

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

**LA IMPORTANCIA DE LA PREPONDERANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA
GARANTÍA HIPOTECARIA PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, CUANDO
DEBAN ADMINISTRARSE BIENES DEL PUPILO**

KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS

GUATEMALA, MARZO DE 2010

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

**LA IMPORTANCIA DE LA PREPONDERANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA
GARANTÍA HIPOTECARIA PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, CUANDO
DEBAN ADMINISTRARSE BIENES DEL PUPILO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2010

**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. Mario Estuardo León Alegria
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

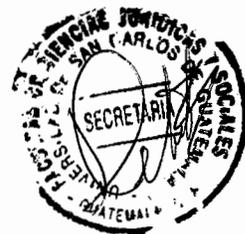
Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Vocal:	Licda. Mayra Yohana Veliz López
Secretario:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Vocal:	Licda. María del Carmen Mansilla
Secretario:	Licda. Dora Renee Cruz Navas

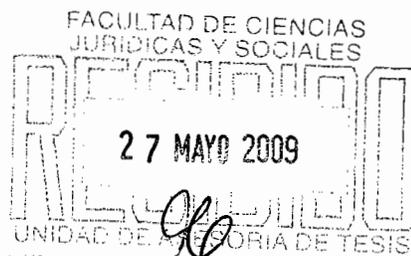
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis." (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. JORGE EDUARDO GONZALEZ CONTRERAS
6. calle 4-17 zona 1, Edif. Tikal, Torre norte, Of. 209
Tel. 22533227
Col. 6044



Guatemala, 21 de mayo de 2009

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Su despacho:



Estimado Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el oficio emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, me permito informar a usted que he asesorado el trabajo de tesis de la estudiante KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS, intitulado: "LA IMPORTANCIA DE LA PREPONDERANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, CUANDO DEBAN ADMINISTRARSE BIENES DEL PUPILO".

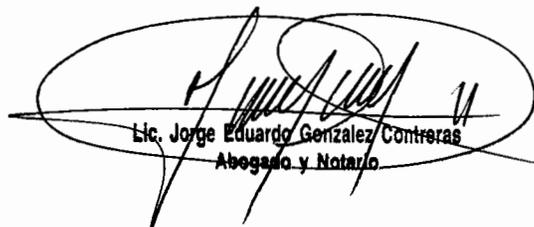
La estudiante KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad la necesidad de requerir para el ejercicio de la tutela, una garantía hipotecaria a efecto de resguardar los bienes del pupilo. El tema es abordado en una forma sistemática mediante la utilización de la metodología y técnicas de investigación adecuadas, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas de derecho positivo, determinando con sentido científico y acucioso el análisis jurídico del tema supra identificado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

Al trabajo de tesis se le hicieron algunas recomendaciones, las cuales fueron atendidas por la estudiante KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS. Asimismo, la autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, otros pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de investigación llena los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE a efecto de que el trabajo sea discutido en Examen Público de Tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de consideración y respeto,

Deferentemente,


Lic. Jorge Eduardo Gonzalez Contreras
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

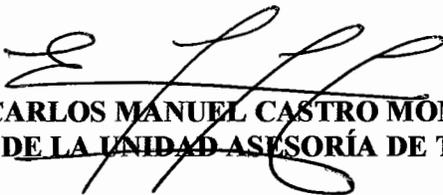
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiocho de mayo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) SERGIO FEDERICO MORALES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS, Intitulado: "LA IMPORTANCIA DE LA PREPONDERANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, CUANDO DEBAN ADMINISTRARSE BIENES DEL PUPILO".

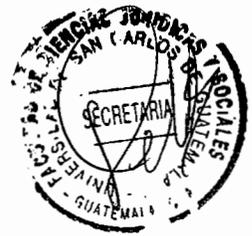
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



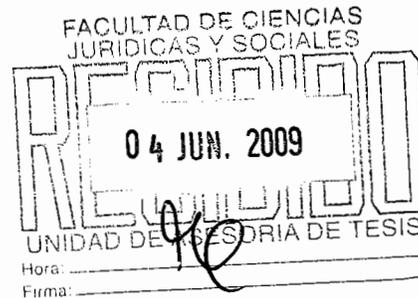
cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

LIC. SERGIO FEDERICO MORALES
7ª. CALLE "A" 12-33 ZONA 11, COLONIA ROOSEVELT
Tel. 24734210
Colegiado 3703



Guatemala, 04 de junio de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Según nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, revisé la tesis de la Bachiller: Keila Jemima Méndez Santos, titulada **"LA IMPORTANCIA DE LA PREPONDERANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, CUANDO DEBAN ADMINISTRARSE BIENES DEL PUPILO"**, por lo cual me es grato manifestarle que el trabajo de investigación abarca:

Un análisis sobre la necesidad de exigir para el ejercicio de la tutela, la garantía hipotecaria, y de esa forma proteger los bienes del pupilo.

Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo se empleó para determinar la importancia de exigir una garantía hipotecaria para poder ejercer la tutela, el método deductivo se utilizó para determinar las características de dicha garantía, y el método analítico dió a conocer lo fundamental de estudiar, analizar y dar a conocer a toda la población guatemalteca, las consecuencias que conllevan el ejercicio de la tutela, cuando el pupilo posea bienes que deban administrarse. Durante el desarrollo de la tesis se emplearon las técnicas documental y la de fichas bibliográficas con las cuales se recolectó la información doctrinaria necesaria y actualizada para la elaboración de la investigación.

La contribución científica del trabajo cuenta con validez, debido a que la sustentante enfoca con bastante propiedad durante todo el desarrollo de la investigación, criterios objetivos, certeros y actuales en lo que respecta al ejercicio de la tutela cuando deban administrarse bienes del pupilo.

La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis, las conclusiones y recomendaciones se relacionan entre si y con el desarrollo de la investigación realizada, pues el tema es abordado en forma



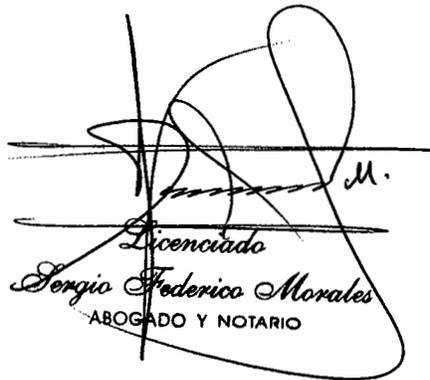
sistemática, de fácil comprensión y didáctica, alcanzando antecedentes, doctrina y regulación legal en la materia.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de tesis llena los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En consecuencia, encontrando que el trabajo de mérito fue elaborado con responsabilidad, esmero y cumpliendo con lo requerido por esa prestigiosa casa de estudios superiores, emito **DICTAMEN FAVORABLE** a efecto de que el trabajo sea discutido en Examen Público de Tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de consideración y respeto,

Deferentemente,



Licenciado
Sergio Federico Morales
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de enero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante KEILA JEMIMA MÉNDEZ SANTOS, Titulado LA IMPORTANCIA DE LA PREPONDERANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA, CUANDO DEBAN ADMINISTRARSE BIENES DEL PUPILO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA



- A DIOS:** Arquitecto del universo, omnipotente, dador de la sabiduría, que hoy recompensa mis esfuerzos estudiantiles.
- A MIS PADRES:** Lic. Bernardino Méndez Hernández y Blanca Rosa Santos Espinoza, por su infinito amor y apoyo incondicional, mi triunfo es su triunfo.
- A MIS HERMANOS:** Cesia, Karen, Loida, Pedro, Daniel y David, por el amor verdadero que he recibido en la trayectoria de mi vida.
- A MI ESPOSO:** Lic. Baudilio Portillo Illescas. Por apoyarme y ser el brazo que necesité cuando el camino era cuesta arriba, que este triunfo sea un tributo al sincero, leal e incondicional amor que me das, y que es bien correspondido.
- A MIS HIJOS:** Fares y Fernando, por llenar mi vida de luz y felicidad, que este logro sea su horizonte de superación que les permita llegar lejos, mucho más que yo.
- A MIS SOBRINAS:** Marion, Melani, Nahomi, Mafer, Vanesa y Sofia, por llenar mi vida de alegría.
- A MIS AMIGOS:** Hector Gustavo Barrientos, Lima, Licda. Ingrid Xuc, Farah Aquino, Mónica González, Dr. Renan Veliz y Licda. Ligia Pol, por ser parte importante en mi vida, en las buenas y malas situaciones, han estado conmigo.



A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, porque en sus aulas encontré la amistad y aprendizaje para obtener este logro.

A: La tricentaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, hermosa casa de estudios que ha colmado mi espíritu de sabiduría y ha hecho mi vida académica fecunda y hermosa, orgullo de mi país que hoy me entrega como profesional a la sociedad.

