) Tiene una finalidad eminentemente protectora hacia la persona que por su edad o por adolecer de alguna capacidad mental no pueda valerse por sí misma y que tampoco se encuentra bajo la patria potestad.
- b) El discernimiento del cargo hacia el tutor es un acto meramente público de naturaleza especial y de obligatorio desempeño atendiendo a la finalidad tuitiva.
- c) La tutela viene a sustituir el ejercicio de la patria potestad, con las diferencias que establecen la ley atendiendo al cuidado del menor o incapaz.

2.4. Elementos

- a. Personal: El tutor quien es el encargado del ejercicio de la tutela y el pupilo sobre quien recae la protección.
- b. Formal: El Código Civil es quien regula la institución de la tutela abarcando desde el artículo doscientos noventa y tres al trescientos cincuenta y uno.
- c. Teleológico: Este elemento se refiere al cuidado y protección de la persona sobre quien recae el ejercicio de la tutela, así como sobre sus bienes.

2.5. Clases

Las clases de tutela establecen directrices y lineamientos que deben tomarse en cuenta al momento de realizar el discernimiento del cargo del tutor en consideración con los supuestos que permitan determinar a qué tipo de tutela se expondrá al menor de edad de acuerdo a la normativa jurídica.



2.5.1. Tutela testamentaria

Se instituye por medio del auxilio de un instrumento jurídico como lo es el testamento. En este acto de última voluntad se establece quién será la persona encargada de cuidar y proteger al menor de edad que se encontraba bajo la patria potestad del padre o madre. El tutor nombrado tiene el derecho de aceptar o rechazar el cargo que se le quiere otorgar, es decir que no se encuentra obligado por la ley a aceptarlo.

Esta clase de tutela se establece por el padre o madre sobreviviente, aunque se debe mencionar que la ley no establece que pasaría en el supuesto que ambos padres fallecieran al mismo tiempo y a través de esta investigación se hará una propuesta de reforma al código civil en los casos donde suceda una situación de esa naturaleza.

“Por extensión, la determinada en documento público, para que surta efecto después de la muerte, y que a tales efectos ha de estimarse como disposición *mortis causa* y, por lo tanto, testamentaria.”¹⁴

La doctrina determina que el tutor testamentario es: “El designado por testamento de los padres, o por quien instituye herederos o legatarios de cantidad importante a los huérfanos menores o incapaces.”¹⁵ Es necesario que conste en un instrumento legal la persona que será la encargada de ejercer la patria potestad, y en este caso, el instrumento legal necesario es el testamento, sin el cual no se puede discernir el cargo.

¹⁴ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág.996.

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 381.



2.5.2. Tutela legítima

La ley establece la tutela legítima a falta de haberse establecido tutor testamentario. Esta clase de tutela no requiere de nombramiento a diferencia de la anterior y tampoco puede ser rechazada. Atendiendo a la Ley de las XII Tablas, el pariente masculino en la línea más cercana deberá ser el tutor, y si hay varios que cumplan con el mismo derecho por tener el mismo grado, la tutela será compartida. En el derecho romano se podía ceder el derecho tutelar legítimo a otro pariente cercano.

2.5.3. Tutela judicial

La tutela judicial procede por el nombramiento del juez competente. El legislador estableció esta figura para que el menor de edad o el que haya sido declarado en estado de interdicción no quede sin protección a falta de un tutor testamentario o tutor legítimo.

2.5.4. Tutela legal

Esta tutela es la que obtienen los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social que reciban a menores de edad o incapacitados. A su vez se constituyen en representantes legales desde el momento que ingresen al establecimiento y a diferencia de las demás tutelas, esta no necesita discernimiento del cargo.



2.5.5. Tutela específica

Esta tutela se crea al momento en que uno o varios pupilos no puedan llegar a decidir con respecto a determinado conflicto que sea de interés para ellos y que por consiguiente su derecho se encuentre en afectado. El juez nombrará tutores específicos para cada pupilo.

2.5.6. Tutela especial

Esta clase de tutela es la que discierne el juez competente cuando existe conflicto entre los hijos y los padres. El juez deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado y protección del menor o incapacitado.

2.5.7. Tutela provisional

La tutela provisional es aquella que se da cuando hay una solicitud de separación o divorcio y por una causa grave el juez no pueda confiarle los hijos a ninguno de los cónyuges y se encuentre en una posición obligatoria de confiarlos a un tutor provisional.

2.6. La protutela

El cargo de tutor se complementa con la intervención del protutor quien tiene la finalidad de asegurar el correcto ejercicio de la tutela. Quien ejerce la función de

protutor deberá fiscalizar cada una de las actuaciones del tutor con respecto al cuidado y protección del menor para evitar una mala administración del patrimonio y así evitar que ponga en peligro los bienes.

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

La protutela es desempeñada por el protutor, generalmente designado por el consejo de familia. La institución de la protutela ha sido muy discutida en la doctrina y rechazada por diversas legislaciones, como la argentina, por entender que sólo sirve para complicar el engranaje tutela.”¹⁶ Esta institución está íntimamente ligada a los principios que conciernen al interés superior del niño puesto que procura el adecuado cuidado para con los menores.

“El cargo de protutor, está establecido de manera familiar para intervenir las funciones de la tutela y asegurar su recto ejercicio en beneficio del pupilo.”¹⁷ Todas las instituciones realizan funciones en beneficio de la correcta protección a los menores e incapaces, es por esa razón que el estudio de cada institución es importante porque los casos son diferentes y es necesario encontrar el mejor derecho que se deba aplicar.

¹⁶ Ibid. Pág. 815.

¹⁷ Ibid. Pág. 818.



“El cargo de protutor, está establecido de manera familiar para intervenir las funciones de la tutela y asegurar su recto ejercicio en beneficio del pupilo.”¹⁸ La legislación guatemalteca y las normas jurídicas internacionales buscan en todo momento satisfacer las necesidades que se presenten por parte de los hijos.

2.7. La curatela

Esta institución jurídica se deriva del derecho romano puesto que en la antigua Roma el magistrado era el encargado de nombrar al curador, siendo este nombramiento confirmado por el pretor. No fue sino hasta que Marco Aurelio que se establece esta figura como estable.

Esta persona llamada curador debía cuidar al pupilo y así como en la actualidad tenía que administrar sus bienes, tenía que velar por conservar el patrimonio del pupilo. Sus características eran más propias a las de un gestor voluntario y era por un lapso de tiempo determinado. El curador era un auxiliar el pupilo para determinador asuntos.

En la legislación guatemalteca la institución de la curatela no se profundiza, sin embargo se establece que es aquel cuidado y protección que se le proporciona a los mayores de edad declarados en estado de interdicción y se debe prestar por el cónyuge, los padres, los hijos mayores de edad o los abuelos, según lo establezca el juez competente. “Palabra italiana, adoptada por el codificador argentino. La curatela es una institución que, como la tutela, tiene por objeto suplir la capacidad de obrar de

¹⁸ Salvat Editores. Ob. Cit. Pág. 12753.



las personas. La tutela se da para los menores; y la curatela, para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes.”¹⁹

2.8. Tutela legítima

Desde la época romana, dentro de su ordenamiento jurídico, se estableció la tutela legítima cuando no se hubiere establecido un tutor testamentario. Las XII Tablas otorgan al familiar próximo más cercano en línea masculina la tutela y en su defecto a los gentiles.

2.8.1. Antecedentes históricos

La tutela legítima se dividió en tutela patronal, tutela fiduciaria y tutela dativa. La tutela patronal consistía en la interpretación entre la tutela y la herencia. Con respecto a la tutela fiduciaria, esta tenía lugar en la antigua Roma en que al momento de vender a un hijo o a un nieto con la condición que este fuera devuelto a su seno familiar, se hace tutor legítimo a quien se le haya vendido.

