

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

**IMPORTANCIA DE OTORGAR LA TUTELA LEGÍTIMA ATENDIENDO AL
BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD Y NO AL ORDEN ESTABLECIDO EN EL
ARTÍCULO 299 DEL CÓDIGO CIVIL**

DAYRIN ROCIO MEJÍA

GUATEMALA, MAYO DE 2007

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

**IMPORTANCIA DE OTORGAR LA TUTELA LEGÍTIMA ATENDIENDO AL
BIENESTAR DEL MENOR DE EDAD Y NO AL ORDEN ESTABLECIDO EN EL
ARTÍCULO 299 DEL CÓDIGO CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DAYRIN ROCIO MEJÍA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Mayo de 2007

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PROFESIONAL:**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera
Secretario: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Vocal: Lic. Carlos Urbina Mejía.

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Secretario: Licda. Benicia Contreras Calderón
Vocal: Lic. Homero Nelson López

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser el creador de mi vida, mi guía, mi redentor, mi fortaleza para alcanzar este triunfo. Gracias por permitirme realizar mi sueño, y a ti agradezco cada minuto de mi vida.

A MI MADRE:

Aura Mejia Fuentes, con inmenso amor y agradecimiento por haberme tomado de la mano para guiarme y enseñarme el valor de la vida, como un reconocimiento a tu esfuerzo, sacrificio, y paciencia, y es a ti, por lo cual dedico este acto. Te quiero mucho.

A MIS HERMANOS:

Dereck, Marcela, Ariel, con amor eterno, gracias por su comprensión, confianza, y apoyo incondicional. Agradeciendo a Dios, por habérmelos dado, los quiero mucho.

A MI FAMILIA:

Tíos, primos, sobrinos, gracias por estar siempre en los mejores momentos y por el cariño que me brindan, especialmente a Claudia de García, gracias por tu apoyo y confianza.

A MIS AMIGOS:

Marisol, Gilma, Elsa Rosa, Irma, Raúl, Flor, Fredy, Arturo, Astenia, Pedro, Ingrid, Yadira, Cristian, Carolina, Hilda, Zoila, Fabiola, Silvia, gracias por su amistad, apoyo y los sabios consejos que me han brindado para mi superación profesional, que Dios los bendiga.

A MIS PADRINOS:

Marina Monroy, Alcira Alfaro, Roberto Barreda Valenzuela, Carmen Pocón, Juan Antonio Carrillo, con profundo agradecimiento por ese apoyo incondicional, amistad y consejos que me han brindado pues los considero parte de mi éxito.

A LOS LICENCIADOS:

Edith Zamora, Luís García, Ovidio Salazar Pérez, Otto Arenas Hernández, quienes han sido parte trascendental en mi desarrollo profesional.

EN MEMORIA DE:

Mis seres queridos Juana Fuentes Orozco, Feliz Rivera Mejía (Q.E.P.D).

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Por el honor de formarme en sus aulas y este logro es un modesto homenaje.

A MI UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Centro de enseñanza que me ayudo a alcanzar cada una de mis metas.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La tutela	1
1.1. Origen de la institución	1
1.2. La tutela dentro del derecho de familia	7
1.3. Definiciones de tutela	8
1.4. Características de la tutela	13
1.5. Elementos de la tutela	14
1.6. Clases de tutela	14
1.7. La curatela	16
1.8. Protección jurídica internacional de la niñez	23
1.8.1. La niñez y los derechos humanos	25
1.9. Regulación legal	29
1.9.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	29
1.9.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	30
1.9.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos	31
1.9.4. La Convención sobre los Derechos de la Niñez	32
1.9.5. Constitución Política de la República de Guatemala	35
1.9.6. Código Civil	36

CAPÍTULO II

2. Tutela legítima	43
2.1. Antecedentes	43
2.2. Situación en la legislación guatemalteca	44
2.3. Designación de la tutela legítima	45
2.4. Inhabilidad y excusas para la tutela	48

	Pág.
2.5. Ejercicio de la tutela	49
2.6. Prohibiciones para el tutor	53
2.7. Rendición de cuentas de la tutela.	54
2.8. La protutela.	59
2.9. La curatela	60
 CAPÍTULO III 	
3. La correcta designación de la tutela legítima	63
3.1. Forma en que se otorga la tutela legítima.	63
3.2. Las desventajas que representa para el menor de edad la forma en que se otorga la tutela legítima	67
3.2.1. Características subjetivas a tomar en cuenta para otorgar la tutela legítima.	71
3.2.2. Análisis del resultado de la investigación	75
3.3. Reforma al Artículo 299 del Código Civil.	77
 CONCLUSIONES	 81
RECOMENDACIONES.	83
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

La protección de la persona y de los bienes de los menores de edad, así como de quienes no obstante son mayores de edad, pero han sido declarados en estado de interdicción, merece especial atención; sobre todo porque la niñez constituye el fundamento para tener una mejor sociedad.

Aunque a nivel de tratados internacionales, de la Constitución Política de la República, de las normas de carácter ordinario, se regula la protección de los menores de edad, este objetivo no siempre se logra con éxito y en diversas ocasiones se queda en un mero intento.

Por lo tanto, es preciso dotar de positividad a las normas que regulan la protección de los menores de edad, en el caso específico a que me refiero, hago alusión a la institución jurídica de la tutela, tan esencial para proteger a los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad; para lograr el cuidado de éstos, así como de los bienes, si que poseen.

En el presente trabajo de tesis, el problema en torno del cual se ha realizado la investigación se plantea con base en el Artículo 299 del Código Civil de Guatemala, que regula lo concerniente a la tutela legítima y en el mismo se establece un orden de prioridades en relación a los familiares que han de ejercer el cargo de tutor, cuando el menor de edad no se encuentra bajo la patria potestad.

La situación en la realidad presenta un grave inconveniente, pues si bien, el legislador con la mejor intención y en atención a la afinidad que el menor de edad guarda con sus familiares, estableció en el Artículo en mención el orden en el cual se ha de llamar a los familiares para el ejercicio de la tutela legítima. Pero, en ocasiones no siempre el que está en primer lugar en el orden de llamamiento, presenta las mejores condiciones para ejercer el cargo de tutor.

Por lo antes descrito, es preciso ampliar la potestad del juez para otorgar el ejercicio de la tutela legítima, atendiendo al bienestar del menor de edad y no al orden preceptuado en el Artículo 299 del Código Civil.

Los supuestos que me han servido de base para realizar la investigación que ha sido plasmada en el presente trabajo, parten de la idea respecto a la institución tutelar, en el caso específico de la tutela legítima, la cual por contradictorio que parezca, no siempre se otorga en atención al bienestar del menor de edad, pues la misma norma legal limita el campo de acción de los jueces, al regular en forma taxativa el orden de prioridades de los llamados a ejercerla.

El trabajo de tesis está compuesto por tres capítulos, los cuales en cuanto a su contenido se han desarrollado de la siguiente forma: En el capítulo primero se desarrolla toda lo concerniente a la historia y origen de la tutela, su evolución y las primeras manifestaciones de tal institución. En el capítulo segundo me refiero a la tutela legítima; en éste desarrollo todo lo concerniente al carácter accesorio de la tutela legítima, la cual se establece a falta de la tutela testamentaria, pero fundamentalmente respecto de los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad; además hago referencia a los mayores de edad, pero que por haber sido declarados en estado de interdicción deben ser sometidos a la tutela. En el tercer capítulo desarrollo la parte fundamental del trabajo, al hacer referencia a las limitaciones que existen para el juzgador, al momento de otorgar la tutela legítima y, como el orden de prioridades establecido en el Artículo 299 del Código Civil, en determinado momento puede restar beneficios para el menor de edad.

El método utilizado para el desarrollo de la investigación, así como para elaborar el informe final, ha sido principalmente el jurídico, debido a la naturaleza del problema planteado, y la regulación legal que existe relacionada con la tutela legítima; además se ha utilizado el método sociológico, pues éste es un problema palpable en la sociedad guatemalteca.

Las técnicas de investigación empleadas, fueron básicamente la investigación bibliográfica y, la entrevista; lo cual ha permitido obtener la información necesaria para elaborar el informe final de la investigación, la cual está contenida en el presente trabajo de tesis, que a continuación expongo.

CAPÍTULO I

1. La tutela

1.1. Origen de la 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*.”¹

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

En la civilización griega se destacó ya la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, y apareció la institución de la tutela, pero primitivamente era ésta establecida en interés de la familia para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. La tutela era, pues, legítima y familiar. Más tarde desenvolviéndose la intervención del padre, y de la autoridad pública pierde la tutela su carácter exclusivo de órgano parental, para convertirse en órgano de protección pupilar. Y en este momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente es concebida.

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

¹ Castan Tobeñas, José, **Derecho civil**, pág. 959.

surgida en el derecho romano, superada la etapa estrictamente formalista de ese derecho, que inicialmente hizo también imposible su concepción como ahora se desarrolla en la actualidad.