A: Usted que me acompaña en la celebración de este triunfo.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La tutela.....	1
1.1. Consideraciones generales de la tutela.....	2
1.2. Definiciones de la tutela.....	5
1.3. Características de la tutela.....	10
1.4. Clases de tutela.....	14
1.5. Elementos de la tutela.....	22

CAPÍTULO II

2. Ejercicio de la tutela y protutela.....	25
2.1. Componentes personales de la tutela.....	25
2.2. Instauración de la tutela.....	36
2.3. Inhabilidad para la tutela.....	39
2.4. Remoción de la tutela y protutela.....	40
2.5. Excusas para la tutela y protutela.....	41

CAPÍTULO III

3. Clases de garantías para el ejercicio de la tutela y protutela.....	45
3.1. Hipoteca.....	46
3.2. Prenda.....	54
3.3. La fianza.....	58
3.4. La garantía personal y la caución juratoria.....	70

CAPÍTULO IV

4. Exigibilidad de la garantía para el cargo de tutor y protutor.....	71
---	----



4.1. Patrimonio del pupilo	72
4.2. Ejercicio de la tutela y protutela	73
4.3. Análisis de los tipos de garantías	76
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN



Dentro del tema del ejercicio de la tutela y protutela, especial mención merece la constitución de la garantía que deba prestarse, específicamente cuando haya que administrarse bienes del pupilo, para lograr que su patrimonio no sea dilapidado.

El Código Civil guatemalteco, regula diferentes tipos de garantías, de las cuales el juez debe exigir una al momento de discernir el cargo de tutor y protutor.

De acuerdo a lo que preceptúa nuestra legislación, es el juez de familia quien debe establecer el tipo de garantía a exigir, al momento de discernir el cargo de tutor y protutor. Precisamente esa decisión en ocasiones genera controversia y deja en total desprotección al pupilo en cuanto a la buena y correcta administración de sus bienes.

En el presente estudio, se realiza el análisis de cada una de las garantías antes descritas, con la finalidad de establecer el por qué de la preeminencia de la hipoteca, como derecho real de garantía, respecto a las demás garantías que la legislación establece.

Dada la serie de aspectos positivos, la hipoteca ofrece mayores ventajas para proteger el patrimonio del pupilo, al momento de practicar la rendición de cuentas por parte del tutor y protutor.

Por ello, se realiza el presente estudio, para analizar las circunstancias que rodean el discernimiento del cargo de tutor y protutor, así como la exigibilidad de la garantía que deba prestarse cuando se administran bienes del pupilo.

Los supuestos que han servido de base para realizar la investigación del trabajo de tesis, se fundamentan en las consideraciones del daño que se puede producir al patrimonio del pupilo, si al momento de discernirse el cargo de tutor y protutor, no se



exige la prestación de la garantía de tipo hipotecaria, en atención a las ventajas ésta representa, respecto a las demás que el Código Civil regula.

El contenido del presente trabajo lo integran cuatro capítulos. En el capítulo primero se desarrollan los aspectos generales del tema de la tutela y protutela, visto desde la perspectiva doctrinaria; en el capítulo segundo se analiza lo concerniente al ejercicio de la tutela y protutela; en el capítulo tercero se desarrolla el tema de las clases de garantías que regula nuestra legislación civil, relacionadas con el ejercicio del cargo de tutor y protutor y; finalmente, en el capítulo cuarto se realiza el análisis de las ventajas que representa la exigibilidad de la garantía hipotecaria para discernir el cargo de tutor y protutor.

Los métodos utilizados para el desarrollo de la investigación básicamente han sido dos: en primer lugar el jurídico, dada la importancia de la investigación y, en segundo lugar el método deductivo, tomando en consideración lo amplio del problema planteado.

Las técnicas e instrumentos utilizados han sido las bibliográficas, las referencias legales y doctrinarias, las cuales han permitido el desarrollo del presente trabajo de tesis, y a través de las mismas se desprende la preponderancia de la hipoteca, como derecho real de garantía, en cuanto a la exigencia que a los tutores y protutores les es requerida, cuando deban administrar bienes del pupilo.



CAPÍTULO I

1. La tutela

Dentro de las instituciones tutivas que regula la legislación civil guatemalteca, específicamente la del área civil, encontramos la tutela, la cual según el Artículo 293, establece que la función principal es la del cuidado de la persona y sus bienes, visto desde la perspectiva de los menores de edad que no se encuentren bajo la patria potestad, así como también el que fuere mayor de edad, pero hubiese sido declarado en estado de interdicción y no tuviese padres.

Por consiguiente, el cuidado de la persona y de los bienes, son los dos ejes sobre los cuales se apoya la institución de la tutela, tanto para los menores de edad como para el caso especial de los declarados en estado de interdicción.

Bajo dicha perspectiva, el enfoque trascendental del presente estudio va orientado principalmente a la determinación de la protección de los bienes de la persona sujeta a la tutela, toda vez que en ocasiones podría verse dilapidado su patrimonio. Por lo tanto, el legislador dejó previstos ciertos requisitos que deben ser cumplidos para el discernimiento y aceptación del cargo de tutor, especialmente par amparar los bienes del pupilo.

Asimismo, dentro del presente estudio, se abordará el tema de la protutela, el cual es de especial importancia, sobre todo para la fiscalización del ejercicio de la tutela, así como para complementarla, toda en busca del beneficio del pupilo y de sus bienes, en cuanto a su correcta administración.

En consecuencia, inicio el estudio, a través de las generalidades doctrinarias de la tutela, su historia, definiciones y todos aquellos aspectos que conforman dicha categoría jurídica, sin dejar de lado, el análisis de nuestra legislación guatemalteca, especialmente lo que regula nuestro Código Civil.



1.1. Consideraciones generales de la tutela

En cuanto al aspecto histórico de los pueblos anteriores a la civilización romana podemos establecer que no era posible concebir una idea de tutela, pues que existiendo en los mismos la más cerrada organización patriarcal, los hijos eran considerados como una propiedad del pater, o en definitiva del grupo, y carentes, por tanto, de los derechos inherentes a la persona individual. No existiendo, pues, persona jurídica, sujetos de derecho, no era posible concebir una institución que tuviere por objeto la defensa de los mismos.

“El origen de la institución tutelar, 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. Y claro es que no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, pues después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejercitando 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 ese momento es cuando la institución de la tutela adopta el carácter con que modernamente la concebimos.”¹

Es la civilización griega, y más tarde la romana, las que establecen el punto histórico de arranque de este instituto, que ya en sus mismos derechos recibe esplendoroso

¹ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil*, pág. 226.



desarrollo. Pues la misma evolución de las ideas fue la encargada de marcar aún dentro de la larga etapa de estas legislaciones, una evolución verdaderamente admirable en este sentido. Es un primer momento, en efecto, se concibe la institución tutelar como un oficio público, cristalizado en una potestad por cuya virtud se defendían los intereses del grupo agnaticio, asegurando su derecho hereditario. Aunque la persona del pupilo ya contaba para articular otra, sin embargo, que la defensa de los intereses familiares; apenas si se tenían en cuenta las ventajas que la misma pudiera representar para la persona del incapacitado.

“En el curso del pensamiento romano va apuntando, no obstante, la idea de una función protectora del incapaz; y ese tránsito de principios se refleja en la famosa definición que centra en la institución las tres formas clásicas de constituirse: la disposición paterna, la aportación familiar y la disposición de la autoridad.

La institución tutelar se configura en Roma como una protección hacia la incapacidad normal. Para las situaciones de anormalidad, aparece al lado de la tutela otra institución defensora: la curatela, y así se distinguía la curatela del loco, la del pródigo y la de quienes habiendo salido de la pubertad no hubieren cumplido los veinticinco años.

Como las dos, tutela y curatela, eran instituciones de asistencia y protección, se intentó trazar una línea divisoria entre las mismas, diciendo al efecto los viejos romanistas que la distinción radicaba en que aquélla implicaba el cuidado de la persona y ésta la de los bienes; luego se dijo que el tutor defendía tanto a la persona como a los bienes, pero el curador sólo se ocupaba de éstos últimos. Pero a fines de la civilización romana se abre paso el principio de la representación, y con ello se da un nuevo sesgo al instituto. Después, el derecho germánico trae al ordenamiento de la tutela sus principios de organización familiar; más tarde el derecho intermedio aporta también nuevos trazos al organismo, que vuelve a partir diferenciándose en dos modalidades diversas que suponen una nueva aportación por el establecimiento de un órgano de vigilancia constante: la tutela de familia, propia del Código francés, con su esencialísimo órgano



del Consejo de Familia, y la tutela de autoridad, de patrón alemán, en la que el Estado encomienda a órganos suyos la dirección del mecanismo.”²

“En Roma, la tutela presenta ya el carácter de protección personal y de gestión patrimonial relativa a los menores impúberes, y para las mujeres, sujetas a tutela cualquiera fuera su edad, hasta la reforma en este punto, acaecida ya a fines del Imperio. El primitivo tutor ejercía el cargo en interés propio, para defender el patrimonio del pupilo, del cual era heredero presunto. Pero pronto adquiere el carácter actual; el de carga, aunque no pública, sino de interés público, para cuidar de los bienes, para que éstos sean entregados sin menoscabo y con el posible aumento al menor, al llegar a la pubertad. En tal sentido, la institución tutelar era ya concebida como la fuerza y potestad sobre una persona libre, acordada y autorizada por el derecho civil, para defender al que por razón de edad o sexo no puede defenderse por propia iniciativa.”³

Posteriormente, comenzó a considerarse y clasificarse la tutela en tres grupos o sistemas, los cuales se clasificaron así:

- a) Legislaciones que conciben la tutela como institución familiar, en la que el Consejo de Familia tiene parte preponderante; tales son la francesa, española, portuguesa e hispanoamericana.
- b) Legislaciones que la conciben como institución pública, ejercida por cuerpos judiciales o administrativos, en que la autoridad tiene la parte predominante: Alemania, Austria, Suiza, Holanda e Inglaterra.
- c) Tutela mixta.