Por último la tutela dativa tenía su fundamento en aquel acto que realizaba el pretor de la urbanidad con asistencia del gobernador de la provincia y la plebe. Este acto se imposibilita y no puede hacerse efecto sin la asistencia de la plebe y el gobernador puesto que estos son los encargados velar por que el cumplimiento de las leyes y el cuidado de la familia sean garantizados en las actuaciones que realice el pretor.

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 105.



2.8.2. Legislación guatemalteca

El Código Civil de Guatemala no establece una definición de tutela legítima. Se limita nada más a proporcionar un orden para ejercer la tutela y así beneficiar al menor de edad que no se encuentre bajo la patria potestad.

El Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 299 establece: “La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

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

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la procedencia, 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.”

Cualquier decisión que tome el juez con respecto al artículo mencionado con anterioridad debe de garantizar la protección de todos los bienes de la persona.



2.8.3 Correcta designación de la tutela legítima

“Es la conferida por la ley a falta de designación por testamento y que recae por el orden en el abuelo paterno, en el abuelo materno, en la abuela paterna o materna, y en los hermanos, hermanas y medio hermanos.”²⁰

Cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad o no hay un tutor testamentario establecido correctamente por acto de última voluntad por el cónyuge sobreviviente, la tutela legítima toma lugar.

La finalidad principal de la tutela es la protección del menor de edad, es por esa razón que la tutela legítima se enfoca en la relación entre tutor y tutelado. El orden que establece el Código Civil determina quiénes son los llamados al ejercicio de la tutela, tomando en cuenta siempre a los parientes más cercanos de acuerdo a las normas de parentesco que establece la ley, siempre y cuando no se haya conferido la tutela testamentaria, puesto que en esta ha sido plasmada la voluntad del padre o madre.

La ley establece que la tutela que prevalece es la testamentaria puesto que en esta se manifiesta la voluntad de la persona quien en su momento ejerció de forma correcta, en este caso, la patria potestad sobre el o los menores de edad que se hayan encontrado bajo su cargo. Se transferirá inmediatamente el ejercicio de la tutela legítima o judicial si aparece un testamento en el que se haya conferido tutor.

²⁰ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág.996.



2.8.4. Ejercicio de la tutela

Es necesario el discernimiento del cargo por el juez. Sin este discernimiento el tutor y protutor no pueden entrar a ejercer sus cargos. Hay requisitos que se deben llenar y que tienen que ser tomados en cuenta por el juez para el discernimiento del cargo. Quien ejerza la tutela está obligado a realizar un avalúo y presentar un inventario de los bienes del menor o incapacitado.

Por ninguna circunstancia el tutor puede liberarse de la obligación de realizar el inventario. El inventario que se realiza es la base para determinar la garantía que el tutor, juntamente con el protutor, deben asegurar. Lo que se asegura es lo correspondiente al importe de bienes muebles que reciba el tutor, el promedio de la renta de los bienes y las utilidades que puede percibir en determinado tiempo el pupilo.

La garantía a la que están obligados puede aumentarse o disminuirse de acuerdo a los bienes. La garantía puede consistir en hipoteca, prenda o fianza. También puede constituirse garantía persona y caución juratoria siempre y cuando el juez lo considere necesario. La garantía prendaria que realiza el tutor debe constituirse por medio de una institución de crédito autorizada para recibir depósitos.

El tutor deberá manejar un presupuesto. Dentro de este presupuesto debe de aprovecharse cada uno de los recursos y a los que tiene derecho pupilo. Lo que concierne a los gastos extraordinarios que sobrepasen la cantidad de quinientos quetzales necesita autorización de juez competente para poder administrar el gasto.



2.8.5. Prohibiciones para ser tutor

El Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 314, regula lo concerniente a las prohibiciones para ser tutor:

1. “El menor de edad y el incapacitado;
2. 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;
3. El que hubiere sido removido de otra tutela o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
4. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
5. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;
6. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
7. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;
8. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;
9. El que no tenga domicilio en la república; y
10. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.”

Estas prohibiciones se establecen el pro del bienestar del pupilo debido a que es



necesario que la persona encargada de proveerle cuidado y protección se encuentre en todas sus capacidades físicas, mentales y que no tenga ningún problema ante las leyes guatemaltecas que puedan impedir el correcto desempeño de su cargo.

2.8.6. Rendición de cuentas de la tutela

La ley obliga al tutor a rendir cuentas anualmente y al concluir o cesar en su cargo de tutor. En la rendición anual interviene el protutor al tener una función de contralor y se deberá realizar ante un juez competente. Un representante de la Procuraduría General de la Nación también debe intervenir dentro de la rendición que se realice.

Los gastos derivados de la rendición de cuentas correrán a cargo del menor o incapacitado, dependiendo sobre quién recaiga el ejercicio de la tutela. El tutor debe acompañar toda la documentación necesaria al pupilo, así como los bienes que sean propios del menor o incapacitado.



CAPÍTULO III

3. Testamento

El testamento es un acto formal, de última voluntad y solemne por medio del cual una persona dispone de sus bienes o parte de ellos, dejando un orden de las cuestiones familiares y personales pendientes para que éstas puedan ser resueltas por sus herederos. La institución de heredero y legados son las disposiciones patrimoniales más importantes.

3.1. Evolución histórica

En el tiempo del pueblo primitivo no existía y no se reconocía la sucesión testada puesto que desconocían la propiedad individual. Conforme se fue evolucionando se fue reconociendo la sucesión dentro de las pequeñas organizaciones de personas llamadas tribus. En Atenas se le reconocía como heredero a aquella persona que obtenía las propiedades y derechos de otra persona que al fallecer no tuviera hijos.

En el territorio alemán el testamento era una institución desconocida, al momento de morir ellos tenían la obligación de transmitir sus bienes solamente dentro de su núcleo familiar y únicamente se les permitía transmitirles bienes a otras personas fuera de la familia a falta de herederos legítimos.

Roma es el precursor de la institución que hoy conocemos como testamento. No fue



sino en la Ley de las XII Tablas que universalmente se admitió dicha figura. Los romanos se convierten de esa forma en los primeros en desarrollar la sucesión testada.

La sucesión testamentaria requirió de una larga evolución debido a que la sucesión legítima era la que más auge y desarrollo tenía dentro del derecho romano. No fue sino hasta tiempo después que la sucesión testamentaria obtuvo desarrollo e importancia dentro de la región hasta convertirse en la típica sucesión romana, dejando a un lado la sucesión legítima convirtiéndola en una sucesión supletoria. Fue en este momento que el testamento adquirió su carácter unilateral. Se concluye que el testamento es una institución íntimamente romana.

En los tiempos medievales la sucesión testamentaria sufrió un efecto considerable a razón que nuevamente las familias prefieren dejar sus bienes a su núcleo familiar dejando a un lado a las personas que no son parientes. Los pactos sucesorios tuvieron mucho arraigo. Las fórmulas que favorecieron la facultad de testar fueron aquellas concernientes al Derecho Canónico.

3.2. Concepto y definición

Es importante analizar las definiciones derivadas del concepto de testamento ya que dentro de las mismas se encuentran contenidas las características y esencialidades.

A través de la definición se determinan los supuestos necesarios para que un testamento tenga validez dentro del ámbito de lo jurídico.



El testamento es “un acto solemne, por el que unilateralmente una persona sola establece ella misma para después de su muerte, las disposiciones que le competan, pudiendo siempre revocarlas. Esencia del testamento es el disponer para después de la muerte para regular la situación que creará el fallecimiento del disponente.”²¹

Esta definición que ofrece Manuel Albaladejo es de suma importancia debido a que encuadra varias características del testamento que se analizarán más adelante como lo son el carácter unipersonal, carácter personalísimo y la disposición mortis causa.