Para Justiniano, “la tutela es fuerza y potestad, dada y permitida por el derecho civil, sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse.”²

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

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

Tutela y herencia se muestran en íntima conexión. Las vocaciones tutelares y hereditarias se conciben de acuerdo con un común determinante: la naturaleza del grupo familiar. Tutor, es en primer termino, el designado en testamento y, a falta de designación, o existiendo sólo impúberes o mujeres, asume la tutela el próximo en el orden respectivo de la familia.

² **Ibid.** pàg.965

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

Al entrar en quiebra la unidad compacta de la familia, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo propia fisonomía y propia denominación.

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

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

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

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

La tutela legítima, es deferida a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el orden de llamamientos que rige en materia de sucesión. Las XII Tablas confieren la tutela al más próximo pariente en línea masculina y, en su defecto, a los gentiles. Desaparecida luego la clase de los gentiles, el llamado a la tutela legítima, en el curso de la época clásica, no es otro que el *adgnatus proximus*.

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

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

Entre las incapacidades y excusas para ejercer la tutela, al principio no se permitió que la ejercieran las mujeres. En el derecho posclásico, la madre y la abuela tienen también acceso a la tutela de sus descendientes, siempre que se comprometan bajo juramento a no contraer nuevas nupcias.

Al tutor testamentario le es permitido librarse definitivamente de la tutela, mediante declaración solemne, pronunciada ante testigos, de no querer ejercerla.

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

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

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

Diferentes de las excusas son las incapacidades propiamente dichas. Sin embargo, se desarrollaron gradualmente y, en general, las nuevas incapacidades comienzan siendo razones de excusa. De aquí

proviene el lenguaje vacilante de los textos justinianos a propósito de los locos, sordos, mudos, ciegos, enfermos graves y crónicos, personas enemistadas con el padre del pupilo, etc. El derecho justiniano declara incapaces para el desempeño de la tutela a los menores de veinticinco años, que en la Época Clásica podían excusarse, a los obispos, a los monjes y a los acreedores y deudores del pupilo, con excepción de la madre y de la abuela.

En consonancia con la originaria naturaleza de la tutela, el tutor es considerado como dominador del patrimonio pupilar. El tutor puede realizar toda clase de negocios de disposición: Enajenar y pignorar los bienes, colocar los capitales, hacer y recibir pagos, etc. Pronto, sin embargo, la gestión tutelar queda sujeta a la observancia de determinadas formas, y así el tutor que no confecciona un inventario del patrimonio pupilar, incurre en dolo y se le hace responsable, consiguientemente, del daño eventual sufrido por el impúber. Otras obligaciones propias de su oficio, son las de emplear el capital, a ser posible, en fincas o prestarlo a intereses, la de cancelar las obligaciones y hacer efectivos los créditos inseguros, la de vender las cosas que perecen con el tiempo.

Se agregan a tales normas ciertas limitaciones: la jurisprudencia y la práctica judicial sientan el principio de que las donaciones hechas por el tutor no deben perjudicar al pupilo. En la época de Claudio, se obliga a los tutores a prestar una garantía, como medio de asegurar los bienes de los pupilos, para que estos no sean consumidos o menoscabados; prohíbe la enajenación del patrimonio del pupilo, salvo si media autorización del padre del pupilo, dispuesta en testamento o en resolución dictada por el magistrado, o si se trata de cosa común, cuando el condueño insta la división, o del ejercicio de su derecho por parte del acreedor que del ascendiente del pupilo hubiere recibido en prenda un fundo. Esta prohibición se extiende después por obra de la jurisprudencia, a la

enajenación de un fundo superficiario o poseído de buena fe, y a la constitución de gravámenes sobre los bienes pupilares, y por una disposición de Constantino, a la enajenación de toda clase de bienes, con excepción de los de poca valía que puedan deteriorarse. Tal régimen es mantenido por Justiniano, quien sujeta también a la vigilancia del magistrado los actos menores de gestión, colocación de capitales, cobros, pagos, etc. Cualquier enajenación efectuada con descuido de lo estatuido, es declarada nula. El pupilo tiene una hipoteca legal y general sobre los bienes del tutor, en garantía de sus créditos.

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

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

1.2. La tutela dentro del derecho de familia

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de la familia en base a las normas del llamado derecho de familia.

Se puede expresar que el derecho de familia es una parte o rama del derecho civil, relativo a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad. Por lo tanto el derecho de familia está compuesto por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto a los terceros. Por consiguiente, será objeto del derecho de familia todo lo relativo a relaciones familiares, alimentos, matrimonio, régimen económico matrimonial, filiación, relación paterna filial e instituciones tutelares.

El derecho de familia está comprendido fundamentalmente en el Código Civil, pero también encontramos referencias en la Constitución Política de la República, la cual en su parte dogmática establece principios que velan por la protección de la familia, por ser esta la base de la sociedad.

En cuanto al carácter de las normas del derecho de familia, se puede mencionar que son imperativas, indispensables, de manera que no se puede renunciar a los derechos y deberes que imponen, intransmisibles y tienen un acentuado carácter de protección, tal es el caso del tema que nos ocupa, como lo es la institución de la tutela.

1.3. Definiciones de tutela

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

El objetivo de la función tutelar viene establecido en el Artículo 293 del Código Civil, el cual establece que esta institución tiene como finalidad el cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad o del mayor de

edad que no posea padres y haya sido declarado en estado de interdicción.

“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.”³

“Si tomamos el vocablo en un sentido muy generalizado de la legislación de algunos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas. La legislación argentina divide en dos esa función protectora: La tutela para los menores no sometidos a la patria potestad y a la curatela para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes. En la ley argentina se entiende por tutela el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.”⁴

“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, por los padres en testamento, o por el juez.”⁵

“Modernamente es definida como el poder otorgado por la ley, a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.”⁶

³ Rodríguez Servio, **Derecho romano**, pág.357.

⁴ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, pág.996.

⁵ Salvat Editores, **La enciclopedia**, pág.15255.

⁶ Editorial Labor, **Diccionario de derecho privado**, pág.3885.

La tutela es una institución creada para brindar protección a las personas que por razón de su edad o sexo, no pueden hacerlo por sí mismos.

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

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

Se puede concluir, que de acuerdo a lo que regula nuestro Código Civil, nuestro sistema es mixto, pues por un lado, la tutela es encomendada a los familiares del pupilo, pero por otra parte intervienen las autoridades para el discernimiento del cargo, específicamente en la tutela legítima y la judicial, donde existe intervención del juez y, en el caso de la rendición de cuentas de la tutela.

En cuanto a la delación y constitución de la tutela se puede mencionar lo siguiente: se llama delación de la tutela a la designación de la persona o personas que han de ejercer la función de tutor.

La Constitución de la tutela, como se ha mencionado, puede darse en testamento, en forma judicial o de forma legítima.

Cuando se dé el supuesto de la existencia de una persona que deba quedar sujeta a la tutela, tendrán la obligación de promover su constitución:

- a. Los parientes llamados a ella y quienes los padres hayan llamado a desempeñar el cargo de tutor en testamento o documento público notarial.
- b. La persona bajo cuya guarda se encuentra el menor o incapacitado, y que podrá ser, bien la entidad pública, bien el guardador de hecho.
- c. La Procuraduría General de la Nación.
- d. El juez competente.

En la mayoría de legislaciones entre las obligaciones que pesan sobre el tutor se destacan las siguientes:

- a. Prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, si bien el juez puede modificar la prestada o dejarla sin efecto.
- b. Formar inventario de los bienes del tutelado.
- c. Constituir depósito con el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios que a juicio de la autoridad judicial no deban quedar en poder del tutor.

Como atribuciones del tutor, entre las principales según la doctrina, se pueden destacar las siguientes:

- a. Representar al menor o incapacitado.

- b. Velar por el tutelado. -Este es en realidad el deber esencial del tutor-.
- c. Recabar autorización judicial previa para realizar una serie de actos: por ejemplo enajenar bienes inmuebles.

Entre los principales beneficios que se conceden al tutor, la doctrina señala los siguientes:

- a. Exigir respeto y obediencia al pupilo
- b. Percibir una retribución que deberá fijar el juez en atención al trabajo realizado y el valor y rentabilidad de los bienes.
- c. Percibir una indemnización por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio del cargo.

También es preciso hacer mención de las prohibiciones que tiene el tutor, siendo las más destacadas las siguientes:

- a. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.
- b. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga por cuenta de un tercero o haya conflicto de intereses.
- c. Adquirir a título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Entre las causas por las cuales se extingue la tutela, las más frecuentes, de acuerdo a lo que establece la doctrina, son las siguientes:

- a. Cuando el menor de edad cumple los 18 años, a no ser que con anterioridad haya sido judicialmente declarado incapacitado.
- b. Por la adopción del tutelado menor de edad.
- c. Por fallecimiento del tutelado.
- d. Por la concesión al menor del beneficio de la mayoría de edad.
- e. Cuando habiéndose originado la tutela por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.
- f. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin a la incapacidad, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituya la tutela por la curatela.

1.4. Características de la tutela

- a. Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad, o por determinadas circunstancias físicas o mentales no puede valerse por sí misma y no está bajo la patria potestad.
- b. El cargo de tutor es un cargo público de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva.
- c. La tutela es substituta de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses del tutelado.