Frente a las relaciones familiares, integran el derecho de familia las relaciones cuasi-familiares en las que no hay familia; pero, en cambio se da plena satisfacción a las necesidades que sólo en la familia tienen verdadera solución, sobre todo las concernientes a la asistencia y cuidado, protección y representación de aquellas

² Puig Peña, Federico, *Compendio de derecho civil español*, pág. 520.

³ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 234.



personas que por su situación de inferioridad no pueden bastarse a sí mismas, reciben el nombre de la institución tutelar.

A continuación, exponemos algunas de las definiciones de tutela, no obstante la variedad que existe de ésta, atendiendo a los diversos autores.

1.2. Definiciones de la tutela

Entre la serie de definiciones que existen en doctrina, relacionadas con la institución de la tutela, podemos mencionar entre las más destacadas a nuestro parecer, las siguientes:

La palabra tutela deriva de la voz latina tueor, que significa defender, proteger; tutelar por lo tanto significa: cuidar, proteger y ésta es cabalmente una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor, protegiendo los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales. Así, podemos expresar que el papel del tutor es el de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y su bienestar; y administrar el patrimonio del mismo de manera que rinda al máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo.

“En general, toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses. En lo jurídico, la suplencia de la patria potestad, en cuanto a la capacidad de un menor de edad. Por analogía, denominada curatela en los sistemas diversificadores, representación jurídica y cuidado de un incapaz. Ese concepto de tutela es el restringido, procedente del derecho romano, basado en la diferencia con la curatela. Con sentido unitario de protección y dirección personal del menor o incapacitado y de administración de sus bienes, la Academia entiende por tutela la autoridad que, en defecto de paterno o materna, se confiere para cuidar de la persona y

de los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil.”⁴



“La tutela es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes.”⁵

“La tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos. La tutela es una institución jurídica, es decir, la integran un conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran ese designio importantísimo de la asistencia normal de los jurídicamente incapaces. Esta institución es desde luego social, porque afecta a uno de los puntos más importantes del agregado humano que integra el cuerpo político, llenando uno de los vacíos que en el mismo se observan; es también moral, por cuanto da solución a gravísimos problemas de conciencia; es de matiz económico, porque gracias a ella se produce el cuidado de todo un patrimonio; pero ante todo es jurídica: nace en el campo del derecho, vive dentro de la ley y se matiza en el ramaje máspreciado del ordenamiento jurídico.

Esta institución se crea y organiza en las leyes para cuidar de la persona o patrimonio de un tercero. Es pues, una institución de defensa, de amparo, de cobijo o protección, similar a la otra gran institución de defensa: la patria potestad, con la que tiene muchos rasgos comunes, pero de la cual se diferencia principalmente en el diverso fondo que les da vida, pues en la patria potestad sólo haya una relación normal de padre a hijo; en la tutela hay una relación anormal de tutor a incapacitado, en la que faltan las bases de cariño de la primera.

Por eso la ley en lo concerniente a la tutela, previendo la condición de extrañío del tutor o, por lo menos, la falta en éste del intenso vínculo familiar que puede existir, exige que

⁴ Ibid, pág. 233.

⁵ Planiol, Macel, *Tratado práctico de derecho civil*, pág. 513.



se fijen con mayor rigor los límites de la autoridad tutelar y que se constituya un control más decidido de la misma. Las dos instituciones de defensa aparecen, una principal, y la otra como subsidiaria; no hay tutela cuando media la patria potestad, y sólo se puede organizar aquélla cuando falta ésta, bien por verdadera falta absoluta o inexistencia, como en el caso de muerte o declaración de fallecimiento, bien por impedimento legal de los padres, a base de la demencia o interdicción del poder paterno.”⁶

“La tutela es la responsabilidad de cuidar la persona y administrar los bienes de quienes no tienen capacidad para cuidarse a sí mismos, ni tienen a nadie que ejerza sobre ellos la patria potestad; o la responsabilidad de administrar los bienes de quienes por ser pródigos o ebrios habituales no pueden administrarlos.

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir su actividad jurídica.

La tutela es la institución necesaria y paralela de la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad y en este aspecto, cumple la misión de representar al incapaz actuando en su nombre.

Con respecto de los menores de edad, la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes o que, teniéndolos no pueden cumplir con la patria potestad.

La tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y de sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien no estando bajo la

⁶ Puig Peña, Ob. Cit; pág. 518.



patria potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo, por ser menor de edad o estar declarado como incapacitado.”⁷

Según la legislación de cada país, la tutela puede ir acompañada de las figuras siguientes:

- a) Consejo de Familia, integrado por ascendientes directos del menor de edad que ejercen las funciones de tutelaje o de defensores del menor. En otros países estas funciones las realiza el defensor judicial o el juez.
- b) El defensor judicial, que con independencia de a quien se encomiende la tutela, vigila el cumplimiento de las obligaciones del tutor en beneficio del tutelado.
- c) Tutela compartida por dos o más tutores. Esta se permite en algunas legislaciones y lo que se aconseja que uno de ellos gestione la tutoría de la persona y otro la del patrimonio.

“Notas institucionales. De la tutela moderna son caracteres: a) La obligatoriedad del ejercicio, sólo renunciable por determinadas excusas legales; b) Constituir público oficio, pero sin configurar cargo de igual índole; c) La gratuidad, compatible con cierta retribución cuando los bienes del pupilo lo permitan; d) La amplitud del poder otorgado sobre la persona del menor y los bienes de éste o del incapacitado; e) La unidad de ejercicio; f) El carácter orgánico, complejo al máximo en el Derecho español con el triple elemento personal de tutor, protutor y consejo de familia; pero que no excluye, en los más simples, la intervención judicial junto a las funciones del tutor.

Especies. Por la forma de discernirse la tutela, ésta se divide en testamentaria, legítima y dativa cuyo sentido se desenvuelve en voces inmediatas, en las cuales constan también otras variedades.

Sujeto pasivo. Están sujetos a tutela: a) Los menores de edad no emancipados legalmente -lo cual es incompleto, porque pueden estar sujetos a la patria potestad si

⁷ Ibid, pág. 519.



viven los progenitores y no hay tacha contra ellos-; b) Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir; c) Los que por sentencia firme hayan sido declarados pródigos; d) Los que estén sufriendo la pena de interdicción civil.”⁸

“Ejercicio. Estableciendo la estructuración general de la tutela, se declara que ésta se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y con intervención del consejo de familia. Todo ello configura pesada armazón, de trabas recíprocas y dilaciones sin cuenta, objeto de tantas censuras y de unánimes deseos de simplificación.

Gastos. Todos los que abone el tutor con cargo a los bienes del pupilo deben ir acompañados de sus documentos justificativos. Sólo puede excusarse ello en los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra a recoger recibos. Los gastos de rendición de cuentas de la tutela corren a cargo del menor o incapacitado. Además, el tutor ha de requerir autorización del consejo de familia para hacer gastos extraordinarios en los bienes que administre por razón de la tutela.

Normas internacionales privadas. La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de cada país. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley. Será aplicable la ley para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto a los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio.

Extinción: Se produce por las siguientes causas: a) En cuanto al tutor: por excusa legal, remoción o muerte; b) en cuanto al menor; por mayoría de edad, por matrimonio, habilitación de edad o muerte.

⁸ Cabanellas, Ob. Cit; pág. 234.



En el Derecho español, son admisibles todas esas causas; pero el legislador se limita a decir en que la tutela acaba: 1º. Por llegar el menor a la edad de dieciocho años, por la habilitación de edad y por adopción. 2º. Por haber cesado la causa que la motiva, cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos.”⁹

En cuanto a lo que regula la legislación civil guatemalteca, en el Artículo 293 del Código Civil se establece lo concerniente a la tutela: “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.”