“Declaración de última voluntad, en principio por escrito y con excepcional validez de palabra, de carácter patrimonial y acerca de otras cuestiones: reconocimientos filiales, nombramientos de tutor, revelaciones o confesiones, y normas funerarias, algunas de la trascendencia de la concerniente a la cremación del cadáver.”²²

“En sentido formal, en sentido sustancial y amplio, y en sentido sustancial y estricto. Según la primera, el testamento es una simple forma documental apta para acoger toda la variedad de negocios a causa de muerte que admite el ordenamiento. En sentido sustancial y amplio, es un negocio a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, aunque con predominio del aspecto patrimonial. En sentido sustancial pero estricto, es el negocio por el que se dispone del patrimonio para después de la muerte.”²³

²¹ Albaladejo, Manuel. **Compendio de derecho Civil**. Pág. 577.

²² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico**. Pág. 387.

²³ Puig Brutau, José. **Fundamentos de derecho civil**. Pág. 6.



3.3. Fundamento del testamento

En relación al fundamento del testamento los juristas buscan determinar cuál es el origen de donde se deriva la potestad que tienen las personas de disponer sobre sus bienes después de su muerte.

El fundamento desde el punto de vista sustancial busca determinar si esta potestad emana del derecho natural o si, por el contrario, deviene del conjunto de normas jurídicas vigentes y positivas. Dentro del estudio que han realizado algunos juristas, han determinado que, efectivamente, el derecho natural es la fuente para otorgar testamento. Establecen que el ser humano tiene derecho a la libertad de disponer sobre sus bienes, el derecho de propiedad; afirman que el hombre tiene la facultad de ordenar sus bienes en vida para determinar lo que se hará con ellos para después de su muerte.

Otros juristas tienen la postura que el derecho a otorgar testamento nace de la creación del derecho positivos, argumentando que a lo largo de la historia, y ateniendo a la evolución histórica del derecho, el testamento no ha sido más que una expresión legal que da derecho a las personas de disponer de sus bienes. La facultad de hacer testamento es producto de una ley positiva vigente, que permite a la persona ejercer dominio sobre sus posesiones y adjudicarlas según le parezca.

Continuando con el fundamento del testamento, existe otro punto para estudiar el origen del testamento, el cual es el punto de vista formal, donde se establece y remarca la



voluntad humana plasmada en ordenamientos y disposiciones legales que le permitan desarrollarse dentro de la sociedad.

La voluntad del hombre ciertamente está plasmada en los cuerpos legales que rigen cada país. La voluntad del hombre es la soberana en la evolución y desarrollo del derecho puesto que conforme avanza la sociedad, se crean nuevas necesidades que deben ser satisfechas por la ley. A esta evolución del derecho se lo conoce como dinamismo jurídico.

El objeto de análisis sobre este enfoque se presenta al establecer cómo la voluntad testamentaria se hará efectiva después de la muerte y cómo se garantiza que dicha voluntad no sea adultera. Otro punto radica en que cuando una persona muere, naturalmente deja de ser dueña de los bienes por esa razón la eficacia de esa potestad sobre los bienes ingresa en un estado de vulnerabilidad que debe ser protegida por la legislación.

La corriente contractualista establece las bases sobre las cuales debe de llevarse a cabo la figura testamentaria estableciendo que debe haber partes que intervengan al momento de plasmar la voluntad de una persona. El testador da la libertad para que la persona sobre quien deba de recaer la responsabilidad de cuidar de los bienes la acepte de forma expresa posterior a la muerte de quien dispuso de sus bienes.

Se llega a la conclusión con respecto al fundamento del testamento que la facultad de Otorgar testamento es el inicio de la propiedad privada en tanto se puede disponer de



los bienes para que otro disponga y ejerza, de forma directa, su voluntad sobre los mismos mediante la expresión de voluntad de quien en vida fuere el legítimo dueño.

3.4. Naturaleza

La naturaleza jurídica del testamento es establecida por los estudios doctrinarios en los cuales se establece como primera premisa que el testamento es un negocio jurídico *mortis causa*, debido a que las consecuencias surtirán efecto al momento posterior a la muerte de testador.

El conflicto que se presenta al determinar que el otorgamiento del testamento es un negocio jurídico radica en que el mismo no crea derechos ni obligaciones y tampoco produce efectos jurídicos.

Algunos otros autores limitan su argumentación dentro de la conceptualización de acto jurídico. Maffía define a los actos jurídicos "los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, conservar o aniquilar derechos."²⁴

Dentro de las características del testamento se encuentra que es un acto jurídico que tiene como finalidad el producir consecuencias que determinarán el rumbo que deben tomar los bienes. Este acto produce derechos y obligaciones por parte de las partes involucradas dentro del testamento.

²⁴ Maffía, Jorge O. **Manual de derecho sucesorio. Tomo II.** Pág. 151.



Es bueno recalcar que un testamento no es un contrato puesto que el testamento es un instrumento legal que debe reunir una pluralidad de asuntos jurídicos plasmados en un solo instrumento o documento y estableciendo las causas comunes para cada parte. La particularidad del testamento es demasiado amplia a comparación de los contratos que se realizan entre particulares.

Se puede llegar a la conclusión que la naturaleza del testamento es un acto jurídico *mortis causa*, debido a que es un acto voluntario lícito, cuya realización crea, modifica, y transfiere derechos entre el causante y sucesor desde el momento en que fallece el testador.

3.5. Características del testamento

Los caracteres o características de los testamentos se remarcan dependiendo del autor que considere oportuno cada uno.

3.5.1. Es dispositivo

Esta característica hace referencia a que una persona puede disponer de todos o algunos de los bienes que por ley le pertenecen para que otra persona ejerza el dominio sobre los mismos para después de su muerte.

El carácter dispositivo se lo otorga la facultad que tiene una persona, en este caso el testador, de disponer. Para poder disponer de los bienes tiene que tener la legitimidad.



3.5.2. Es revocable

El carácter revocable consiste en la facultad que tiene el testador de realizar cualquier cambio sobre el testamento. El testador tiene la libertad de decidir sobre los bienes durante todo el tiempo que se encuentre vivo. El hombre tiene plena capacidad decisoria sobre sus bienes hasta antes de morir.

3.5.3. Es solemne

Lo que para algunos es un carácter solemne, para otros es una característica meramente formal. Un acto es formal o solemne cuando debe reunir con ciertos requisitos que establece la ley para que pueda sufrir efectos y así producir consecuencias jurídicas, sin la reunión de dichos elementos no se crean, modifican o transfieren derechos ni obligaciones.

El Código Civil, Decreto Ley 106 Artículo 955 establece que “el testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública, como requisito esencial para su validez”. Es necesario resaltar que la ley guatemalteca establece diferentes clases de testamento, sin embargo el elemento principal dentro de los testamentos que más se realizan es que deben plasmarse en escritura pública.

Las solemnidades de los testamentos tienen la finalidad de otorgar verdad o certeza jurídica y asegurar el cumplimiento de la última voluntad de las personas, por lo cual es una característica sumamente importante.



3.5.4. Es personalísimo

El testamento es personalísimo por cuanto no puede otorgarse por mandatario o comisario ni debe haber intervención de un tercero en la creación del mismo. Solo debe intervenir el notario que está guiando a la persona en plasmar de forma correcta y clara su voluntad.

Esta característica tiene como finalidad que la voluntad de la persona quede plasmada en la escritura pública de forma auténtica sin que haya ningún tipo de coerción que pueda viciar el comportamiento de una persona para expresar su voluntad. Este carácter impide que un tercero exprese de forma incorrecta los pensamientos del testador así como evitar que disponga de los bienes de manera distinta.