1.5. Elementos de la tutela

- a. Elemento personal: Lo componen tanto el tutor quien ejerce la tutela como, el pupilo objeto de la protección.
- b. Elemento formal: La legislación que regula ésta institución jurídica, en nuestro caso el Código Civil, específicamente en los Artículos del doscientos noventa y tres al trescientos cincuenta y uno.
- c. Elemento teleológico: Lo componen el cuidado y protección del menor de edad, así como de sus bienes.

1.6. Clases de tutela

- a. Tutela testamentaria: cuando el *pater familias* hace la designación del tutor en su testamento. El tutor así nombrado puede rechazar el cargo. En la tutela testamentaria es determinante la voluntad de la persona instituyente, es decir, la del padre o de la madre sobreviviente, lo cual quiere decir que mientras vivan los dos padres no pueden, ni aislada ni conjuntamente designar tutor, pues se supone que si uno falleciere, la patria potestad continúa en toda su plenitud en el otro, aunque cabe hacer mención que en la ley no se prevé la posibilidad de que ambos padres puedan fallecer al mismo tiempo y; la voluntad, en su caso del abuelo, o la abuela, o del testador o del adoptante.

“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 tanto, testamentaria.”⁷

- b. Tutela legítima: Es la que establece la ley a falta de la tutela testamentaria, ésta se defiere inmediatamente, no requiere de nombramiento. Según la Ley de las XII Tablas, será tutor legítimo el pariente más cercano por la vía masculina, si hay varios en el mismo grado todos serán tutores. El tutor legítimo no puede rechazar el cargo. El tutor legítimo podía en derecho antiguo, ceder la tutela a otro pariente menos próximo, mediante una cesión tutelar. La tutela legítima, pone énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado.
- c. Tutela judicial: Esta clase de tutela es, eminentemente supletoria; radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción, que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.
- d. Tutela legal: Es la tutela de los niños incapacitados o expósitos, los cuales se encuentran en un establecimiento de asistencia social.
- e. Tutela especial: Este tipo de tutela es la que otorga el juez, cuando surge un conflicto entre los hijos que se encuentran bajo una misma patria potestad o, entre los hijos y los padres.
- f. Tutela específica: Este tipo de tutela se otorga cuando existe conflicto de intereses entre los pupilos que se encuentran bajo la

7.Ossorio, **Ob. Cit;** pág.996.

misma tutela; lo cual hace necesario nombrarles un tutor específico.

1.7. La curatela

La curatela es una institución jurídica que como tal, no se regula en nuestra legislación guatemalteca. La curatela es una institución jurídica que se estableció desde el derecho romano, así las XII Tablas encomiendan la curatela, siempre que se carezca de *pater familias*, y de tutor. A falta de curador legal o en el caso de que éste sea inepto, se provee, en la época clásica, al nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existía, pero si a un loco le daba su padre curador en testamento, el pretor podía confirmarlo.

El origen de la curatela se encuentra en relación con la *Lex Plaetoria*, en el año 191 a. de C., aproximadamente.

Dada la inexperiencia de los jóvenes, que alcanzaban la plena capacidad a los catorce años, estableció tal ley una serie de sanciones contra los que engañaban en los negocios a los mayores de esa edad y menores de la de veinticinco años. Aunque no se sabe si fue la propia ley la que instauró el *curator*, o bien la creación de éste se debió al Pretor, para venir en ejecución de ella, es lo cierto que se acostumbró requerir la asistencia de un tercero, que garantizase moralmente a la otra parte contra el riesgo de una eventual impugnación del negocio.

A la protección legal se suma luego la del Derecho honorario. El Pretor, en efecto, concedió al menor una excepción, para el caso de que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio. Si este hubiese sido llevado a términos de ejecución y siempre que del mismo se

derivara para el menor algún daño o desventaja, incluso sin mediar engaño intencionado.

El *curator* era solicitado voluntariamente por el menor y, para un particular negocio. Tan sólo en el proceso podía exigir la parte contraria que se hiciera el nombramiento del mismo.

A partir de Marco Aurelio, según parece, se instaura, la figura del *curator estable*, que viene así a sustituir al designado para cada negocio. Con todo se mantiene firme a lo largo de la Época Clásica la idea de que el menor tiene la plena capacidad de obrar, considerándose el *curator* como un gestor voluntario.

En la Época Posclásica, bajo la influencia de las costumbres de los pueblos del Oriente helénico, que no distinguen entre impubertad y minoría de edad, se tiende a valorar la función del *curator*, a la vez que se le otorga carácter de permanente.

En el derecho justiniano el *curator* es un administrador estable, y el menor ha de contar con él en todo caso. Cuando no es el *curator* quien concluye los negocios como representante legal del menor, sino el menor mismo, precisa éste la cooperación de aquél, a modo de lo que ocurre cuando el tutor presta su actuación.

En la actualidad, en algunas legislaciones aun existe la institución de la curatela, y entra las definiciones que al respecto existen se pueden mencionar las siguientes:

“Institución supletoria de la capacidad de obrar de las personas, referida, a diferenciar de la tutela en los ordenamientos legales dualistas al respecto, a los mayores de edad y, la ejerce el llamado por ello curador.”⁸

“Curaduría. Cargo de curador de un menor. La que se daba para los incapacitados por causa de demencia.”⁹

Entre las clases de curatela se pueden mencionar las siguientes:

- a. “Curatela dativa. La que nombra el juez ante el requerimiento del Ministerio Público o de parientes del incapaz.”¹⁰
- b. “Curatela legítima. La discernida de acuerdo con las previsiones legales que dan la preferencia a los parientes más próximos del incapaz; al cónyuge, los hijos o los padres.”¹¹
- c. “Curatela testamentaria. La que los padres pueden disponer por testamento para sus hijos mayores de edad, pero incapaces.”¹²

En relación al curador se puede definir como: “El nombrado para cuidar de la persona y administrar los bienes de quien no puede hacerlo por sí mismo, sea por razón de edad o por otra incapacidad. En otras legislaciones, como la argentina, esa función protectora está dividida en dos; la tutela para los menores no sometidos a la patria potestad, y la curatela para los mayores de edad incapacitados para administrar sus bienes. Con respecto a estos, la misión del curador

⁸ **Ibid**, pàg.262.

⁹ Salvat Editores, **Ob.Cit**; pàg.4175.

¹⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pàg. 262.

¹¹ **Ibid**.

¹² **Ibid**.

no es sólo administrativa de los bienes, sino así mismo guardadora de la persona, ya que por lo general son aplicables a la curatela las normas establecidas para la tutela. En consecuencia, la curatela puede ser: testamentaria, conferida por los padres en testamento o en escritura pública; legítima, la que a falta de la anterior, corresponde a los parientes del incapaz por el orden que la ley determina, y dativa, la que dispone el juez cuando faltan las dos anteriores.”¹³

La curatela es un cargo de asistencia al sometido a ella, complementando la capacidad del mismo que no la tiene plena. Entre las personas que se someten a ella, de acuerdo con la doctrina los casos más frecuentes son:

- a. De los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
- b. Los que obtuvieren el beneficio de la mayoría de edad.

La constitución de la curatela es judicial, en la práctica, a veces, resulta difícil determinar si la persona ha de quedar sujeta a tutela o a curatela, con las evidentes consecuencias que ello tiene. El juez, al momento de tomar una decisión se basa en el informe médico que determinará el tipo de trastorno que afecta al individuo y como le afecta. Los supuestos más complicados son aquellos en los que no procede la incapacidad respecto de la persona, pero sí respecto a su patrimonio.

¹³ **Ibid.** pàg. 262

El curador complementa la capacidad del sometido a ella, en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar por sí solo, mediante la intervención, asistencia o autorización.

La extinción a un cargo de asistencia al sometido a ella, complementando la capacidad del mismo que no la tiene plena.

En algunos países se da la institución de la guarda, la cual se produce cuando los padres o tutores por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, por lo tanto, podrán solicitar de la entidad pública competente que está asuma su guarda durante el tiempo necesario.

De la entrega de la guarda se dejará constancia por escrito, haciéndose constar que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a las autoridades correspondientes.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el juez en los casos en que proceda legalmente.

La guarda solicitada o asumida de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que el acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor.

Se buscará siempre el interés del menor, y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

Otra institución jurídica, que también existe en otras legislaciones es el acogimiento, el cual es definido por la doctrina científica como aquella situación temporal revocable, orientada a la protección de los menores que se encuentren privados de una adecuada atención familiar.

Entre las clases de acogimiento se pueden mencionar las siguientes:

- a. Acogimiento familiar simple. Tendrá carácter transitorio.

Bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección más estable.

- b. Acogimiento familiar permanente. Cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, y así lo informen los servicios de atención al menor.
- c. Acogimiento familiar preadoptivo. Se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informado por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, y cuando fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, antes de la propuesta de adopción.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo realiza las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

En el caso del acogimiento de los menores de edad, en los casos que éste se da; puede cesar por las siguientes razones:

- a. Por decisión judicial.
- b. Por decisión de las personas que lo tienen acogido previa comunicación de éstas a la entidad pública.
- c. A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.
- d. Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores.