Aunque la anterior se representa en sentido estricto una definición legal de lo que debe entenderse por tutela, nos da las generalidades de lo que ésta encierra, es decir los casos en los que procede y las personas que se encuentran sujetas a dicha institución; temas éstos que posteriormente desarrollaremos.

1.3. Características de la tutela

La tutela tiene varias características, de acuerdo a los diferentes tipos de clasificaciones que existen. Dentro de éstas, podemos mencionar las siguientes:

- a) **Cargo de interés público:** la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. Si quien es nombrado tutor se rehusare sin causa legal a desempeñar su cargo será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resultare para el incapacitado. A más de esta sanción, el tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto.

⁹ *Ibid*, pág. 235.



El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.

- b) Irrenunciable: Por ser un oficio considerado de interés público, quien está desempeñando la tutela no puede renunciarse a su cargo, sin causa aceptada por el Juez. Su renuncia injustificada traerá consigo sanciones.
- c) Temporal: El tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso según la persona que ejerce la tutela y con respecto también a las circunstancias del pupilo.

Si el pupilo es menor de edad, la tutela se extingue por alcanzar la mayoría, y así el tutor cesará en sus funciones.

El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge sólo tendrá obligación de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge.

- d) Excusable: Las personas pueden excusarse válidamente del ejercicio de la tutela:
 - Los empleados y funcionarios públicos;
 - Los militares en servicio activo;
 - Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
 - Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
 - Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela;



- Los que tengan sesenta años cumplidos;
- Los que tengan a su cargo otra tutela;
- Las personas que por su falta de ilustración, por su inexperiencia en los negocios por su timidez o por otra causa igualmente grave a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Las causas señaladas son simplemente enumerativas, no limitativas, pues la última fracción del propio dispositivo deja a discreción del Juez, cualquier otra circunstancia que pueda aducirse como excusa justificada para desempeñar el cargo de tutor. Pero en todo caso, el tutor debe exponer sus razones ante la autoridad judicial y ser ésta quien declare sobre la justificación de la excusa.

- e) La tutela es un cargo unitario: Esto significa que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos.

En ciertos casos, cuando existan intereses opuestos de dos o más incapaces sujetos a la misma tutela, el tutor pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces que él mismo designe, mientras decida el punto de oposición.

Si bien es cierto, que el incapaz no puede tener más de un tutor, también es verdad que el tutor puede serlo de hasta tres incapaces. Si éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un protutor a todos ellos, aunque sean más de tres.

Los nombramientos de tutor y de protutor de un incapaz deben recaer en personas distintas, es decir, que no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral.



- f) La tutela es un cargo remunerado: El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.
- g) El cargo de tutor será siempre con posterioridad a la declaración de interdicción del que va a quedar sujeto a ella:

Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga la ley. El estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, salvo el caso de la tutela de administración.

- La declaración de estado de minoridad o incapacidad puede pedirse:
- Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años;
- Por su cónyuge;
- Por sus presuntos herederos legítimos;
- Por el albacea;
- Por la Procuraduría General de la Nación.
- Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello.

- h) Cargo removible: Los tutores pueden ser removidos por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado, y no podrán ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo.

Una de las obligaciones que tiene el tutor es la de rendir al juez cuenta detallada de su administración sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo, y la falta de presentación de la cuenta motivará la remoción del tutor.

Y en caso de maltratos, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de mala administración de los bienes de éste, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador, de los parientes del incapacitado.



Los tutores y protutores para ser removidos de su cargo previamente deben haber sido oídos y vencidos en juicio.

1.4. Clases de tutela

- a) **Tutela testamentaria:** Los padres en ejercicio de las facultades que le concede la patria potestad, pueden designar tutor para sus hijos, para que ejerza este cargo después de su fallecimiento; tal designación puede hacerla cada uno de los padres, en su testamento o en escritura pública. Si cada uno de ellos, en actos separados, ha designado tutor, se nombrará como tal, al elegido por el progenitor que ha muerto en último término.

“Tutela testamentaria. La discernida de acuerdo con el nombramiento que el padre o la madre hacen en su testamento, y que puede recaer sobre cualquiera persona con capacidad de obrar y que no está excluida por la ley. Por extensión, la determinada en documento público, para que surta efecto después de la muerte, y que tales efectos han de estimarse cual disposición mortis causa y, por tanto, testamentaria. La que el legislador califica de tutela dada por los padres.

Graduación. El Código Civil, reconoce la primacía de este nombramiento; a falta del cual se recurre a la tutela legítima, discernida por la ley a los más cercanos parientes; y últimamente a la tutela dativa, que los parientes o el juez encomiendan a la persona hábil que estimen conveniente y acepte.

Régimen reformado: Tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos o ya algunos de los ilegítimos a quienes, están obligados a alimentar. En todo caso será preciso que la persona a quien se nombre tutor o protutor no se halle sometida a la potestad de otra.



La innovación legislativa, que ha ampliado las atribuciones tutelares de las viudas de las hermanas casadas, releva aquí de la aprobación del consejo de familia en caso de madre y tutora que contrajere nuevas nupcias.¹⁰

“Peculiaridades en la designación. Pueden también nombrar tutor a los menores o incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia. Para surtir efecto la designación, deberá el consejo de familia haber aceptado la herencia o legado.

Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos o uno para todos; y hacer diversos llamamientos para que se substituyan unos a otros. En caso de duda se supone nombrado un solo tutor para toda la prole, y el primero de los incluidos en el documento. De haber propuesto o nombrado varios tutores para igual persona, se discernirá el cargo: 1º. Al elegido por el padre; 2º. A aquel designado por la madre; 3º. Al nombrado por el extraño -en que comprende cualquiera, aun pariente distinto de los progenitores- que haya instituido heredero al menor o incapaz, de ser importante la herencia; 4º. Al indicado por quien deje al tutelado mando de importancia. En los últimos dos casos ante pluralidad sucesoria, el consejo de familia elige entre los tutores.

Relevo. Cuando, en ejercicio un tutor, aparezca el nombrado por el padre -y también ha de extenderse al de la madre-, se le transfiere inmediatamente la tutela, pero si el tutor aparecido es el designado por un extraño, se limitará a administrar los bienes en que al menor se le haya instituido como sucesor universal o singular, hasta que dure la tutela, en que se le concederá el desempeño del cargo. Eso de administrar los bienes del que lo haya nombrado integra, aunque no se quiera decir, la simultaneidad tutelar.¹¹

En nuestra legislación, en el Artículo 297 del Código Civil se establece lo relacionado con la tutela testamentaria en los términos siguientes: “Testamentaria.

¹⁰ Ibid, pág. 237.

¹¹ Ibid, pág. 238



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.”

- b) Tutela legal: Si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes, o sea, los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos. Obviamente, entre estos parientes, el juez elegirá al que resulte más idóneo para atender al menor y sus intereses económicos.

Al respecto en nuestro Código Civil, en el Artículo 308 se regula lo concerniente a éste tipo de tutela: “Tutores legales. Los directores y 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.”

- c) Tutela dativa: Si no existe ninguno de los parientes o si el juez encuentra que ninguno de ellos es idóneo para ejercer el cargo, será él quien directamente designará el tutor. El juez no podrá nombrar a los que fueren deudores, acreedores o socios suyos, ni a sus parientes dentro del cuarto grado, ni a sus amigos íntimos, ni a los parientes de éstos hasta el cuarto grado, ni tampoco a las personas que tuviesen algunas de esas vinculaciones con otros miembros de los tribunales de la misma jurisdicción donde actúa el juez que hace el nombramiento.

“Tutela dativa. La discernida por designación judicial o del Consejo de familia, y no por disposición testamentaria ni por ministerio de la ley; con lo cual se diferencia tanto de la tutela testamentaria como la tutela legítima. Constituye el recurso final



cuando los ascendientes no nombran tutor a sus hijos, y si las previsiones legales no hallan cercanos parientes para concretarse, o éstos son incapaces o se excusan, en esta causa.

Concorde con ese concepto, el Artículo 231 del Código Civil español, declara que la tutela dativa corresponde discernirla al Consejo de familia. Ahora bien, el juez municipal que descuide la reunión de ese organismo, en cualquier caso en que deba proveerse de tutor a los menores o incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios a que de lugar su negligencia. Esta tutela sólo tiene la especialidad del nombramiento; porque el tutor está sujeto a iguales deberes y cuenta con los mismos derechos que en caso de designación familiar o legal.¹²

- d) Tutela especial: Esta tutela se establece para un negocio especialmente determinado. Es así que se designará tutor especial al menor, aún estando bajo la patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres o al menor que tiene tutor, cuando sus intereses económicos están opuestos a los del tutor, o a los de otro pupilo de su tutor. Cuando el tutor es designado para actuar en juicio en representación del menor, toma el nombre de tutor ad litem.