El Código Civil Decreto Ley 106, Artículo 1688 establece que “no se puede dar poder para testar o donar por causa de muerte, ni para modificar o revocar dichas disposiciones”.

Dentro de las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico civil guatemalteco se encuentra que no se puede otorgar el derecho a una persona de testar por otro, puesto que el testamento es un acto de carácter personalísimo.

No se le puede dar el derecho a una persona de testar por otro debido a que una de las características de la ley es que es protectora, tanto de los bienes como de los derechos de la personas.



3.5.5. Es unilateral

La unilateralidad o unipersonalidad se refiere a que en un mismo testamento no pueden intervenir más de una voluntad, solamente la del testador. El derecho positivo ha prohibido de forma expresa el testamento conjunto también conocido como testamento mancomunado.

El Código Civil Decreto Ley 106, establece en el Artículo 938 que “se prohíbe que dos o más personas otorguen estamento en un mismo acto”, sin embargo esta investigación tiene como finalidad que la ley permita el otorgamiento de un testamento mancomunado o conjunto por parte de los padres única y exclusivamente para establecer un tutor testamentario en caso que los padres fallezcan en un siniestro de forma simultánea.

El testamento mancomunado, expresa Guillermo Cabanellas, “es denominado también testamento de hermandad, de mancomún o en mancomún. El hecho conjuntamente por dos personas, cónyuges generalmente, para disponer en un mismo documento de sus bienes, sea en favor recíproco, que se llama mutuo o en beneficio de un tercero, a que se da el nombre de testamento mancomunado en que los testadores se instituyen recíprocamente herederos lo cual favorece al que sobreviva.”²⁵

La doctrina establece que es una práctica que se realiza comúnmente entre los cónyuges y exclusivamente para disponer de sus bienes que tuvieran en común.

²⁵ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 372.



3.6. Capacidad general

Aquella persona que otorgue testamento debe de asegurar que se encuentra en todas sus capacidades volitivas y mentales para plasmar de forma correcta su voluntad en una escritura pública. Si la persona es menor de edad, se encuentra en estado de interdicción, el sordomudo que no pueda darse a explicar y quien no goza de sus facultades mentales y volitivas.

3.7. Clasificación del testamento

El concepto de testamento ofrece una variedad de clasificaciones dependiendo de a qué persona le va a asistir el derecho. Las dos grandes clasificaciones respecto al testamento son la clasificación de la doctrina y la clasificación que establece la ley.

3.7.1. Clasificación doctrinaria

De acuerdo a la clasificación doctrinaria los testamentos se dividen en público, privado y mixto. Una clase de testamento debe hacerse para su validez en instrumento faccionado por notario hábil, otro puede ser realizado por la misma persona que dispone de sus bienes y el otro puede tener una mezcla de los dos supuestos mencionados con anterioridad.

El testamento público es aquel testamento que para que surta efectos debe de otorgarse en presencia y bajo la autorización de un notario quien



es el profesional del derecho que va a plasmar la voluntad de la persona en la escritura pública de forma fiel y otorgándole certeza y seguridad jurídica. En esta clase de testamento deben intervenir testigos y la cantidad de los mismos dependerá de la clase de testamento que se esté otorgando.

El notario tiene la obligación de leerle al testador el testamento en voz alta para que el testador manifieste de forma expresa que está de acuerdo con lo expresado por el notario. Asimismo los testigos deberán de estar atentos a lo que expresa el notario en la lectura audible que realiza.

El testamento obtiene la calidad de público debido a que consta en un instrumento que tiene esa calidad, es decir, escritura pública ante notario y es abierto puesto que el testador le manifiesta al notario su voluntad para que sea conocida por este y la pueda plasmar de forma clara en el instrumento público.

Los testamentos públicos que destacan son: el testamento abierto, testamento militar, testamento marítimo, testamento del preso, testamento en lugar incomunicado y testamento en el extranjero.

El notario tiene una función importante para darle forma legal a la voluntad de las partes y de esa forma plasmarlo en un instrumento público que llene con todos los requisitos legales y con todas las formalidades que se necesitan.



El testamento privado es aquel testamento escrito por el puño y letra del testador debiendo llenar una serie de requisitos para su validez. El testamento ológrafo se incluye dentro de esta clasificación.

El testamento mixto es aquel por medio del cual el testador de forma privada dispone de sus bienes pero para que esta disposición sea válida es necesario que la existencia del testamento se haga constar ante notario y en presencia de testigos. El testamento cerrado se encuentra dentro de esta clasificación.

3.7.2. Clasificación legal

De acuerdo al Código Civil, de conformidad con su formal, los testamentos pueden ser comunes y especiales. Son comunes el testamento abierto y el testamento cerrado y son especiales los testamentos que se otorguen bajo las condiciones que exprese el mismo Código Civil.

El testamento común abierto se define como: "Aquel en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone".²⁶

En este tipo de testamento se debe de realizar la lectura en voz alta del testamento para que los testigos escuchen que lo manifestado por el testador ha sido plasmado de forma fiel en el testamento.

²⁶ Puig Peña, Federico. *Diccionario jurídico*. Pág. 217.

Por otra parte se define esta clase de testamento como: "Aquel otorgado ante notario y tres testigos, en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de dichas personas, que quedan enteradas de lo que en él se dispone".²⁷

Nuevamente es importante destacar la importancia que tienen los testigos para que se lleve a cabo de forma correcta el otorgamiento del testamento.

El Artículo 955 del Código Civil, establece que: "El testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública, como requisito esencial para su validez".

La publicidad en esta clasificación se puede establecer de cierta forma forzosa puesto que sin los elementos anteriormente mencionados no podría otorgarse el testamento. Todo esto es para seguridad de quien está disponiendo de sus bienes creyendo que todo lo que expresa su voluntad se va a cumplir a cabalidad con forme a la ley.

Con respecto al testamento común cerrado se establece que es aquel testamento en el que el testador, sin hacer pública su última voluntad, manifiesta, en presencia de los testigos y el notario que aquella se encuentra detallada en un pliego cerrado y sellado.

"Es el escrito por el testador, o por otra persona en su nombre, y que, bajo cubierta cerrada y sellada, que no puede abrirse sin romperse, es autorizado en el sobrecito por el notario y los testigos en forma legal."²⁸

²⁷ Espín Cánovas, Diego. **Derecho sucesorio**. Pág. 242.

²⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 391.



El testamento común cerrado es la mejor forma para que la última voluntad del testador se encuentre resguardada. Esa es la ventaja que encuentra el testador al momento de realizar este tipo de testamento.

La modalidad para realizar este tipo de testamento consiste en que una persona u otra a ruego de esta redacta en papel común su voluntad. El escrito se coloca dentro de un sobre, se cierra y se sella. Luego de esto el testador debe presentarse ante el notario quien tiene la obligación de extender acta del otorgamiento del testamento observando las formalidades y siempre en presencia de testigos.

El testador puede conservar el testamento o dar en guarda al notario u otra persona. Lo preferible es que se de en guarda al notario puesto que esto dará mayor garantía de la seguridad del testamento.

Lo que concierne a los testamentos especiales se pueden otorgar de conformidad con la ley en determinadas circunstancias de excepción, como lo son las pestes o epidemias, guerras, residencia en el extranjero o por un viaje por mar.

Las dos características fundamentales de los testamentos especiales son:

- a) no se realizan ante notario y;
- b) no se redactan en papel protocolo.

Estas son características por medio de las cuales se puede determinar la falta de seguridad que tiene el testamento que se redacta pues no tiene fe pública.



Si las circunstancias que dieron origen a que se otorgara un testamento especial llegaren a cesar, el testamento está sujeto a su caducidad de pleno derecho, puesto que el testador ha sobrevivido a esas circunstancias de excepción mencionadas con anterioridad.