Por lo antes descrito, como se puede advertir, tanto en nuestra legislación guatemalteca, como en la mayoría de países y a nivel de normas de derecho internacional, existen instituciones jurídicas que pretenden proteger los derechos de los menores de edad y de las personas que adolecen de incapacidades, que les impide desarrollarse con plena capacidad.

Muchas son las instituciones jurídicas que existen para tales fines, pero en el caso particular que nos ocupa, en Guatemala la institución tutelar, es la que pretende salvaguardar el bienestar físico y de los bienes del menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, así como de

aquellos que han sido declarados en estado de interdicción, no obstante sean mayores de edad.

En el caso de la institución de la guarda y del acogimiento, éstas no se dan en nuestra legislación, solamente lo más aproximado que existe en relación con la guarda, es lo que preceptúa el Artículo 308, al referirse a los tutores legales, asignándoles tal calidad a los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan a menores o incapacitados.

Otro aspecto a tomar en consideración, es que la institución jurídica de la protutela, en nuestro país no existe, pues tanto para el caso de los menores de edad, como de los mayores de edad que han sido declarados en estado de interdicción y no se hallen bajo la patria potestad, es la tutela la institución que regula la protección en ambos casos.

1.8. Protección jurídica internacional de la niñez

Existe un marcado interés a nivel internacional, por la protección de los derechos de la niñez. En 1924 la Unión Internacional Para la Protección de la infancia, adoptó la Declaración de Ginebra que comprendía cinco puntos sobre la necesidad de dar protección especial a los derechos del niño, esta declaración fue el punto de partida del desarrollo internacional al ser adoptada por la Sociedad de las Naciones en ese mismo año; posteriormente, La Organización de Naciones Unidas aprobó el 20 de noviembre de 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, sobre la base de que la niñez necesita una protección especial y deben ser los primeros en recibir ayuda. Al mismo tiempo, en diferentes instrumentos internacionales se aprobaron normas relativas a la niñez, indicando la necesidad y situaciones particulares; estos instrumentos poseen, en su mayoría fuerza jurídica. Como ejemplo se puede citar Los Pactos

Internacionales de Derechos Humanos, las convenciones de Ginebra de 1949 y, la Convención Internacional del Trabajo.

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

En 1979, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, creó el grupo de trabajo abierto para la cuestión de la Convención sobre los Derechos del Niño, con la finalidad de revisar el documento presentado por Polonia y estudiar la posibilidad de aprobar una convención en ese sentido.

El grupo de trabajo comprendió 43 representantes de los Estados miembros de la Comisión; también se incorporaron otros delegados por parte de organismos intergubernamentales tales como UNICEF, OIT, ACNUR y las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la ONU.

En síntesis, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene un conjunto de normas jurídicas que protegen a la niñez, esto implica, que los Estados que la ratifiquen tienen la obligación de velar por el cumplimiento de esas normas, pero es conveniente agregar que el principal elemento del Estado es la población.

En esta línea, toda la población mundial tiene la obligación moral de analizar y estudiar la Convención; esto no indica que la Declaración de los Derechos del Niño pierda su validez, al contrario, refuerza los postulados de la Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño es especial porque, por primera vez en la historia del derecho internacional, los derechos del niño y la niña son incorporados en un tratado que tendrá fuerza coercitiva para todos aquellos Estados que ratifiquen la convención.

Gracias a esta convención el niño y la niña disfrutarán de sus propios derechos y están llamados a ejercerlos activamente de acuerdo con su desarrollo y sus crecientes capacidades.

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

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

1.8.1. La niñez y los derechos humanos

En 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, de los Derechos del Niño, lo que implica que desde mucho antes de la creación de la ONU ha existido una preocupación por la niñez. Posteriormente, en 1949 la Comisión de Desarrollo Social del ECOSOC se dio a la labor de redactar un proyecto de declaración de los derechos del niño, encuadrado en el espíritu y propósitos de la

ONU y de acuerdo con las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos; este proyecto fue aprobado por la asamblea general de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

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

- a. El niño disfrutará de protección especial, y se le darán oportunidades y facilidades, mediante la ley o por otros medios, para permitirle desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en una forma saludable y normal y en condiciones de libertad y dignidad.
- b. Se regula que el niño tendrá derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
- c. El niño disfrutará de beneficios de seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse con buena salud, y por ello se le deben proporcionar cuidados especiales y protección tanto a él como a su madre. El niño tendrá derecho a recibir nutrición adecuada, alojamiento, distracciones y servicios médicos.
- d. Se regula que el niño que esté física, mental o socialmente impedido recibirá el tratamiento, educación y atención especiales requeridos por su condición particular.
- e. Otro aspecto importante que preceptúa la Declaración, es lo que se refiere al desarrollo completo y armonioso de su personalidad,

puesto que el niño necesita amor y comprensión. Deberá, crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en una atmósfera de afecto y de seguridad moral y material, salvo en circunstancias excepcionales, un niño en la infancia no será separado de su madre. Además, la sociedad y las autoridades públicas, tendrán el deber de proporcionar atención especial a los niños sin familia y a aquellos sin medios adecuados de sostenimiento.

- f. El niño tiene derecho a recibir educación, de forma gratuita y obligatoria, por lo menos en las etapas elementales.
- g. Los que sean responsables del niño, deberán velar por los intereses de éste.
- h. El niño en toda circunstancia figurará entre los primeros en recibir protección y socorro.
- i. El niño deberá ser protegido contra todas las formas de abandono, explotación y crueldad.

Estos son los principios que están incluidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Como se puede advertir, los niños son protegidos de manera fundamental y por ello la figura de la tutela si bien es cierto nace no como una mera protección hacia los menores, con el transcurso del tiempo toma esa ruta, y hoy en día se ha consolidado como un función meramente tuitiva, aunque, si bien es cierto, continúan produciéndose abusos contra los menores.

El organismo que se ocupa de los niños a nivel internacional, es el Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia, -UNICEF-, que resulta de su inmediato antecedente que fue El Fondo de emergencia

de las Naciones Unidas para la Infancia, creado el 11 de diciembre de 1946, para asistir a la infancia y adolescencia de la población sufrida como resultado de la Segunda Guerra Mundial. En 1950, después de haber finalizado la emergencia ocasionada por el belicismo mundial, la Asamblea General de la ONU prolongó la existencia del fondo por tres años más, con instrucciones que se dedicara a la realización de programas de largo plazo en beneficio de la niñez de los países en desarrollo.

En 1976, la asamblea General de la ONU proclamó ese año como el Año internacional del Niño y decidió que ese año debería tener como metas:

- a. Proporcionar un marco para la defensa en bien de los niños, y para incrementar la conciencia de las necesidades especiales de ello, en los encargados de tomar las decisiones y del público.
- b. Fomentar el reconocimiento del hecho de que los programas para la niñez, deberían ser parte integral de los planes de desarrollo social y económico. El derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos en general.

En 1977, la asamblea General de las Naciones Unidas ratificó el año internacional del niño y nuevamente se replanteó las metas que debería alcanzar entre las cuales se destacan:

- Brindar a los menores una defensa que en todo momento los beneficie, además de proporcionar un ambiente que permita

el pleno desarrollo de la niñez, en un entorno que los favorezca.

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

Es por ello que el cumplimiento de los derechos humanos en general, depende, en gran medida de la educación a nivel infantil de esos valores de la humanidad, porque establecer relaciones de enseñanza aprendizaje sobre el respeto a los derechos humanos, la paz y la amistad; todo ello en beneficio de la niñez.

1.9. Regulación legal

Partiendo del orden jerárquico de las normas jurídicas, tanto en nuestra legislación interna como a nivel de tratados internacionales, se regula la protección de los menores de edad, de igual forma se protege a los incapacitados, que por su condición es necesario asignarles una protección especial y para cumplir con tal finalidad es que existe la tutela.

1.9.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La familia como base de la sociedad, es regulado a nivel de tratados de derecho internacional, y en el caso que nos ocupa, es la familia en el sentido extenso de la palabra quien debe velar por la protección y bienestar de los menores de edad y de aquellos que hallan sido declarados en estado de interdicción, por lo tanto es de trascendental importancia el fortalecimiento de la familia, para que pueda en todo momento auxiliar en lo concerniente al discernimiento del cargo de tutor.

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

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

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

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

1.9.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Artículo veintitrés. “La familia es el elemento natural o fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

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

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio,

durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

- Artículo veinticuatro. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

1.9.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

- Artículo diecisiete. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

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

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

Los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de

responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos.

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

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

1.9.4. La Convención sobre los Derechos de la Niñez

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

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

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

En cualquier procedimiento adoptado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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

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

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

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

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

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

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

En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme el párrafo 2 será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga

un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

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

1.9.5. Constitución Política de la República de Guatemala

- Artículo cincuenta y uno. “Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud y seguridad y previsión social.”

- Artículo cincuenta y tres. “El Estado garantizará la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación

integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios.

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

1.9.6. Código Civil

- Artículo doscientos noventa y tres. “Casos en que procede. El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres.