“Tutela especial. Este tecnicismo es propio del Código Civil Argentino, que recurre a él, con acierto, para englobar una serie de situaciones peculiares, y que no entran dentro de las tutelas genéricas ni merecen tratamiento independiente. El nombramiento de los tutores respectivos, para los menores por supuesto -dada la existencia de la curatela en la legislación Argentina-, corresponde al juez en estos casos: 1º. Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres, a cuya potestad se hallen sujetos; 2º. Cuando el padre o la madre pierdan la administración de los bienes filiales; 3º. Cuando los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponda a los padres; 4º. Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de su tutor general o especial; 5º. Cuando sus

¹² Ibid, pág. 235.



intereses pugnen con los de otro pupilo sujeto al mismo tutor, o con los del incapaz del cual sea curador aquél; 6º. Cuando adquieran bienes con cláusula de administrados por tutor; 7º. Cuando tengan bienes fuera de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser administrados debidamente por el tutor; 8º. Cuando hubiese negocios o se trate de objetos que exijan especiales conocimientos o administración distinta. Se trata, pues de casos de administraciones limitadas y de defensa especial en juicio.”¹³

De manera escueta nuestra legislación civil regula lo concerniente a la tutela especial. Así en el Artículo 268 se preceptúa lo siguiente: “Tutor especial. Si surgiere conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad, o entre ellos y los padres, el juez nombrará un tutor especial.”

- e) “Tutela de hecho. El cuidado de un menor o incapaz y la administración de sus bienes hecha por quien carece de derecho o título legal para ejercer tal potestad y representación; pero con apariencia protectora, ejercicio de funciones, asunción de responsabilidades y continuidad. Como antecedente de esta situación irregular, pero bien intencionada y provechosa para los que han menester de defensa personal o patrimonial, se cita la protutela romana, gestión de buena o mala fe de los bienes ajenos, pero por iniciativa privada.

Casos. Dentro del Derecho español son tutelas de hecho: 1º. La del tutor declarado incapaz por el Consejo de familia y que sigue no obstante desempeñando el cargo hasta el nombramiento del sustituto; 2º. La del que sigue ejerciendo el cargo de tutor de quien ha llegado a la mayoría de edad, pero es loco, prodigo o está sujeto a interdicción; 3ª. La del tutor nombrado por el Consejo de familia y que haya actuado antes de remover el anterior.

¹³ *Ibid*, pág. 237.



Facultades. Como prolongación de los deberes legales, como gestión de negocios ajenos, como mandato, el tutor de hecho se encuentra obligado a administrar los bienes del pupilo o incapaz con diligencia de un buen padre de familia, y responde de los perjuicios y daños que origine.

Ámbito. Entre tutela de hecho o adopción irregular cabe estimar las situaciones de los que recogen a menores huérfanos o abandonados -sobrinos especialmente- o a desvalidos del todo, y de los cuales cuidan con altruismo e incluso manejan sus intereses, en caso de existir los de índole económico.

La finalidad de los poderes públicos en tales situaciones debe consistir en favorecer esas protecciones, por espontáneas, dignas de consolidarse, encuadrándolas dentro de una posesión de estado pupilar.

Situación intermedia. Aún ejercidas innumerables tutelas por aquellos a quienes corresponde legítimamente su desempeño, tanto ante las orfandades de los menores como en los supuestos de incapacidades, sobre todo físicas, de mayores, integran esta especie de las de hecho cuantas no han sido inscritas en el respectivo Registro, allí donde es obligatorio, o no han ido precedidas de la pertinente declaración judicial de incapacidad.

Funcionan, con evidente mayoría en casi todas partes, cuando los pupilos no poseen patrimonio ni realizan actos de trascendencia jurídica calificada que imponga la intervención prevista legalmente para concertarlos o convalidarlos.¹⁴

- f) "Tutela de los menores. Es la tutela normal; pero requiere que sean huérfanos de padre y madre o que ni uno ni otro tengan capacidad para ejercer la patria potestad. En algún sistema arcaico, como el francés, la madre viuda es tutora de sus hijos, por no quererle reconocer la patria potestad.

¹⁴ Ibid. pág. 235.



La tutela de los menores, no emancipados ni sujetos a la patria potestad, es regulada con preferencia en los textos legales, y hasta exclusivamente en donde curatela se reserva para los mayores de edad en los cuales concurre alguna circunstancia que limita su capacidad de obrar.

Corresponde esta tutela, en primer término a lo previsto por los padres en testamento o acto solemne y no revocado, a falta de previsiones paternas y maternas, o de no poder aceptar o no querer desempeñar el cargo los que cuenten con excusa legal, entra en vigor el orden de llamamientos de la tutela legítima, fundada en la proximidad de grado, en la preferencia de los varones, en la de la línea paterna sobre la materna y en el de más edad dentro de los hermanos. Resultando imposible proveer la tutela según esta forma y la anterior testamentaria, procede la tutela dativa, inagotable porque recae sobre lejanos parientes o extraños cualesquiera, según designación del Consejo de familia o del juez.¹⁵

- g) Tutela de los sujetos a interdicción. La de índole patrimonial, a consecuencia de que la pena de interdicción civil priva al condenado, entre otros derechos, del de administración de sus bienes y de la facultad dispositiva sobre los mismos por acto inter vivos. A un lado la sanción moral que significa para el delincuente, es una medida protectora para él mismo por cuanto suele recaer sobre los que están sufriendo penas privativas de libertad, lo cual los restringe materialmente para posibles actos de enajenación y para la continuidad en la explotación y conservación de su patrimonio y del de las personas antes dependientes de ellos en lo conyugal y en lo filial.

Actuación de oficio. Una vez firme la sentencia que imponga la pena de interdicción civil, a la Procuraduría General de la Nación corresponde que se dé cumplimiento a las disposiciones legales relativas al nombramiento de tutor y a la constitución del Consejo de familia. De no hacerlo, incurre en responsabilidad por los daños y

¹⁵ Ibid, pág. 236.



perjuicios que sobrevengan. El cónyuge y los herederos ab intestato del penado pueden pedir también tales designaciones.

Delación. La tutela de los sujetos a interdicción se confiere por el siguiente orden: 1º. Al cónyuge no separado; 2º. Al padre y, en su caso, a la madre; 3º. A los hijos, con preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer, y sobre el menor del mayor; 4º. A los abuelos, antes que a las abuelas, y con prelación de la línea paterna sobre la materna; 5º. Al mayor de los hermanos de doble vínculo; y, a falta de estos, a los consanguíneos o uterinos; 6º. A las hermanas por el mismo orden.

Contenido. Esta tutela se limita a la administración de los bienes y a representación en juicio del condenado. Además, y hasta que se les provea de otro tutor, el del recluso ha de cuidar de la persona y bienes de los menores e incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto a interdicción.

La mujer del penado ejercerá la patria potestad -interina en este caso- sobre los hijos comunes, mientras dure la condena.

De ser la esposa la condenada, el consorte no ve afectada su preferente potestad paterna, y amplía la marital, convertida en tutela patrimonial. Además, con lenguaje impreciso, se agrega que, de ser menor, obrara bajo la -dirección- ¿a su vez tutela?, ¿resurrección de la potestad, por la yacente autoridad marital? o ¿consejo sin obligatoria trascendencia jurídica? del padre; faltando éste, de la madre; y si no, del tutor propio.

Extinción. Por la singularidad de esta tutela, su término puede producirse de manera normal, por el cumplimiento de la pena de interdicción, sea principal o accesoria, o por alguna circunstancia súbita, como una amnistía. Aún no estableciéndolo ni el legislador sustantivo ni el adjetivo expresamente, ha de entenderse que la extinción



tutelar se produce ope legis, por la notoriedad o la fácil comprobación de haberse recuperado la capacidad patrimonial.”¹⁶

En el Artículo 301 del Código Civil guatemalteco, se regula la tutela de los declarados en estado de interdicción. “Tutela de los declarados en estado de interdicción. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde:

- a) Al cónyuge;
- b) Al padre y a la madre;
- c) A los hijos mayores de edad; y
- d) A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.”

1.5. Elementos de la tutela

Dentro de los elementos que conforman la institución de la tutela, de manera general podemos mencionar que ésta se integra por el elemento subjetivo, objetivo y el formal; los cuales de manera concreta los resumimos así:

- a) Subjetivo: Dentro de éstos elementos se encuentra, el pupilo, tutor, protutor y sujetos pasivos de la tutela.

Tutor: Es la persona que representa al menor, obra en su nombre, maneja y dirige su patrimonio. Es nombrado para cuidar de la persona y de los bienes del pupilo, se constituye como su representante legal.

Protutor: Persona que se encarga de las funciones de vigilancia de las acciones de representación y administración del pupilo y de sus bienes por parte del tutor, es decir, es el fiscalizador.

¹⁶ Ibid. pág. 237.