Algunas de las características de estos testamentos son:

- a. La intervención del notario no es necesaria.
- b. Los testamentos especiales solo son válidos si el testador falleciere o durante noventa días posteriores a la cesación de ella.
- c. Al momento de otorgarse el testamento deben estar presentes el testador, la autoridad y dos testigos que sepan leer y escribir.
- d. Hay ciertos requisitos que no deben de tomarse en cuenta, se pueden obviar.

Los testamentos especiales que la Código Civil establece son los siguientes:

1. Testamento militar: Se establece en tiempo de guerra y pueden hacer uso de la misma no solo los militares sino también los rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército.
2. Testamento marítimo: Esta forma de testamento especial es la que se establece para que se utilice en tiempo de navegación en buque o barco. Cualquiera que se encuentre a bordo del mismo puede hacer uso de ella.
3. Testamento en lugar incomunicado: Quienes por motivo de epidemia se encuentren en lugar incomunicado, pueden testar ante el juez local en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir.



4. Testamento de preso: Se otorga cuando el causante o testador se encuentra privado de libertad.

5. Testamento en el extranjero: Este testamento especial es el que se otorga cuando un guatemalteco se encuentra en otro país y tiene la necesidad de otorgar testamento.

Este testamento debe sujetarse a las normas establecidas por las leyes del país en el que se encuentre.





CAPÍTULO IV

4. Marco normativo de protección a la niñez y adolescencia

La Organización de Naciones Unidas con el pasar de los años ha exteriorizado su compromiso por la protección y desarrollo de los derechos humanos, a través de la promulgación de instrumentos normativos relevantes en materia de derechos humanos, los cuales han sido debidamente ratificados por el Estado guatemalteco.

4.1. Análisis jurídico

El derecho constitucional es quien determina la relación jerárquica de los instrumentos internacionales. Generalmente las Constituciones Políticas establecen categorías para enmarcar dichos instrumentos de carácter internacional.

Las categorías son:

- a. Supraconstitucional: Los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos prevalecen sobre la Constitución Política;
- b. Constitucional: La Constitución Política confiere a los tratados la misma jerarquía;
- c. Supralegal: Las normas legales correspondientes al derecho interno son superadas por los tratados internacionales. Las normas internacionales se anteponen al derecho interno;
- d. Legal: Los tratados internacionales tienen el mismo rango que las leyes internas.



La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 46 establece que “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.” Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco el rango que se le otorga a los instrumentos jurídicos internacionales que regulen lo concerniente a materia de derechos humanos, se les otorga el carácter supraconstitucional.

El Estado de Guatemala al momento de ratificar dichos tratados y convenciones internacionales permite que dentro de los tribunales guatemaltecos se puedan invocar y aplicar una norma de carácter internacional en materia de derechos humanos sobreponiéndose a una norma de rango constitucional.

A pesar que existe una diferencia significativa entre los compromisos que el Estado de Guatemala ha decidido adquirir y las medidas que ha adoptado para cumplirlos, sobre todo a lo que niñez y adolescencia se refiere, se puede decir que el Estado guatemalteco está consciente en que los niños y adolescentes son primordiales para el desarrollo de la sociedad y que al ser una parte de la sociedad vulnerable, necesitan que el Estado de ese paso importante para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

“En el ámbito judicial, existen una serie de razones por las cuales los operadores de justicia no hacen uso de los instrumentos jurídicos internacionales en la práctica judicial; entre las que se puede mencionar: Escaso conocimiento de la normativa internacional; la mayoría de los operadores de justicia se guían más por la ley que



por la Constitución Política, obviando la supremacía del texto constitucional y a pesar de que en materia de derechos humanos la Constitución Política de la República de Guatemala le da preeminencia al derecho internacional, tal disposición suele pasar desapercibida. En términos generales, los operadores de justicia hacen caso omiso de esta disposición, prefieren la ley, al tratado o convención.”²⁹

Víctor Hugo Mata hace un análisis de lo que sucede en los tribunales estableciendo que “el 50 por ciento de los jueces y juezas, de instancia y de sentencia, informó que el derecho internacional de los derechos humanos, no es aplicable o justiciable en los tribunales nacionales, mientras que el 60 por ciento manifestó, que nunca ha recurrido al derecho internacional de los derechos humanos, para motivar un fallo o una sentencia. Por lo tanto, como consecuencia de la no aplicación de los instrumentos internacionales. Este hecho provocó, a su vez, por un lado, la invisibilización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de las violaciones a los mismos y por otro, la impunidad de los delitos cometidos contra este sector poblacional.”³⁰

La aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el año 2003, permitió que la situación anteriormente mencionada por Víctor Hugo Mata fuera superada debido a que en dicha ley se establece por parte del Estado que el Código de Menores no cumplía con su función que era la de velar por la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Por esa razón el Estado vio necesario la transformación del código mencionado con anterioridad, con la finalidad que los

²⁹ Mata Tobar, Víctor Hugo. **La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico de los Estados de Centroamérica.** Pág. 53.

³⁰ *Ibid.* Pág. 55.



distintos órganos del Estado y la sociedad en general pudiera encontrar en una norma jurídica la adecuada protección y desarrollo de los menores de edad.

4.2. Ámbito normativo nacional en relación a la niñez y adolescencia

En Guatemala la protección y tutela de los derechos de la niñez y adolescencia se encuentra contenida en varios cuerpos normativos, siendo la Constitución Política de la República de Guatemala la principal. También está la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley del Sistema de Alerta Alba Keneth, Código de trabajo, entre otros.

Asimismo hay normas de carácter internacional que coadyuvan con la protección y tutela de los menores de edad. Algunos de los cuerpos normativos internacionales ratificados por el Estado de Guatemala son la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros más.

4.2.1. Antecedentes del análisis legal

La Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por el Estado guatemalteco en 1990 es, posiblemente, el instrumento internacional más importante con respecto a la protección de la niñez y adolescencia. Esta Convención forma parte del ordenamiento jurídico aplicable en Guatemala de acuerdo al bloque constitucional.



Este instrumento jurídico no fue suficiente para afrontar las problemáticas con las que se encontraba el país. A la Convención le resultaba muy difícil alcanzar sus objetivos de prevenir y combatir las violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, así como cambiar la realidad en la que estos se encontraban.

El Código de Menores concretizó una situación irregular en Guatemala con respecto a la doctrina que se manejaba, la cual estuvo vigente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco desde 1979 hasta mediados de 2003.

La Misión de Verificación de las Naciones Unidas para Guatemala, a través de un informe realizado en el año 2002 determina que “la aplicación de este Código no delimita claramente las diferencias entre jóvenes transgresores y niños en situación de peligro y abandono. A consecuencia de ello, varias de sus disposiciones no son compatibles con la dignidad y derechos humanos fundamentales que la Constitución actual y los tratados sobre derechos humanos reconocen y garantizan para todas las personas, sin discriminación en razón de su edad. En forma global, el régimen que establece este Código incluye a los menores de 18 años dentro de una categoría que no los reconoce como sujetos de derecho, considerándolos menos personas y objetos de una actividad protectora estatal, sin límites jurídicos establecidos por la ley.

Agrega, que la falta de una delimitación clara del concepto de menores en situación irregular permite que, en la práctica, no se establezcan diferencias entre los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de maltrato, abandono, delitos u otras



violaciones a sus derechos fundamentales, por una parte, y los adolescentes transgresores de la ley, por otra.

También traduce en el castigo de actividades calificadas como conductas irregulares de las personas menores de edad, que no constituyen delitos ni faltas tipificadas en la ley. Ello contradice el principio de legalidad según el cual, nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, lo cual es reconocido en la Constitución Política de la República, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³¹

El Congreso de la República aprobó en 1996 el Código de la Niñez y la Juventud, sin embargo su vigencia fue pospuesta de manera indefinida. La Corte de Constitucionalidad resolvió de manera favorable una acción de inconstitucionalidad que en 2002 había interpuesto el Movimiento Social a Favor de la Niñez, bajo el argumento que el Congreso de la República estaba excediendo de sus facultades al suspender de forma indefinida la vigencia de una ley. Todo esto en beneficio de la niñez y adolescencia para protegerlos y velar por sus derechos.