El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.”

- Artículo doscientos noventa y cuatro. “La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.”
- Artículo doscientos noventa y cinco. “La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.”

- Artículo doscientos noventa y seis. “Clases de tutela. La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial.”
- Artículo doscientos noventa y siete. “La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo, y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo.”
- Artículo doscientos noventa y ocho. “Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos o para cada uno de ellos. Pueden también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.”
- Artículo trescientos. Judicial. “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente cuando no haya testamentario ni legítimo. Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista.

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

- Artículo trescientos uno. “Tutela de los declarados en estado de interdicción. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde:
 - Al cónyuge;
 - Al padre y a la madre;
 - A los hijos mayores de edad; y
 - A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.”

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

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

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

La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras

personas, siempre que reúna las condiciones de notaria honradez y arraigo.”

- Artículo trescientos cinco. “ El protutor está obligado:
 - A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor.
 - A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;
 - A promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviere ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;
 - A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y
 - A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley.”

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

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

- Artículo trescientos ocho. Tutores legales. “Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento.”

- Artículo trescientos nueve. “Los institutos de asistencia pública pueden confiar el menor internado, que carezca de padres, ascendientes y hermanos, a personas de notoria moralidad, que dispongan de medios económicos para proporcionarle alimentos, instrucción y educación.

La dirección del establecimiento debe estar frecuentemente informada de las condiciones en que se desarrolle la vida del menor, y en caso de abandono, o cambio de circunstancias, recogerlo e internarlo de nuevo.”

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

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

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

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

- Artículo trescientos doce. “Las facultades de los tutores, respecto a los bienes que el menor o incapacitado tuviere fuera del lugar de su domicilio, se ejercerán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados.”
- Artículo trescientos trece. “Las disposiciones relativas a los tutores, regirán para las personas que administren bienes de menores o incapaces, en casos determinados.”

Como se puede apreciar, de todas las normas jurídicas transcritas, tanto de derecho internacional como de derecho interno; la protección de la familia goza de especial preponderancia y, por ser ésta el núcleo de la formación de los seres humanos, merece una mención especial en el presente trabajo, puesto que es la familia la encargada de velar por el cuidado del menor de edad. En principio son los padres quienes en el ejercicio de la patria potestad, deben velar por el bienestar de sus hijos, pero a falta de éstos o por razones que imposibiliten el cuidado de los menores de edad, es que surge la institución jurídica de la tutela, la cual en alguna medida pretende suplir la ausencia de los padres y por lo tanto se apoya en nexos familiares, para nombrar al tutor, quien debe velar por el completo bienestar de la persona del pupilo, así como de sus bienes, si posee.

Por lo antes descrito, es que en este primer capítulo del presente trabajo se ha dado un especial énfasis al desarrollo de la familia, de la tutela y sobre todo del bienestar del menor de edad y de aquellos que no

obstante son mayores de edad, han sido declarados en estado de interdicción y que por lo tanto merecen también una protección especial.

CAPÍTULO II

2. Tutela legítima

2.1. Antecedentes

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

Las XII Tablas confieren la tutela al más próximo pariente en línea masculina y en su defecto a los gentiles.

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

La tutela legítima se dividió en:

- a. Tutela patronal. Creada por obra de la interpretación, sobre la base de la relación que media entre la tutela y herencia.

Dado que las XII Tablas nombran sucesores del liberto, al patrono y a sus hijos, se admitía por los juristas que el patrono y sus hijos venían llamados a la tutela de aquel.

- b. Tutela fiduciaria. El que vendía a un hijo o nieto impúber con la condición de que luego le sea remancipado y, una vez que esto ha ocurrido, lo *manumite*, se hace su tutor legítimo. Muerto el padre, la tutela es deferida a sus hijos, y recibe entonces el nombre de tutela fiduciaria.

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

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

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

2.2. Situación en la legislación guatemalteca

El Código Civil de Guatemala, en lo relacionado con la tutela legítima; la cual es el tema principal del presente trabajo, no define lo que se entiende por esta, solamente establece el orden en el cual ha de corresponder, para beneficiar al menor de edad que no se encuentre bajo la patria potestad.

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

El Artículo doscientos noventa y nueve establece, “Legítima. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

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

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio.”

De lo anterior, se puede apreciar el carácter marcadamente machista de nuestro Código Civil, al consignar en primer orden la línea paterna sobre la materna; situación que en la actualidad en alguna medida ha sido superada, no obstante los resabios que existen al respecto, donde la mujer aún no es equiparada en el grado que lo corresponde, tal como el hombre.

2.3. Designación de la tutela legítima

“Es la conferida por la ley a falta de designación por testamento y que recae por orden en el abuelo paterno, en el abuelo materno, en la

abuela paterna o materna, y en los hermanos, hermanas y medio hermanos.”¹⁴

Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad, a cargo de personas señaladas directamente en la ley.

La tutela legítima hace énfasis en la situación parental del tutor respecto al tutelado, tomando en consideración que la finalidad principal es la protección del menor de edad.

La tutela legítima es la que preceptúa la ley y, en la cual se establece un orden de manera categórica, para determinar quines son los llamados al ejercicio de la tutela, entre los familiares del menor; siempre y cuando no se halla conferido la tutela en testamento, pues de ser así esta prevalece, pues ha sido la voluntad del o de los padres.

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

De ahí que se evidencie el carácter principal de la tutela testamentaria y el carácter secundario de la tutela legítima, es decir, ésta, sólo existe si falta aquella, caso contrario queda sin efecto.

¹⁴ Ossorio, **Ob. Cit**; pág.996.

a. Tutela legítima de menores que tienen familiares

Cuando los menores quedan sin quien ejerza sobre ellos la patria potestad y los que la ejercían no designaron tutor testamentario, la tutela corresponderá a los parientes del menor.

La ley regula el orden en el cual son tomados en cuenta los parientes del menor, para ejercer el cargo de tutor y de esta forma el juez es quien designa a la persona.

Al igual que en el caso de la falta temporal del tutor testamentario, cuando falta el tutor legítimo, el juez proveerá de un tutor.

b. Tutela legítima de los mayores incapacitados

Tratándose de la tutela de dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, se ejercerá de la manera siguiente: Por el cónyuge, el padre y la madre, los hijos mayores de edad y los abuelos en el orden antes establecido.

Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos han sido declarados en estado de interdicción y no posean cónyuge, tampoco tengan hijos para que puedan desempeñar el cargo de tutor.

c. Tutela legítima de los menores abandonados

En caso de que los menores hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.

2.4. Inhabilidad y excusas para la tutela

La inhabilidad se puede definir como defecto o impedimento, para ejercer una actividad.

Mientras que la excusa se puede definirse como la razón para eximirse de un cargo, es decir un pretexto para disculparse.

Entre las prohibiciones que establece el artículo trescientos catorce de nuestro Código Civil para el ejercicio de la tutela se establecen las siguientes.

“Prohibiciones. No puede ser tutor ni protutor:

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

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

2.5. Ejercicio de la tutela

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

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

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

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

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

- Artículo trescientos veinticinco. “La garantía deberá consistir en hipoteca, prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria o legalmente autorizada para el efecto.

La garantía personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio, fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vaya a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste.”

- Artículo trescientos veintiséis. “La garantía prenda que preste el tutor, se constituirá depositando los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósito; y a falta de ella, en una persona de notorio arraigo.”
- Artículo trescientos veintisiete. “El juez fijará, a solicitud y propuesta del tutor, la pensión alimenticia, de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla,

según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciará el tribunal.”

- Artículo trescientos veintiocho. “Presupuesto. El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de administración para el año.

Para los gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial.”

- Artículo trescientos veintinueve. “Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos, bonos, acciones y valores, que a juicio del juez no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento autorizado por la ley para recibir depósitos.”
- Artículo trescientos treinta. “Carrera, oficio o profesión del menor. El tutor destinará al menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias.

Si ya había iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor.”

- Artículo trescientos treinta y uno. “El pupilo deber respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece.”
- Artículo trescientos treinta y dos. “Necesidad de autorización judicial. El tutor necesita autorización judicial:

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

Los contratos a que se refiere este inciso, no pueden ser prorrogados;

- b. Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
 - c. Para repudiar herencias, legados y donaciones;
 - d. Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
 - e. Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y
 - f. Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero el pupilo.”
- Artículo trescientos treinta y tres. “La venta de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse extrajudicialmente, pero nunca por menor valor del

que se cotice en la plaza el día de la venta, lo cual deberá comprobar el tutor al rendir sus cuentas.”

- Artículo trescientos treinta y cuatro. “El tutor responde de los intereses legales del capital del pupilo, cuando por su omisión o negligencia, quedare improductivo o sin empleo.”
- Artículo trescientos treinta y cinco. “El tutor no puede sin autorización judicial, liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que éste o sus causantes hubieren estado dedicados.”

2.6. Prohibiciones para el tutor

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

- a. “Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él créditos, derechos, o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;
- b. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
- c. Aceptar donaciones del ex pupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendiente cónyuge o hermano del donante;
- d. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
- e. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.”