Pupilo: Persona menor sobre la que se ejerce la tutoría o protutoría. Es el menor que no se halle bajo la patria potestad o del mayor que halla sido declarado en estado de interdicción y sujeto a la tutela.

Sujetos pasivos de la tutela: Siendo la tutela una institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad, se determina que los sujetos pasivos de la tutela son los incapacitados en general.

En derecho toda persona es capaz, excepto aquella que específicamente señala la ley como incapaz. La capacidad es la regla, la incapacidad, la excepción.

La determinación de quiénes se encuentran sujetos a tutela requiere de una fijación expresa. Así se señala en el Código Civil guatemalteco; de forma limitativa quiénes tienen incapacidad:

Los menores de edad, los mayores de edad, con incapacidad o discapacidad originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial que les impida gobernarse por sí mismos o no puedan manifestar su voluntad por algún medio, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

La incapacidad por minoría de edad no requiere más que la prueba de la misma ante la autoridad judicial. Una prueba fehaciente es el acta de nacimiento expedida por el Registrador Civil; a falta de la misma, la prueba se obtendrá por el examen personal del menor de edad, por información de testigos, con o sin asistencia de la Procuraduría General de la Nación.

El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, estará sujeto



a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayoría de edad. Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores. Esta interdicción no cesará sino por muerte del incapacitado o por sentencia definitiva que se pronuncie en el juicio correspondiente.

Para que un mayor de edad sea declarado incapaz necesita llevar un juicio de interdicción en el que se seguirán todas las formalidades.

- b) **Objetivo:** Es la creación de un vinculo en virtud del cual menores no sujetos a patria potestad o adultos que están en estado de interdicción, quedan sujetos a la guarda y cuidado de una persona llamada tutor.
- c) **Formal:** Lo constituye las clases o formas de establecer el elemento objetivo; tal es el caso de: la tutela testamentaria, legítima, judicial, específica, legal y especial.

CAPÍTULO II



2. Ejercicio de la tutela y protutela

En el presente capítulo, se analiza la forma en que se da el ejercicio de la tutela y protutela, de acuerdo a lo que la doctrina civil informa, pero especialmente atendiendo a lo que regula nuestro Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106.

A partir del Artículo 319 del Código Civil se establece lo referente al ejercicio de la tutela y protutela, a efecto de proporcionar protección y cuidado a la persona del pupilo, así como la correcta administración de sus bienes, para que éstos no sean dilapidados.

En consecuencia, analizo los aspectos que determinan a nivel legal el ejercicio de la tutela y protutela, especialmente la testamentaria, la legítima y la judicial; no obstante la existencia de la específica, la legal y la especial, las cuales en menor medida se presentan.

2.1. Componentes personales de la tutela

No obstante lo anotado en el capítulo anterior con relación a los elementos de la tutela y protutela, se hace énfasis en los elementos personales; toda vez que de ello se desprende el fiel cumplimiento de los fines que persigue dicho instituto jurídico.

a) "Tutor. Quien ejerce la tutela; el encargado de administrar los bienes de los incapaces y de velar además por las personas de los menores no emancipados ni sujetos a la patria potestad, y de ciertos incapacitados. Al unificar el concepto de gestor tutelar, la persona que desempeña las funciones que antiguamente o en otras legislaciones le están asignadas al curador. Defensor, protector o amparo.

Nombramiento. El tutor es nombrado por los padres del menor o incapaz -tutela testamentaria-, por la ley - tutela legítima- o por el juez o el Consejo de familia -



tutelar dativa-; tres especies fundamentales de la tutela por el discernimiento, y que determinan las tres clases de tutor testamentario, legítimo y dativo.

Carácter. El tutor es un suplente de la patria potestad de los menores, y un complemento de la capacidad de obrar en los incapacitados.

El cargo del tutor es personal, obligatorio, irrenunciable -salvo justa excusa-, retribuido unitario y responsable.

Incapacidad. No pueden ser tutores: 1º. Los sujetos a tutela; 2º. Los penados por robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores o escándalo público; 3º. Los que estén cumpliendo condena temporal; 4º. Los removidos legalmente de una tutela anterior; 5º. Las personas de mala conducta o que no tengan manera de vivir conocida; 6º. Los quebrados y concursado no rehabilitado; 7º. Los que, sobre estado civil, tengan pleito pendiente con el menor; 8º. Los que litiguen con el menor sobre propiedad de sus bienes, a menos de saberlo los padres y autorizarlos; 9º. Los que deban al menor sumas de consideración, también con la excepción del consciente nombramiento paterno; 10. Los parientes y el tutor testamentario que hayan descuidado la obligación de constituir el Consejo de familia; 11. Los religiosos profesos; 12. Los extranjeros no residentes.

De tales causas, las seis primeras, la 7ª. 11 y 12 son motivo también de remoción cuando se incurra en ellas después de la tutela. También serán depuestos los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el Consejo de familia y pedido el nombramiento de protutor, o sin haber afianzado la tutela cuando pertenezca; los que no hagan el inventario, o falten a la fidelidad en el mismo; y los que se conduzcan mal en el desempeño de la misma.¹⁷

¹⁷ Ibid. pág. 238.



“Excusas. En la voz especial excusa de tutela, se indican las causas principales de ellas; a las que han de agregarse dos, una omitida en el Derecho español; declarar el nombrado que se encuentra incurso en una incapacidad -pues su silencio quizás podría llevar a un ejercicio inobjeto de la tutela, por ignorancia general de la tacha- y la de no ser pariente del menor o incapacitado si en el territorio del tribunal que difiere la tutela existen parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar el cargo.

Obligación preliminar. El tutor, antes de empezar a ejercer sus funciones, debe prestar fianza, cuando no esté exento de ello.

Ejercicio. Las funciones del tutor no pueden iniciarse antes de que el Juez de familia le dé posesión. Como resumen de sus trascendentes facultades, se expresa que el -tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición de la ley pueden ejecutar por sí solos-.

Los menores o incapacitados deben respeto y obediencia al tutor; y éste podrá corregirlos moderadamente. Sin duda, como tal -corrección- es un eufemismo por pegar, entendemos que no cabe con los incapacitados, mayores de edad y excluidos de las tundas paternas, cuanto más de las extrañas.”¹⁸

“Obligaciones. Además de las ya expuestas, están: 1ª. Alimentar y educar al menor o incapacitado, con arreglo a su condición y según las disposiciones de los padres o las del Consejo de familia; 2ª. Procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del sordomudo, loco o demente, que estos adquieran o recobren la capacidad; 3º. Hacer inventario de los bienes a que se extiende la tutela, en el plazo que se establezca; 4ª. Administrar el caudal de los menores o incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia; 5ª. Solicitar oportunamente la autorización para lo que la precise; 6ª. Procurar la intervención del protutor cuando corresponda.

¹⁸ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, pág. 239.



Limitaciones. No puede hacer el tutor sin autorización de quien corresponda: Imponer menor castigo corporal y los de retención casera o detención en establecimiento especial; 2º. Darle carrera u oficio, de no estar resuelto por los padres, o para modificar lo dispuesto por ellos; 3º. Recluir al incapaz en establecimiento de salud, a menos de ser el tutor el padre, la madre o algún hijo. 4º. Continuar el comercio o la industria a que el incapacitado o sus ascendientes o los del menor hubieran estado dedicados; 5º. Enajenar o gravar bienes del capital de los menores o incapaces y hacer actos o contratos sujetos a inscripción; 6º. Colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela; 7º. Proceder a la división de la herencia o de otra cosa común del tutelado; 8º. Retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses; 9º. Dar y tomar dinero a préstamo; 10. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las donaciones; 11. Hacer gastos extraordinarios en las fincas; 12. Transigir y comprometer en árbitros las cuestiones del tutelado; 13. Entablar demandas en nombre de los sujetos a tutela y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubieran sido condenados, pero con excepción de las demandas y recursos en juicios verbales.¹⁹

“Prohibiciones. Entre las referentes a los tutores se encuentran: 1ª. Donar o renunciar cosas o derechos pertenecientes a los tutelados; 2ª. Cobrar de los deudores del menor o incapaz, sin intervención del protutor; 3ª. Hacer pago, sin el protutor de los créditos que le corresponda; 4ª. Comprar por si o por medio de otra persona los bienes del tutelado, a no contar con expresa autorización del Juez de familia.

Retribución. Contra la gratuidad de algunas legislaciones, como la francesa y la alemana, en que indirectamente se abonan a los tutores los gastos de gestión -aun sin ser desembolsos monetarios-, el Código Civil español, establece la retribución del tutor a costa de los bienes del tutelado. De no haberla fijado los que nombren el

¹⁹ Ibid, pág. 240.



tutor testamentario, y siempre en la tutela legítima o dativa, la señalará el Consejo de familia teniendo en cuenta el caudal del tutelado y el trabajo del tutor en su administración.