Es a través del órgano legislativo que los derechos y protección de la niñez y adolescencia se hacen efectivos puesto que es el poder legislativo de crear cuerpos normativos que coadyuven con el desarrollo de la niñez y adolescencia.

³¹ Misión de Verificación de las Naciones Unidas para Guatemala, MINUGUA. **Situación de la niñez y la adolescencia en el marco del proceso de paz en Guatemala. Informe de verificación.** Pág. 8.



4.2.2. Constitución Política de la República de Guatemala

Al ser la Constitución Política de la República de Guatemala la norma suprema, es decir la norma de mayor jerarquía dentro del orden jerárquico normativo, es de vital importancia acatar y analizar lo que sus normas establecen con respecto a la protección de la niñez y adolescencia. En ella se reconoce al Estado como el principal precursor para alcanzar y promover la legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad, y paz, todo ello para cumplir con la principal finalidad del Estado que es alcanzar el bien común.

El Artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” Mientras que en el Artículo dos establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

El Estado de Guatemala protege a la persona humana y sus fines y deberes están enfocados en la protección y desarrollo integral de los habitantes de la República. El Estado vela a través de sus cuerpos normativos que a la niñez y adolescencia no les sean violentados sus derechos.

El Estado pretende encaminar a la niñez y adolescencia hacia un futuro prometedor de buenas oportunidades para que en un futuro ellos sean los que velen por los derechos y de las generaciones futuras.



El Artículo tres de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la vida humana inicia desde la concepción, y que es desde ese momento donde Estado es garante y protector de la vida del ser humano.

El Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.” Dentro de esta disposición se encuentra el principio pro persona el cual establece que hay derechos inherentes a la persona que deben ser respetados a pesar de no encontrarse en un cuerpo normativo.

El Artículo 51 de la Constitución Política de la República hace énfasis en la protección que el Estado debe proporcionar a los menores de edad. Esta protección va desde la salud física, mental y moral de los menores de edad. Se les debe garantizar su derecho de alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.

4.2.3. Ley de protección integral de la niñez y adolescencia

Esta ley es un instrumento jurídico que busca la integración familiar y promoción social. A través de la misma se busca alcanzar que la niñez y adolescencia guatemalteca se desarrolle de forma integral y sostenible, dentro de un marco democrático y de estricto respeto a los derechos humanos. Entre los sujetos se encuentran los niños, niñas, adolescentes y los padres quienes ejercen un papel fundamental en pro de los hijos.



La entrada en vigencia de la presente puso fin a múltiples violaciones del orden constitucional y del estado de derecho guatemalteco, derivados de la aplicación del Código de menores, el cual era deficiente para las necesidades legales de los niños, niñas y adolescentes. La Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece con mayor rigurosidad y claridad las medidas de protección y los derechos y garantías fundamentales correspondientes a los menores de edad que se ven afectados en sus derechos humanos e incluso a aquellos que se encuentran en conflicto con la ley.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia protege los siguientes derechos individuales regulados desde el Artículo 9 al 12: a la vida, a la igualdad, a la integridad personal, a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición, derecho a la familia y a la adopción.

Los derechos sociales también se encuentran regulados dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Estos derechos sociales son: derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, derecho a la educación, cultura, deporte y recreación, derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad, derecho a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes, derecho a la protección contra la explotación económica, derecho a la protección por el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia, derecho a la protección por el maltrato, derecho a la protección por la explotación y abusos sexuales, derecho a la protección por conflicto armado, derecho a la protección de los niños, niñas y adolescentes refugiados, derecho a la protección contra toda la información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y adolescencia.



La ley también establece algunos deberes que deben de cumplir los niños, niñas y adolescentes en los que se encuentran: desarrollar actitudes adecuadas, respetar y obedecer a sus padres, apoyar a sus padres en su ancianidad, conocer la realidad nacional, actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar, esforzarse por asimilar los conocimientos que se le brinden, cumplir con las disposiciones disciplinarias establecidas, participar en las actividades escolares y de su comunidad, cuidar y respetar sus bienes, conocer y promover la Constitución Política, buscar protección ante sus padres o encargados y no abandonar la casa de sus progenitores.

Dentro de estos deberes a los que están sometidos los menores se encuentra el de buscar protección ante sus padres o encargados. En muchas de la familias guatemaltecas hay ausencia de los padres por alguna u otra circunstancia, ya sea por fallecimiento de los mismos o abandono del hogar, es por esa razón que el Estado debe de brindarle protección a los menores y debe de tener cuidado de quiénes están a cargo de los menores de edad. Si no hay padres presentes, que lo sea una persona que haya sido designada que cumpla con todas las capacidades necesarias al cargo.

4.2.4. Ley del sistema de alerta alba keneth

El principal objetivo de esta ley es la regulación en el funcionamiento del Sistema de Alerta Alba Keneth para la localización y resguardo inmediato de los niños sustraídos o desaparecidos. Este objetivo se pretende alcanzar a través de acciones coordinadas y articuladas entre instituciones públicas, que coadyuven con la localización y resguardo del niño, niña o adolescente.



Entre las instituciones se encuentra la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia, la Policía Nacional Civil, Dirección General de Migración, Secretaría de Comunicación Social de la República y Ministerio Público, a través de la fiscalía de trata de personas. Estas instituciones forma la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Keneth.

4.2.5. Acuerdo 42-2007 reglamento general de juzgados y tribunales con competencia en materia de la niñez y adolescencia amenazada o violada en su derechos humanos y adolescentes en conflicto con la ley penal

El presente reglamento pretende alcanzar la adecuada práctica judicial, así como la reorganización del personal adscrito a la jurisdicción, con el fin de lograr la gestión adecuada y eficaz de los casos. Todo reglamento que coadyuve con la protección y tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe de considerarse como un bienestar para el desarrollo de los mismos. Sin importar que ámbito jurídico se manifieste, ya sea en el ámbito penal, civil o laboral, los derechos de la niñez y adolescencia se concatenan para alcanzar un desarrollo integral.

El interés superior del niño es un principio que debe considerarse en materia de niñez y adolescencia. Con respecto a cualquier conflicto de interés que pueda originarse durante la gestión de los procesos deberá prevalecer el interés del niño. En toda resolución judicial el Juez deberá fundamentar fácticamente la prevalencia del interés superior del niño, en concordancia con los instrumentos internacionales de los cuales



forma parte el Estado de Guatemala, la Constitución Política de la República, y el ordenamiento jurídico del país.

En los casos en que existiera una posible amenaza a la vida o integridad del niño o adolescente, el Juez tiene la obligación de ordenar de forma rápida las medidas cautelares y oportunas incluyendo la orden de allanamiento si lo considera necesario, en cuya ejecución estará presente el abogado de la Procuraduría General de la Nación.

4.3. Ámbito normativo internacional en relación a la niñez y adolescencia

La Constitución Política de la República procura proteger todos los derechos inherentes a la niñez y adolescencia sin embargo se ve en la necesidad de permitir que ordenamientos jurídicos internaciones formen parte del derecho interno, al menos a lo que en materia de derechos humanos se refiere, con la finalidad de proteger y tutelar los derechos de los menores. Los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos sirven para obtener un mejor resultado correspondiente al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Algunos de los cuerpos normativos que ayudan a la protección y tutela de la niñez y adolescencia son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.