- Artículo trescientos treinta y siete. “Tampoco podrán contratar acerca de bienes del menor o incapacitado, por sí o por interpósita persona, los parientes del tutor, salvo que éstos sean coherederos o copartícipes del pupilo.”
- Artículo trescientos treinta y ocho. “el tutor no puede reconocer hijos del pupilo, sino con el consentimiento expreso de éste y en ningún caso los del incapaz, ni consentir expresa o tácitamente las resoluciones desfavorables al pupilo.”
- Artículo trescientos treinta y nueve. “durante el ejercicio de la tutela, el protutor está obligado a defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, cuando estén en oposición con los intereses del tutor; y a promover el nombramiento, cuando proceda la remoción del que la tuviere en ejercicio, o cuando la tutela quede vacante o abandonada.”

2.7. Rendición de cuentas de la tutela

El tutor está obligado a rendir las cuentas de la tutela, en forma anual, y al concluirse la tutela o cesar en su cargo. Dicha rendición de cuentas se hará ante el juez, y en presencia del protutor y de un representante de la Procuraduría General de la Nación.

Los gastos que ocasione la rendición de cuentas correrán por cuenta del pupilo o del incapacitado, según sea el caso; así mismo, el tutor está obligado a entregar los bienes que sean del pupilo y los documentos que le pertenezcan.

El plazo para efectuar la rendición de cuentas del ejercicio de la tutela, es de sesenta días contados a partir del cese del ejercicio de la

tutela; además el plazo de prescripción para las acciones u obligaciones que correspondan al tutor o al pupilo, s extinguen dentro de los cinco años, contados a partir de la finalización de la relación tutelar entre el tutor y el pupilo.

El ejercicio de la tutela y de la protutela, dan derecho a una retribución, la cual estará comprendida entre el cinco y el quince por ciento anual de las rentas del pupilo. Dicha retribución se pagará anualmente. Pero si el tutor o el protutor fueron removidos por culpa de éstos, no tendrán derecho a la retribución.

El tutor está obligado a llevar una contabilidad, para acreditar todas las operaciones de la administración que realice, de los bienes del pupilo; dicha contabilidad debe llevarla en libros autorizados y, al final de su actuación presentará una memoria de todo lo actuado en beneficio del pupilo.

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

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

Como denominador común, en ambos casos, la propia ley establece quines han de ejercer la tutela y el orden en el cual corresponde, además es de notar que en ambos caso se toma en cuenta los parientes del menor de edad o del incapacitado, todo ello en atención a los beneficios que representa los nexos de familiaridad, y se presume que la protección del menor de edad, en alguna medida asemejará la patria potestad, aunque claro está no podría equipararsele, toda vez que en la patria potestad se goza de un nexo íntimo entre padres e hijos.

Para el caso de las personas que son incapaces, no obstante ser mayores de edad, es preciso que se declara el estado de interdicción por parte del juez y, para el efecto el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, regula lo concerniente de la siguiente forma:

Código Procesal Civil y Mercantil

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

La sordomudez congénita y grave, da lugar a la declaración de incapacidad civil, siempre que a juicio de expertos sea incorregible o mientras el inválido no se haya rehabilitado para encontrarse en aptitud de entender y darse a entender de manera suficiente y satisfactoria.

La ceguera congénita o adquirida en la infancia, da lugar a la declaratoria de incapacidad civil, mientras el ciego no se rehabilite.”

- Artículo cuatrocientos siete. “La solicitud respectiva pueden hacerla las personas que tengan interés o la Procuraduría General de la Nación.

A la solicitud se acompañarán los documentos que contribuyan a justificarla y se ofrecerán las declaraciones pertinentes.

El juez hará comparecer, si fuere posible, a la persona cuya incapacidad se solicite o se trasladará a donde ella se encuentre, para examinarla nombrados uno por el juez y otro por el solicitante y, si hubiere desacuerdo, se recurrirá a un órgano consultivo o se nombrará un tercero. Si el tribunal encontrare motivos bastantes, nombrará al presunto incapaz un tutor específico que le defienda. Si lo creyere oportuno, dictará medidas de seguridad de los bienes y nombrará un interventor provisional que los reciba por inventario.

Cuando se haya comprobado el estado que motivó la solicitud, el juez dictará las disposiciones necesarias para el cuidado y la seguridad del enfermo.

En todo caso, las disposiciones mencionadas en este Artículo se practicarán dentro del término de ocho días.”

- Artículo cuatrocientos ocho. “El examen médico se efectuará dentro del término que sea necesario, no pasando de treinta días. Vencido este término, se pondrá en autos el resultado de las diligencias y se levantará acta que firmarán el juez, los expertos y el secretario.

Durante el término indicado, el juez podrá interrogar o examinar al paciente, cuantas veces lo crea necesario.”

- Artículo cuatrocientos nueve. El juez previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación que en todo caso será parte, resolverá si ha o no lugar a la declaración solicitada.

Si la resolviere con lugar, designará a quien deba encargarse de la persona del incapaz y de sus bienes, conforme al Código Civil, cesando toda administración provisional, desde que se dé cumplimiento a lo resuelto.

La declaratoria se publicará en el Diario Oficial y se anotará de oficio en los registros Civil y de la Propiedad.”

- Artículo cuatrocientos diez. Cualquier oposición que se intente contra la declaratoria solicitada, se tramitará en juicio ordinario, sin perjuicio de las medidas cautelares que procedan.

Para rehabilitarla a una persona declarada incapaz, se practicarán las mismas diligencias prescritas en los Artículos anteriores, pero el dictamen deberá recaer sobre los siguientes extremos:

- Efectividad de la curación;
- Pronóstico en lo relativo a la posibilidad de recaídas; y
- Si la recuperación ha sido completa o si quedará alguna incapacidad de manera permanente y en qué grado.”

Por lo tanto, el discernimiento de la tutela legítima, corre a cargo del juez, así también, la declaratoria de interdicción corresponde al juez, quien

en vista del expediente judicial que se le presente y el informe médico, establecerá si declara o no la interdicción de una persona.

2.8. La protutela

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

En la doctrina se define la protutela como: “En algunos sistemas de protección de los menores no sujetos a la patria potestad, así como de los incapacitados por insania, no sólo se da la institución de la tutela o de la curatela, sino también las del consejo de familia y de la protutela.

En cuanto a esta última, su función especial consiste en vigilar los actos que realiza el tutor, a efectos de evitar posibles abusos.

La protutela es desempeñada por el protutor, generalmente designado por el consejo de familia.

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

Otras, contrariamente, estiman que tal institución es útil porque contribuye a la mejor garantía de los derechos del tutelado, ya que no son raros los casos en que los tutores o curadores no proceden con la

necesaria honradez, y si bien es cierto que esa vigilancia está atribuida en algunos países a determinados organismos judiciales, resulta más teórica que real, porque tales organismos por buena voluntad que tengan carecen de medios para reconocer cual es en cada momento la conducta de todos los tutores y curadores que desempeñan esos cargos, y que no siempre son afectos a sus pupilos.”¹⁵

“El protutor es el encargado de ejercer la protutela y para tales efectos, debe asistir al menor de edad para vigilar que sus asuntos sean desempeñados con la eficacia necesaria por parte del tutor, y por lo tanto debe auxiliar.”¹⁶

“El cargo de protutor, esta establecido de manera familiar para intervenir las funciones de la tutela y asegurar su recto ejercicio en beneficio del pupilo.”¹⁷

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

2.9. La curatela

En la antigua Roma, existía la institución de la curatela, se nombraba por magistrado, pues la curatela testamentaria no existía, pero si a un loco le daba su padre curador, el pretor podía confirmarlo.

¹⁵ Ossorio, **Ob.Cit**; pág.815.

¹⁶ **Ibid**, pág. 818.

¹⁷ Salvat Editores, **Ob.Cit**; pág.12753.

En el derecho justinianeo, sólo subsiste la curatela testamentaria y la dativa.

El curador cuidaba de la persona del pupilo, a la vez que administraba su patrimonio, su función era la de un gestor y no como las características propias de la tutela.

Pero en todo este tiempo el curador, tenía la característica de ser temporal, sólo para auxiliar en determinados asuntos al pupilo.

A partir de Marco Aurelio, se instaura según parece, la figura de la curatela estable, que viene así a sustituir al designado para cada negocio.

Con todo se mantiene firme a lo largo de la época clásica, la idea de que el menor tiene la plena capacidad de obrar considerándose al curador como un gestor voluntario.

CAPÍTULO III

3. La correcta designación de la tutela legítima

3.1. Forma en que se otorga la tutela legítima

La tutela legítima, como una institución de protección de los menores de edad que no se hallan bajo la patria potestad, se encuentra regulada en nuestro Código Civil, en el Artículo 299 específicamente, estableciendo un orden que va desde el abuelo paterno, materno, abuela paterna y materna, hasta llegar a los hermanos, toda vez sean mayores de edad.

Es precisamente ese orden preestablecido, el cual toma en consideración el juez, al momento de designar a la persona que ha de ejercer el cargo de tutor legítimo.