Restricciones. El tutor no puede casarse con su pupila o tutelada hasta fenecida la tutela y aprobadas las cuentas. Igual lapso existe para que pueda adoptar al pupilo. El tutor interviene para la concesión del consentimiento para que el menor o el incapacitado sea adoptado por otra persona, que en caso afirmativo extingue la tutela.

Responsabilidad. A los tutores que no hayan empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, corresponde la responsabilidad civil del causado por los menores o incapacitados sujetos a su autoridad y que vivan en su compañía.

Procesalmente, en cuanto a las resultas de la tutela, las acciones que por razón de la misma correspondan al menor, para exigir responsabilidades, y al tutor, para reclamar reintegros justos o debidos intereses, prescriben a los cinco años de finalizada la tutela.²⁰

“Término. El cargo de tutor, además de la remoción o substitución por el preferente, concluye por las distintas causas expresadas acerca de la extinción de la tutela, término que lleva consigo la rendición pertinente sobre la cuenta de tutela.

Aspectos penales. Uno de los efectos penales de interdicción civil consiste en privar de sus funciones a los tutores en quienes recaiga. El tutor que se interese ilícitamente y en provecho propio de algún contrato u operación con bienes de sus pupilos, incurre en la penalidad para los fraudes y exacciones ilegales.

²⁰ Ibid, pág. 240.



Las lesiones menos graves inferidas a los tutores, por los sujetos a su potestad, se penan siempre con prisión menor; excepto la exención derivada de tener menos de 16 años el pupilo. Es penado como autor el tutor que, con abuso de su autoridad, coopere como cómplice en la perpetración de los delitos contra la honestidad de que sean víctimas sus tutelados. Cualifica el estupro el cometerlo el tutor, que sufre entonces pena de prisión menor.

Con arresto mayor y multa se sanciona al tutor que deje de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a su cargo. Con arresto menor y multa sanciona diversas faltas de los tutores, en relación con el trabajo, moralidad y cuidado de los pupilos.²¹

En nuestra legislación se establece que el tutor es el representante legal del menor o incapacitado. Tal expresión concuerda con la protección que a nivel constitucional se brinda a los menores de edad, así como a los incapacitados.

Así, en el Artículo 55 de la Constitución Política de la República se establece: "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, educación y seguridad y previsión social."

En el mismo orden de ideas en cuanto a la protección, en lo relacionado con los declarados en estado de interdicción sujetos a la tutela, guarda cierta relación el Artículo 52 de la Constitución Política de la República. "Minusválidos. El Estado garantiza 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 integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios."

²¹ *Ibid*, pág. 241.



En cuanto a lo que establece el Código Civil, en el Artículo 294 se regula: “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.”

El Artículo 295 del Código Civil establece que “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.”

- b) “Protutor: Cargo creado para ejercer funciones de intervención individual en la tutela de menores e incapacitados. En cierto modo constituye un órgano de vigilancia del tutor.

En el Derecho galo, el -protuteur-, que puede traducirse por protutor, constituye en realidad el tutor o administrador específico de los bienes coloniales de un menor residente en Francia; o el de los bienes metropolitanos de un menor francés domiciliado en las colonias. En la legislación francesa, la pieza tutela equivalente al genuino protutor hispánico se designa como tutor subrogado.

Función. Este órgano, desconocido en la generalidad de los códigos hispanoamericanos, constituye un engranaje más que complica la recargada tutela española. El cargo lo admiten también el Código Civil portugués y el italiano.

El protutor es un vigilante o centinela del menor contra su tutor infiel o negligente, y da el grito de alarma al Consejo de familia para prevenir el daño en el momento mismo que amenaza.

Nombramiento. El protutor es nombrado por el testador o elegido por el Consejo de familia. Es pues, testamentario o dativo, pero nunca legal.

Como principales disposiciones con respecto al protutor figuran, además de su necesidad, y no ser renunciable el nombramiento sino por causa legítima, que el



tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin haber sido nombrado el protutor. El nombramiento de este no puede recaer en parientes de la misma línea que aquel.”²²

“Obligaciones. Son obligaciones las principales del protutor: a) Intervenir en el inventario de los bienes del menor -o incapacitado, cabe agregar- y en la constitución de la fianza, cuando proceda; b) Sustentar los derechos del menor o incapacitado, en juicio y fuera de el, cuando se opongan a los intereses del tutor; c) Llamar la atención del Consejo de familia cuando la gestión del tutor le parezca perjudicial para la persona o bienes del tutelado; d) Promover la reunión del Consejo de familia para nombrar nuevo tutor, por vacante o abandono del cargo; e) Responder de los daños y perjuicios que irroque por su imprevisión o negligencia.

Aspectos varios. El protutor tiene voz, pero no voto, en las reuniones del Consejo de familia. Le alcanzan las mismas incapacidades, excusas y causas de remoción que al tutor.

Mientras se constituye la fianza, el protutor ejerce los actos administrativos indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos.

El protutor debe en su caso pedir la constitución de la hipoteca dotal. No puede el protutor comprar bienes de la persona que está bajo su protutela.”²³

En cuanto a la figura del protutor, de manera precisa en el Código Civil en los Artículos 304 y 305 se establece el resumen de sus funciones y obligaciones. Artículo 304 del Código Civil: “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 notoria honradez y arraigo.”

²² Ibid. pág. 490.

²³ Ibid, pág. 492.



Artículo 305 del Código Civil: “El protutor está obligado:

A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación 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.”

“La necesidad de ejercer una vigilancia constante sobre los actos realizados por el tutor, hizo pensar a los legisladores en la conveniencia de introducir en el complejo organismo tutelar una institución especial que llenase ese cometido. Esta nueva pieza de aquella maquinaria no tenía antecedente alguno. Algunos autores entendieron que la recepción en la legislación de la figura del protutor respondió a la ascendencia directa del Código de Napoleón, que a su vez lo tomo del derecho consuetudinario francés que, en efecto, reconocía junto al tutor la existencia de otros organismos, cuales eran el protutor, con funciones limitadas a la administración de bienes del pupilo existentes en las colonias. Sin embargo, otros tratadistas prefieren situar la línea de influencia en el Código de Portugal.

Sea cual fuere su origen, lo cierto es que esta institución en todo momento ha merecido una crítica francamente desfavorable, puesto que para algunos sus resultados en la práctica han dejado mucho que desear, no por vicios intrínsecos de la institución misma, sino por lo que pudiera llamarse impurezas de la realidad, dado que ésta se ha encargado, debido, sin duda a la falta de civismo de nuestra psicología, y en general a las malas costumbres sociales, a que este cargo, cuya implantación estaba bien ordenada, no de en la práctica los saludables efectos que sus inspiradores desearon.²⁴

²⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho mexicano*, pág. 506.



“Puede definirse al protutor como aquella persona que las leyes sitúan cerca del representante del incapaz para realizar una vigilancia concreta y específica de la gestión realizada por éste, y que el juez de familia no puede realizar por sí mismo. Además de esta función inspectora, tiene el protutor la función de sustituir al tutor en caso de oposición de intereses y la llamada función de intervención, que exige la concurrencia del protutor en aquellos casos de trascendencia en los que los fraudes son particularmente fáciles, como ocurre con la formación de inventario y la constitución de la fianza y las funciones de mediación entre el tutor y el juez de familia, cuya reunión debe promover para el nombramiento de nuevo tutor cuando la tutela quede vacante o abandonada, y al que debe llamar la atención cuando la gestión del tutor le pareciere perjudicial a la persona o a los intereses del menor.

El cargo de protutor, igual que el de tutor, precisa de ciertas características y singularidades que lo matizan con insólito relieve. La legislación y la jurisprudencia señalan las notas fundamentales siguientes: El cargo de protutor es personal, no pudiendo, por consiguiente el protutor delegar sus funciones en persona extraña y mucho menos en persona que pertenezca a la misma línea del tutor; tan solo le está permitido valerse en su cometido de auxiliares de cumplimiento, encomendando a éstos la realización de operaciones materiales que no supongan nunca el traspaso jurídico de sus facultades de gestión e inspección. Es obligatorio y no renunciabile sin justa causa. Es gratuito, toda vez que la ley a diferencia del tutor, no señala retribución alguna para el protutor. Las mismas causas de incapacidad, excusa o remoción que la ley establece en cuanto a los tutores son aplicables a los protutores, a los que además afecta la incapacidad aludida, de no poder pertenecer a la misma línea del tutor.”²⁵

Integran las funciones del protutor las que dicen que se encuentra obligado a: intervenir en el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar a ella. A sustentar los derechos del menor, en juicio y

²⁵ Ibid, pág. 568.



fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor. A llamarla atención de la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial a la persona o a los intereses del menor. A promover el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante o abandonada. Además de ejercer las funciones que la ley establece.