4.3.1. Declaración universal de derechos humanos

La protección de los derechos y la libertad de los individuos es de vital importancia para el correcto desenvolvimiento y desarrollo de las sociedades. Por esa razón, el objetivo primordial de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los individuos y las instituciones trabajen de manera conjunta para buscar la protección de los derechos y la libertad de las personas, especialmente de la niñez y adolescencia a través de la enseñanza y la educación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo uno establece que: "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." La realidad Guatemalteca es que muchos niños no nacen libres y muchos no cuentan con los mismos derechos ni la dignidad que establece la ley, sin embargo es trabajo del Estado de cumplir con las disposiciones establecidas en las leyes y brindarles toda la protección y seguridad.

Por consiguiente, es importante que los menores de edad siempre estén bajo el cuidado de los padres o de un tutor. Por esa razón es que se plantea la posibilidad que los padres puedan, a través de un instrumento jurídico, proteger a los menores en caso que ellos ya no se encuentren vivos. El Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada



Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

El primer sujeto activo en brindar la protección a los derechos mencionados con anterioridad son los padres quienes deben velar por la seguridad de los menores en todo el sentido de la palabra, desde su salud hasta sus desarrollo personal y económico. La ausencia de los padres o de un tercero, limita directamente que el menor pueda alcanzar todos sus derechos.

4.3.2. Convención americana sobre derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene como objetivo garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella hacia toda persona que esté sujeta a dicha jurisdicción, sin distinción alguna de raza, sexo, religión, idioma, incluso sin distinción de su ideología política o cualquier otro supuesto que pueda limitar a una persona de recibir la protección a sus derechos.

Dentro de los derechos de esta Convención se encuentran los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, derecho a la libertad personal, derecho a indemnización, derecho de rectificación o respuesta, derecho al nombre, derecho del niño, derecho a la propiedad privada y derecho a la circulación y de residencia. También regula lo concerniente a la prohibición de la esclavitud y servidumbre. Este tema es importante puesto que al ser los niños, niñas y adolescentes los más vulnerables, pueden ser objeto de cualquier sometimiento que violente su dignidad y



derechos. Los menores que no están bajo el cuidado de sus padres o de un tercero responsable, aumentan su riesgo de sufrir vejámenes en sus derechos.

El Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” También establece en su Artículo 19 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La familia y los niños son pilares de una sociedad sana, es por esa razón que deben protegerse y el Estado debe brindarles todos los medios jurídicos que estén a su alcance, ya sean estos nacionales o internacionales para que puedan desarrollarse dentro de la sociedad.

4.3.3. Convención sobre los derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño se crea con la plena conciencia que los niños deben estar plenamente preparados para una vida independiente dentro de la sociedad y que deben ser educados bajo los principios de solidaridad, igualdad, libertad, tolerancia, respeto, dignidad y paz.

El niño necesita protección especial, así como la debida protección legal, tanto antes de su nacimiento como los días siguientes al mismo, esto debido a la falta de madurez física y mental de los niños. Todo niño, hasta sus 18 años, necesita de esa protección,



ya sea que provenga directamente de los padres o de un tutor establecido por la ley. Es por esa razón la importancia de este estudio, el de no dejar en ningún momento desprotegidos a los menores de edad.

El Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño es clara al disponer que no solo le corresponde la protección de los menores de edad a quienes ejerzan la patria potestad sobre los mismos sino que establece que a falta de estas personas, que son los padres, los terceros deben de suplir con esa necesidad de los menores de edad para que sus derechos se mantengan y no se violenten.

4.4. Instituciones que protegen los derechos de la niñez y adolescencia

Para alcanzar la protección de los derechos humanos, la verdad, la justicia y la justicia social, se han creado instituciones que velan por el estricto cumplimiento y control de los mismos. Dentro de estos organismos se encuentra la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, la Comisión Nacional de la



Niñez y Adolescencia, el Procurador de los Derechos Humanos a través de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora, la Policía Nacional Civil a través de la Unidad Especializada de la Niñez y Adolescencia.

4.4.1. Procuraduría de la niñez y adolescencia de la procuraduría general de la nación

La función de esta institución del Estado con respecto a la materia de niñez y adolescencia es dirigir la investigación de un proceso que haya iniciado de oficio o por juez competente, en casos de niños, niñas y adolescentes cuyos derechos se encuentren en riesgo de ser vulnerados, interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. También dentro de sus funciones destaca el presentar la denuncia al ente encargado de la persecución penal, en este caso, el Ministerio Público de los casos de niñez y adolescencia que han sido víctimas de algún delito y asume la representación de los menores que no tuvieren quién los representare en juicio.

4.4.2. Comisión nacional de la niñez y adolescencia

Establece el Artículo 85 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia: “La Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia será responsable de la formulación de las políticas de protección integral de la niñez y la adolescencia; conforme a las disposiciones del artículo 81 de esta Ley; así como de trasladarlas al sistema de consejos de desarrollo urbano y rural y a los ministerios y dependencias del



Estado para su incorporación a sus políticas de desarrollo; velar por su cumplimiento y adoptar las acciones pertinentes que lleven a la mayor eficiencia dicha protección.”

Entre las funciones de la Comisión se encuentran las de velar porque en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado se incluyan las asignaciones correspondientes, promover políticas de protección integral de la niñez y adolescencia, divulgar los derechos de la niñez y adolescencia, entre otras.

4.4.3. El procurador de los derechos humanos a través de la defensoría de la niñez y adolescencia

El Procurador de los Derechos Humanos es la persona encargada de velar por la protección de los derechos humanos en Guatemala. El Estado es quien le ha encomendado la tarea de vigilar el cumplimiento de los derechos humanos, investigar y denunciar cuando los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean vulnerados.

Dentro de sus atribuciones también destaca que debe de estar pendiente las autoridades que se encuentran protegiendo a los niños, niñas y adolescentes, asimismo estar pendiente de las condiciones en las que se encuentran los establecimientos donde están siendo resguardados los menores de edad, sean estas instituciones gubernamentales o no gubernamentales. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece en su Artículo 90: “Se crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los



derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política de la República, y otros convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.”

4.4.4. Unidad de protección a la adolescencia trabajadora

Establece el Artículo 94 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia: “Se crea la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora, para ejecutar los proyectos y programas que emprenda el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.” El Acuerdo Gubernativo número 112-2006 del Presidente de la República de Guatemala permite que se integre al Ministerio.

4.4.5. Policía nacional civil a través de la unidad especializada de la niñez y adolescencia

La Unidad Especializada de la Niñez y la Adolescencia de la Policía Nacional Civil tiene el objetivo de brindar la asesoría necesaria, así como la capacitación sistemática a todos los miembros de la Institución, respecto a los derechos y deberes de la niñez y adolescencia.

Esta capacitación se lleva a cabo bajo los principios de respeto a la legislación nacional y tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el



Estado de Guatemala, prevalencia del interés superior del niño, niña y adolescente y el principio de alto contenido técnico y humano al momento de realizar sus funciones.

4.5. Propuesta de reforma del código civil para la creación de la figura de tutela testamentaria conjunta por ambos padres

La legislación guatemalteca establece una serie de figuras jurídicas que permite a los menores que no se hallan bajo la patria potestad, quedar bajo el cuidado de un tercero con respecto a sus bienes y su persona. Sin embargo dentro de esas figuras la ley no contempla los casos en que los padres hayan fallecido en un mismo accidente y no haya posibilidad de establecer un tutor que hayan consentido los padres. El Estado a través de estas figuras jurídicas busca que en ningún momento los menores de edad se encuentren desprotegidos, puesto que es obligación del Estado proveerles de toda la protección necesaria a los menores.

Los padres son los principales encargados de que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no sean vulnerados y, al contrario, sean protegidos desde su concepción hasta después de su nacimiento.