La razón de la existencia de esta institución, se fundamenta en la protección, en dos aspectos distintos los cuales son:

- a. Por un lado se busca la protección de los menores de edad que no se encuentren bajo la patria potestad, ya que por su condición no pueden ejercer por sí mismos sus derechos ni contraer obligaciones.

En tal sentido el Artículo 8 del Código Civil establece:

“Capacidad. La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.

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

En doctrina la capacidad se la define como:”Aptitud que se tiene en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo.

Como se ve, esa capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, o relativa, cuando consiente realizar algunos de ellos y no otros.

Así se puede tener capacidad para testar, para contraer matrimonio, para trabajar, para ser elector o diputado, y no tenerla para disponer de los bienes.

Basta la enunciación del tema para comprender la amplitud jurídica que contiene. El problema de la capacidad se encuentra además relacionado con el de la responsabilidad, no solo en materia civil, sino en materia penal.

La determinación de la capacidad, para realizar cada negocio jurídico concreto habrá de referirse a la institución de que se trate.

La edad, el estado civil y la sanidad mental constituyen aspectos primordiales en el problema de la capacidad.”¹⁸

¹⁸ Ossorio, **Ob. Cit**; pág.152.

Otra definición de capacidad es la siguiente:

“Aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.”¹⁹

- b. Por otra parte, la existencia de la tutela, obedece a la protección que se debe brindar a las personas que, no obstante son mayores de edad, han sido declarados en estado de interdicción, y no poseen padres.

Al respecto el Código Civil en el Artículo 9 hace referencia al regular la incapacidad de la siguiente forma:

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

La declaratoria de interdicción produce desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria serán anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.”

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

¹⁹ Salvat Editores, **Ob.Cit**; pág.2555.

En relación con lo antes descrito, también en el aspecto procesal se regula lo concerniente a la declaratoria de incapacidad.

En el capítulo II del libro IV, del Código Procesal Civil guatemalteco, en los asuntos relativos a la persona y a la familia, se regula de la siguiente forma:

“La declaratoria de interdicción procede por enfermedad mental, congénita o adquirida, siempre que a juicio de expertos sea crónica e incurable, aunque en tal caso pueda tener remisiones más o menos completas. . . la sordomudez congénita y grave, da lugar a la declaración de incapacidad civil; siempre que a juicio de expertos sea incorregible o mientras el inválido no se haya rehabilitado para encontrarse en aptitud de entender y darse a entender de manera suficiente y satisfactoria.

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

La incapacidad se puede entender como, el defecto o falta de capacidad, de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones.

En relación a la interdicción esta puede ser definida como:

“La situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o de algunos actos de la vida civil:

- a. Dementes,
- b. Pródigos,
- c. Quebrados y,
- d. Condenados a ciertas penas, si bien con respecto a estos últimos, la expresión corriente es inhabilitación, que puede también alcanzar a la privación de derecho políticos.

Únicamente por decisión judicial puede ser sujeta a interdicción una persona.”²⁰

Como se puede advertir, especial protección se brinda a los menores de edad que no poseen padres, así como también a quienes son mayores de edad, pero que han sido declarados en estado de interdicción y tampoco tienen padres.

3.2. Las desventajas que representa para el menor de edad la forma en que se otorga la tutela legítima

El orden que establece el Código Civil en su Artículo doscientos noventa y nueve, para otorgar el ejercicio de la tutela legítima, limita el bienestar del menor de edad, pues taxativamente asigna prioridades; sin tomar en consideración fundamentalmente los intereses del menor de

²⁰ Ossorio, **Ob.Cit**; pág.528.

edad, el correcto cuidado de su persona y en su caso la adecuada administración de sus bienes, para no dilapidar su patrimonio.

La tutela como una función tuitiva es de trascendental importancia, para la protección de la persona y los bienes de los menores de edad que no se hallen bajo la patria potestad, por lo tanto debe ponerse énfasis en el espíritu de esta institución jurídica y llevarlo a la práctica.

El Código Civil, regula en el Artículo doscientos noventa y nueve la tutela legítima, y establece un orden, en el cual señala a quienes corresponde su ejercicio; es de hacer mención que tal precepto evidencia la concepción mental de la época en la cual fue emitido el Código Civil, una mentalidad absolutamente machista, que limita el ejercicio de la tutela legítima, de una forma adecuada.

Toda vez que se da prioridad a la línea paterna sobre la materna, cuando el verdadero espíritu de la norma legal, es la protección del menor de edad que necesita estar protegido tanto en su persona como en sus bienes, pues ante la ausencia de sus padres, quines en principio deben protegerlo, el legislador creó la figura jurídica de la tutela legítima para suplir en alguna medida tan irreparable pérdida, aunque esta no sea definitiva ni en el sentido de la muerte, pues se dan caso en que los padres son retirados del ejercicio de la patria potestad ya sea por suspensión o por pérdida.

Entre las causas de suspensión de la patria potestad, el "Código Civil en el Artículo doscientos setenta y tres establece:

- a. Por ausencia de quien la ejerce, declarada judicialmente.
- b. Por interdicción declarada en la misma forma.

- c. Por ebriedad consuetudinaria.
- d. Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas o estupefacientes.”

Entre las causas de pérdida de la patria potestad, el “Código Civil en el Artículo doscientos setenta y cuatro establece:

- 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.
- e. Por haber sido condenado dos o más veces por delitos del orden común.”

En los casos antes señalados, se evidencia que la tutela tiene el carácter secundario, respecto a la patria potestad, pero siendo necesaria su existencia, de tal suerte se contempla en nuestra legislación civil

El Artículo doscientos noventa y nueve, del Código Civil, encierra el problema objeto de la presente investigación que se plantea; en dicho orden de prioridades no se busca el beneficio del menor de edad, ni se atiende a las cualidades tanto morales como económicas de quien ha de ejercer la tutela; taxativamente se le concede el ejercicio de la tutela en primer lugar al abuelo paterno, al abuelo materno, a la abuela paterna, a la abuela materna y a los hermanos.

Este enunciado es restrictivo, pues en la norma se asigna un orden de prioridades, sin tomar en consideración varios aspectos, los cuales en conclusión deben tener como único fin el bienestar de los menores de edad y la correcta administración de los bienes que posean.

Por lo antes mencionado, tal orden de prioridades no debería ser restrictivo, debería tomarse en consideración fundamentalmente para otorgar el ejercicio de la tutela, la solvencia en todo aspecto, que posea quien ha de ejercerla.

Por una parte, principalmente porque lo que se busca es el cuidado del menor de edad y en su caso si posee bienes, darles a estos una correcta administración y en la medida de lo posible aumentar el patrimonio del menor, para garantizarle una manutención, educación y todos los satisfactores necesarios para llevar una vida lo más decorosa posible.

Lamentablemente, en muchos casos dada la realidad económica y de pobreza de nuestro país, la mayoría de menores de edad que no están bajo la patria potestad por cualquier razón, no poseen bienes, por lo tanto es preciso asignar su cuidado a través de la tutela, a la persona que esté en mejores condiciones económicas para brindar una vida digna a los menores de edad, además de tomar en cuenta las condiciones morales y culturales de la persona que ejercerá la tutela.

3.2.1. Características subjetivas a tomar en cuenta para otorgar la tutela legítima.

El problema que se plantea en el presente trabajo de investigación, se especifica en el Artículo doscientos noventa y nueve del Código Civil de Guatemala, el cual establece el orden para asignar la tutela legítima, no obstante que en su parte final preceptúa que “La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio.

Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar un tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de:

- e. Conocimiento: Entendimiento, inteligencia, razón natural. Cada una de las facultades sensoriales del hombre.

Por lo tanto es necesario un estado de conciencia de sí mismo y de las cosas, para poder ejercer el cargo de la tutela.

Por lo tanto una vez se ha designado el cargo de tutor y este es asumido se entiende que el mismo se realiza en pleno uso de las facultades mentales, las cuales van a permitir que el tutor desarrolle su labor de manera conciente.

- f. Familiaridad: Llaneza y confianza con que algunas personas suelen tratarse entre sí.

Dicha confianza se da preferentemente entre los familiares más próximos, lo cual redundará en que pueda darse una mejor relación entre quien ha de ejercer la tutela y el pupilo.

Es por ello que el juez, al momento de determinar quien ha de ejercer la tutela legítima, debe tomar en consideración el grado de familiaridad que existe entre quien ha de ejercer la tutela y quien necesita de ella, para garantizar una buena interrelación, pero sin olvidarse que lo principal es el bienestar del menor de edad.

- g. Solvencia: Se refiere a la persona que no tiene deudas, y por lo tanto goza de crédito en cualquier lugar donde lo requiera.

Este aspecto es muy importante que lo posea la persona que ha de ejercer la tutela legítima, porque debe tener la capacidad de resolver los asuntos del pupilo, sin contraer deudas, pero lo más importante es que sepa administrar los bienes del pupilo, para que no dilapide el patrimonio de éste.

- h. Idoneidad: Es la persona que tiene buena disposición, aptitud o suficiencia para una cosa.

Es decir, la persona que ha de ejercer la tutela, ha de tener la claridad mental de entender la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la tutela, toda vez que de su correcto desempeño depende el

cuidado y protección del menor, así como la estabilidad económica en base a la correcta administración y además de ser posible incrementar el haber del pupilo.