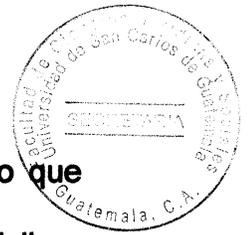
Es por esa razón que la función de los padres es de vital importancia para que el Estado pueda cumplir con las garantías a las que se ve obligado por la ley. El primer contacto directo al que están expuestos los menores es el de los padres, por esa razón es indispensable que el menor crezca bajo el cuidado de sus progenitores.



Los padres realizan el mayor esfuerzo para que los hijos se alcancen su desarrollo de forma plena y que en ningún momento sufran limitaciones en sus derechos por esa razón el ejercicio de la tutela no es una responsabilidad que deba tomar cualquier persona. Este ejercicio requiere que la persona que vaya aceptar el reto de guiar al niño, niña o adolescente en el transcurso de su vida hasta los 18 años, sea una persona apta, que tenga las capacidades para guiar al pupilo en todas las áreas que le permita alcanzar su máximo potencial, con la finalidad de desarrollarse de una forma integral y así aportar a la sociedad un ciudadano que aporte todos sus conocimientos en beneficio del colectivo social.

Por tal motivo es necesario reformar el Artículo 297 del Código Civil y establecer que los padres puedan otorgar un testamento conjunto para establecer únicamente un tutor que sea acordado por ambos padres en caso que el padre y la madre fallezcan en un mismo accidente o uno en post del otro, sin poder el cónyuge sobreviviente cambiar la persona que conjuntamente consintieron para que ejerza la tutela, salvo que la persona que establecieron haya fallecido o se encuentre incapacitada legalmente para ejercer la tutela. De esta forma se estaría garantizando el derecho a las medidas de protección que el menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Esta reforma no pretende contravenir con las disposiciones que establece la ley con respecto a que no pueden intervenir más de dos personas en un testamento y que se prohíbe el testamento mancomunado en el entendido que éstas disposiciones se crean



para evitar coacción al momento que la persona manifieste su voluntad puesto **que** dispone de todos o algunos bienes. Esta reforma que debe hacerse al Código Civil en ningún momento busca el beneficio económico o enriquecimiento de los bienes de una persona sino, por el contrario, lo que busca es mantener la protección de una persona con respecto a la administración de sus bienes y su vida misma.

La única manifestación que debe hacerse en el testamento conjunto por los padres en caso de fallecimiento en un mismo percance es el de establecer de forma consensuada un tutor que se haga cargo de la vida del menor y que administre sus bienes. Ninguna otra disposición ni manifestación debe realizarse en dicho testamento.

No hay persona que tenga el sentido de protección más alto que un padre o una madre. Los padres siempre van a querer lo mejor para sus hijos y es por esa razón que al momento de permitirles plasmar su voluntad en un instrumento jurídico de forma conjunta y dejar a cargo a sus hijos menores a determinada persona, implica una alta posibilidad de mantener la protección hacia sus hijos puesto que tienen la certeza que la persona que acordaron será la más capaz e idónea para ejercer la tutela sobre sus hijos y así garantizar la protección del menor y la efectiva administración de sus bienes.

En Guatemala es necesaria esta reforma para evitar que los menores de edad queden desprotegidos debido a que la ley no contempla todos los supuestos que pueden dejar a los menores de edad sin el cuidado que la ley les garantiza a través de la patria potestad. Los padres al no estar presentes dejan expuesto al niño, niña o adolescente para que sus derechos e incluso sus bienes sean objeto de vulneración.



Los beneficios que se pretenden obtener a través de la presente reforma es que la ley tenga un mayor alcance, es decir, que su ámbito de aplicación abarque todos los supuestos que puedan aparejar el incremento de la vulnerabilidad de las personas que de por sí ya son el sector de la sociedad más vulnerable como lo es la niñez y adolescencia y con ellos evitar que queden expuestos a un vejamen en sus derechos. La presente reforma tiene como objetivo concientizar de forma jurídica que la ley se debe crear para que todos los sectores de la sociedad puedan alcanzar su desarrollo integral y que todos los sectores puedan sentirse protegidos por la ley.

A razón de las circunstancias mencionadas con anterioridad es necesario crear una reforma que permita a los padres plasmar su consentimiento de forma conjunta para decidir quién será la persona encargada de ejercer la tutela sobre sus hijos menores de edad en el caso que los padres fallezcan en el mismo percance o uno en post del otro sin poder el cónyuge sobreviviente realizar modificaciones al testamento que conjuntamente consintieron.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad es la familia es por esa razón que se convierte en una parte vital dentro de la sociedad puesto que el desarrollo de la familia es el desarrollo de una nación. El Estado de Guatemala a su vez es el encargado de velar y garantizar todos los aspectos necesarios para alcanzar el bien común. También es el encargado de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

Cuando los padres ya han fallecido los hijos que se encontraban bajo la patria potestad carecen de las garantías que devienen de esta institución por lo cual se encuentran más vulnerables y por esa razón es necesario que la figura de tutor testamentario se revista de todas las facultades para proteger a los hijos, hijas o adolescentes sin la necesidad de invocar las demás clases de tutela.

Permitir que se aplique el testamento conjunto por los padres para establecer un tutor garantiza el futuro del menor. Los padres tienen la capacidad de establecer quién es la persona más capacitada e idónea para cuidar de sus hijos menores en caso de que ellos ya no puedan por motivo específicamente de haber fallecido. El Estado de Guatemala debe proteger la salud física, mental y moral de los menores de edad y es a través de ésta figura que puede cumplir con su objetivo de garantizarle sus derechos a los más vulnerables. Siendo la patria potestad y la tutela dos de las instituciones que actúan de forma directa en la protección y bienestar de los menores de edad.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. **Compendio de derecho civil**. Barcelona, España. Librería Bosch. Tercera edición. 1976.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 17ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 2005.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 30ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2008.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español – sucesiones**. Volumen V. Madrid, España. Revista de Derecho Privado. Quinta edición. 1978.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. **La patria potestad, la tutela y la curatela**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1993.
- MAFFIA, Jorge O. **Manual de derecho sucesorio**. Tomo I y II. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma. Cuarta Edición. 1999.
- MATA TOBAR, Víctor Hugo. **La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico de los Estados de Centro América**. 2ª ed. Costa Rica: Ed. Escriba, 1998.
- Misión de Verificación de las Naciones Unidas para Guatemala, MINUGUA. **Situación de la niñez y adolescencia en el marco del proceso de paz en Guatemala, informe de verificación**. 1ªed. Guatemala: (s.e.), 2000.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 23ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.



PLANIOL, Marcel y Georges Ripet. **Tratado elemental de derecho civil. Volumen 8**, Ed. mexicana, 1997.

PUIG BRUTAU, José. **Fundamentos de derecho civil. Tomo V. Volumen II**. Barcelona, España. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1977. Segunda Edición.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español. Volumen VI. Sucesiones**. España. Ediciones Pirámide, S.A. 1976.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español. Tomo II, derecho de familia**, Ed. Barcelona, Bosh, 1942.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **El interés del menor**. Ed. Dykinson, S. L., España, 1999.

SALVAT. **La enciclopedia**. Revisada, corregida y aumentada; Madrid, España: Ed. Salvat, 2004.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho civil de familia. Tomo II, derecho de familia**, Barcelona, España, Ed. ABC.

Legislación:

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

Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.



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

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

Ley del Sistema de Alerta Alba Keneth. Decreto 28-2010, Congreso de la República de Guatemala, 2010.

Ley de Adopciones. Decreto Número 77-2007, Congreso de la República de Guatemala, 2007.

Reglamento General de Juzgados y Tribunales con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos Y Adolescentes en conflicto con la Ley Penal. Acuerdo Número 42-2007.