Además al incrementarse la renta del pupilo, el tutor y el protutor incrementarán la retribución a que por ley tienen derecho, toda vez ejerzan el cargo de una forma idónea.

- i. Preparación: Quien ha de ejercer el cargo de tutor, debe poseer en la medida de lo posible una buena preparación, pues de esta forma podrá transmitir su conocimiento al pupilo, para poder encausarlo en aspectos positivos de la vida, y ayudarlo en su preparación académica.
- j. Garantía para el desempeño satisfactorio del cargo: la garantía es la acción por medio de la cual se puede afianzar lo estipulado. Para proteger contra algún riesgo o necesidad.

En el sentido estrictamente jurídico, representa una seguridad dada contra una eventualidad cualquier, y también aquello que asegura el cumplimiento de un convenio.

Es decir, al momento de aceptar el ejercicio de la tutela, debe garantizar el cumplimiento de esta a cabalidad, utilizando de manera adecuada los bienes del pupilo y en lo posible incrementarlos.

Es por ello que para el ejercicio de la tutela, el Código Civil, en el Artículo trescientos veintiuno preceptúa:

“Constitución de garantía. Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no hayan bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.”

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

No obstante lo descrito anteriormente, es evidente que el legislador dejó plasmado como principio fundamental el orden establecido de la siguiente forma:

- a. El abuelo paterno
- b. El abuelo materno
- c. A la abuela paterna
- d. A la abuela materna
- e. A los hermanos

Es interesante realizar un análisis de las personas que son llamadas para el ejercicio de la tutela; si bien es cierto quien ejerza la tutela debe poseer la mayoría de edad, también lo es que una persona de edad avanzada tiene más posibilidades de fallecer, con lo cual sería necesario discernir de nuevo el cargo lo cual generaría una inestabilidad sobre todo emocional para el pupilo, que atención a su minoridad necesita de estabilidad para poder desenvolver y llevar su vida con la normalidad necesaria, a pesar de no poseer a sus padres para el ejercicio de la patria potestad.

El Código Civil en su Artículo doscientos noventa y nueve, al asignar un orden de prioridades para otorgar el ejercicio de la tutela legítima, limita el correcto discernimiento de dicho cargo, toda vez que no da mayor amplitud a la decisión del juez.

La institución de la tutela legítima al ser restrictiva en cuanto a su orden de asignación, evidencia limitaciones y, principalmente afecta el cuidado de la persona del menor de edad y sus bienes.

3.2.2. Análisis del resultado de la investigación

- En la presente investigación la unidad de análisis, a evidenciado la falta de cultura que existe en razón de la tutela legítima, lo cual demuestra el porque existen mucho niños que al no tener padre viven abandonados, sin quien pueda velar por ellos.

Además la mayoría de menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad, no poseen bienes que permitan una subsistencia decorosa y una educación que promueva el desarrollo personal.

- El periodo que ha comprendido la investigación, evidencia que la institución tutelar no es usada con frecuencia en nuestro país, lo cual refleja la poca atención que se le brinda a los menores de edad que no se encuentran bajo el ejercicio de la patria potestad.

A pesar que existen instituciones que se dedican, a realizar actividades altruistas a favor de la niñez y la juventud, así como centros asistenciales que brindan apoyo a los menores desamparados, la magnitud del problema es tal, que estos centros no pueden resolver la problemática.

Por lo tanto se necesita realzar los valores de la familia, para que se refleje en la sociedad, pues la base de la sociedad es la familia y la base de esta los hijos, toda vez reciban el cuidado apoyo y protección necesarios, en tención a su minoridad y tomando en consideración la creciente delincuencia que opera en el país, lo cual hace más vulnerables a los menores de edad.

- En cuanto a la unidad espacial de la investigación, esta se ha realizado únicamente en el municipio de Guatemala, del Departamento de Guatemala, toda vez que por ser la capital el espacio donde existe mayor densidad demográfica.

3.3. Reforma del Artículo doscientos noventa y nueve del Código Civil

La protección de la persona y de los bienes de los menores de edad, así como de quienes no obstante son mayores de edad pero han sido declarados en estado de interdicción, merece especial atención; sobre todo porque la niñez constituye el fundamento para tener una mejor sociedad.

Aunque a nivel de tratados internacionales, de la Constitución Política de la República, de las normas de carácter ordinario, se regula la protección de los menores de edad, éste objetivo no siempre se logra con éxito y en diversas ocasiones se queda en un mero intento.

Por lo tanto, es preciso dotar de positividad a las normas que regulan la protección de los menores de edad, en el caso específico a que me refiero, hago alusión a la institución jurídica de la tutela, tan esencial para proteger a los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad; para lograr el cuidado de éstos, así como de los bienes, si que poseen.

La situación en la realidad presenta un grave inconveniente, pues si bien, el legislador con la mejor intención y en atención a la afinidad que el menor de edad guarda con sus familiares, estableció en el Artículo en mención el orden en el cual se ha de llamar a los familiares para el ejercicio de la tutela legítima.

Pero, en ocasiones no siempre quien esta en primer lugar en el orden de llamamiento, presenta las mejores condiciones para ejercer el cargo de tutor.

Por lo antes descrito, es preciso ampliar la potestad del juez para otorgar el ejercicio de la tutela legítima, atendiendo al bienestar del menor

de edad y no al orden preceptuado en el Artículo doscientos noventa y nueve del Código Civil.

Para logra cumplir de mejor manera el objetivo que se pretende como lo es, la protección de los menores de edad que no se hallan bajo la patria potestad, es preciso reformar el Artículo doscientos noventa y nueve del Código Civil.

El cual como una mera aproximación y haciendo la advertencia que es el Congreso de la República el encargado de reformar las leyes, el Artículo doscientos noventa y nueve podría quedar enunciado de la siguiente forma:

➤ Artículo doscientos noventa y nueve:

La tutela legítima de los menores de edad, que no se hallen bajo la patria potestad, corresponde a los familiares más cercanos y que se encuentren en mejores condiciones, para poder ejercer a cabalidad el cargo.

El juez encargado de otorgar la tutela legítima deberá determinar quien es la persona más idónea para dicho fin, auxiliándose de estudios económicos, sociales y psicológicos, que se practiquen a las personas entre las cuales halla de ser discernido el cargo de tutor legítimo."

En conclusión, es preciso que las personas a quines se nombren como tutores legítimos posean las calidades necesarias para tal ejercicio.

Además, la regulación civil en cuanto al ejercicio de la tutela legítima, debe ser ampliada en el sentido de no restringir la esfera de actuación del juez, al establecer un orden de prioridades; sino que, únicamente debe quedar a discreción del juez el otorgar dicho cargo, con base en los estudios socioeconómicos que previamente deben ser practicados, para buscar lo que principalmente se debe alcanzar el bienestar del menor de edad.

CONCLUSIONES

1. La forma en que la legislación civil de Guatemala, regula la manera de otorgar la tutela legítima, disminuye en alguna medida los beneficios consignados a favor de los menores de edad que no se hallan bajo la patria potestad.
2. La falta de un adecuado ejercicio de la tutela legítima por parte del tutor, provoca que en los menores de edad, se den altos índices de violencia y abusos, toda vez que no se los protege de la forma adecuada.
3. No siempre se atiende a los beneficios del menor de edad, cuando se otorga la tutela legítima, ya que la misma ley restringe el campo de acción.
4. En Guatemala no existe cultura respecto a la institución jurídica de la tutela y, en muchos casos los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad, no se les asigna un tutor, para el ejercicio de la tutela legítima.
5. El juez al momento de otorgar el ejercicio de la tutela legítima, en la mayor parte de casos, atiende al orden establecido en el Artículo 299 del Código Civil, aunque ésto represente desventajas para el pupilo.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 299 del Código Civil, en el sentido de que no se establezca taxativamente el orden de prioridades para las personas que han de ejercer la tutela, sino que se le de mayor libertad al juez para otorgar la misma.
2. Es preciso que el Estado de Guatemala fomente a la población una cultura para la institución jurídica de la tutela, toda vez que en el país se descuida a los menores de edad que no se hallan bajo la patria potestad.
3. Que las instituciones, Organismo Judicial, Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, fiscalicen el correcto desempeño del ejercicio de la tutela legítima, para cumplir con los fines de esta.
4. Que el Congreso de la República de Guatemala, establezca las reformas a las normas que regulan lo concerniente a la tutela, y que realmente sean derecho positivo vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manuel de derecho civil**. 2a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1959.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. 3a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1957.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho mexicano**. 2a. ed.; México: Ed. Librería Robredo, 1959.
- SALVAT, **La enciclopedia**. Revisada, corregida y aumentada; Madrid España: Ed. Salvat, 2004.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. 3a. ed.; España: Ed. Talleres tipográficos, 1932.
- VERÓN, **Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua Española**. Revisada, corregida y aumentada; Barcelona España. 1994.

VISOR, **Diccionario enciclopédico ilustrado visor**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo 2000.

Legislación:

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

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

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