- c) “Pupilo. El huérfano menor de edad, en relación con su tutor. Huésped que abona hospedaje en casa particular. Colegial interno en un establecimiento de enseñanza elemental o secundaria. Cuando, además de las clases, sólo permanece en el establecimiento durante la comida del mediodía, se le denomina medio pupilo o medio pensionista. Antiguamente, pupilo significaba niño de corta edad, y comprendía en general a todos los impúberes.

En Derecho Civil. El Código Civil español, el ocuparse de la tutela, desdeña esta voz y casi no emplea otra que la de menor; sin embargo, aparece en el texto al menos cuando se declara que la disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor, hecha antes de aprobadas las cuentas definitivas, no surte efecto, aun muriendo el testador después de la aprobación.

En el Derecho Penal. En el Código Penal español, se establece la responsabilidad civil subsidiaria de los tutores por los pupilos, salvo proceder muy diligente.”²⁶

De manera escueta, en el Artículo 331 del Código Civil se hace alusión a la figura del pupilo: “El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece.”

²⁶ **Ibid**, pág. 520.



2.2. Instauración de la tutela

Sobrevenida la situación de hecho que da lugar a la constitución de la tutela, y hecho del conocimiento del juez, viene la fase de la designación del tutor. Ahora bien, el juez de familia, para designar a la persona del tutor puede encontrarse ante ciertas situaciones. Puede existir un tutor ya designado por el padre, madre o extraño, los que, previendo la situación de su fallecimiento, hayan nombrado en testamento persona que a su juicio debe merecer el honor y la carga de asumir el cuidado de la persona y bienes del menor o incapacitado que no se halle bajo la patria potestad.

También puede suceder que los padres nada hayan dispuesto; pero ello no obstante, los menores e incapacitados tengan parientes cercanos, a quienes la ley, por una evidente presunción de afecto, señala para el ejercicio de la tutela.

Al no existir disposición testamentaria en particular, ni tampoco el menor de edad o incapacitado tenga parientes, la situación cambia, puesto que no existe tutor, en consecuencia el juez ha de nombrarlo.

De estas consideraciones se derivan las tres principales clases de tutela en orden de la designación de la persona o personas que han de ejercer la función tutelar. Así, nuestro Código Civil guatemalteco de forma taxativa regula en el Artículo 296 las clases de tutela. No obstante la existencia de otros tipos o especies por así denominarlo, básicamente se refiere a tres tipos de tutela, de la forma siguiente: "La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial. Para el efecto, analizaremos la forma en que se da el ejercicio de cada una de estas.

- a) Tutela testamentaria. Los Artículos que regulan tal denominación son los siguientes: En el Artículo 297 del Código Civil guatemalteco se regula: "Testamentaria. La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén 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 hijo adoptivo.”

El Artículo 298 del mismo Código regula: “Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un 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.”

En doctrina la tutela testamentaria encuentra cierta uniformidad en cuanto a los autores. “Parece ser, que la primitiva forma de delación tutelar estaba integrada por la designación de los parientes; sin embargo, la tutela testamentaria adquiere un rango privilegiado, como consecuencia derivada del prestigio y significación de las patria potestas del derecho romano. Solo, pues, el pater familias era el que podía nombrar tutor testamentario a sus hijos, y ese nombramiento adquiría condiciones de suma respetabilidad. Más tarde, no obstante, se admite ya que pueden nombrar tutor en testamento otras personas distintas del padre; y entonces empieza a desconectarse la delación testamentaria de la potestad paterna.

Tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados. Este derecho de los padres para nombrar a sus hijos tutor y protutor es absoluto; siquiera en algunos casos no llega a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido, haciendo resurgir su voluntad sin consideración al tiempo transcurrido, como sucede cuando, por hallarse sometidos la madre y el hijo a expediente de incapacidad, desaparece todo obstáculo para que los nombramientos hechos por el padre en su testamento tengan eficacia.”²⁷

²⁷ Puig Peña, Ob. Cit; pág. 532.



Como complemento se puede establecer respecto a la tutela testamentaria de los padres: que el nombramiento de tutor por los padres es siempre absolutamente preferente, por lo cual, si hallándose en ejercicio un tutor, apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Que este derecho es absoluto y no limitado por ninguna suerte de circunstancias, excepto las que se refieren a la inhabilidad, que por ser de orden público ha de ser respetado; sin embargo, habrá de pasarse por su nombramiento cuando, con noticias del hecho de su inhabilidad fueran, a pesar de ello, designados por el padre en algunos de los casos establecidos en la legislación. Que tanto el padre como la madre, dentro de la facultad de nombrar tutor testamentario, pueden moverse con una flexibilidad máxima y así pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos y hacer varios nombramientos, a fin de que se sustituyan unos a otros los nombrados.

En la pluralidad de nombramientos de la tutela testamentaria, se da un sistema de preferencias que, en virtud del principio de unidad de la tutela, marca la prelación que deben unos tutores sobre otros.

b) Tutela legítima. Se encuentra regulada en el Artículo 299 del Código Civil guatemalteco. "Legítima. La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

Al abuelo paterno;

Al abuelo materno;

A la abuela paterna;

A la abuela materna; y

A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor de edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo."



Siguiendo el orden de preferencias que la ley marca, después de la tutela testamentaria viene la legítima, es decir, la de aquellas personas que por su próximo parentesco con el incapaz han de ocupar el cargo.

- c) Tutela judicial. Se encuentra regulada en el Artículo 300 del Código Civil guatemalteco. “Judicial. La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente cuando no haya tutor 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.”

2.3. Inhabilidad para la tutela

En cuanto a éste tema en principio podemos establecer que nuestra legislación civil en un mismo Artículo instituye lo relacionado con dichas limitaciones. Así, en el Artículo 314 se regula: “Prohibiciones. No puede ser tutor ni protutor:

- El menor de edad y el incapacitado;
- 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.
- El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
- El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
- El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;
- El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
- El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;



- El acreedor o deudor del menor por la 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;
- El que no tenga domicilio en la República; y
- El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.”

Como complemento a dichos enunciados, en el Artículo 315 del Código Civil se establece: “Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades que se mencionan en el Artículo anterior, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente.”

2.4. Remoción de la tutela y protutela

“Remoción. Privación de cargo o empleo. El vocablo, de origen canónico en esta acepción, es hoy de uso muy general, especialmente en la esfera administrativa. Destitución del cargo de representante legal de los menores huérfanos o incapacitados, de alegarse por interesado o declararse de oficio alguno, causa suficiente por ley para privar del ulterior ejercicio de la tutela. Puede promoverse al tutor:

- Por no reclamar el nombramiento del protutor
- Por estar o quedar a su vez sujeto a la tutela
- Por ser condenado por delitos contra la propiedad o las buenas costumbres
- Por condena a cualquier pena corporal mientras no se cumpla
- Por haber sido removido de tutela anterior
- Por mala conducta o no tener manera de vivir conocida
- Por concurso de acreedores o quiebra
- Por pleitear con el pupilo acerca del estado civil de éste
- Y por profesar en religión
- Por ser extranjero y ausentarse del país
- Por ingerirse en la tutela sin haberse reunido en el consejo de familia y sin haber prestado la fianza o inscrito la garantía hipotecaria que por su función debe



- Por no hacer el inventario
- Por hacerlo fuera del plazo y forma o sin fidelidad
- Por conducirse mal en el desempeño de la tutela.ⁿ²⁸

En el Artículo 316 del Código Civil guatemalteco se establece. "Remoción. Serán también removidos de la tutela y protutela:

- Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;
- Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;
- Los que emplearen mal trato con el menor;
- Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y
- Los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñen la tutela y protutela."

2.5. Excusas para la tutela y protutela

"Excusa. Razón o causa para eximirse o librarse de carga o cargo. Motivo fundado o simple pretexto para de tal modo disculparse de alguna acusación. Descargo. Excepción. Manifestación plausible, más no siempre la exacta, para no asistir a un acto o para rechazar una invitación u oferta. Circunstancia o situación aducida para disculpar una falta de asistencia o de puntualidad.

De manera más precisa en cuanto al tema de la tutela y protutela, la excusa es cada uno de los motivos limitativamente establecidos en la codificación civil para que la persona a quien le corresponda por ley, designación testamentaria o resolución judicial pueda relevarse de desempeñar una u otra de esas funciones de representación jurídica de los menores y de adicional amparo personal de los incapaces.ⁿ²⁹

²⁸ Cabanellas, Ob. Cit; pág. 626.

²⁹ Ibid, pág. 626.



A título ilustrativo y con modificaciones importantes, se enumeran los que pueden excusarse de los cargos de tutor y protutor, de acuerdo con la legislación. Entre estos se pueden mencionar:

- Los ministros
- Los presidentes de las Cortes, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo
- Los eclesiásticos
- Los magistrados, jueces y fiscales
- Los que ejerzan autoridad dependiente del Estado
- Los militares en activo
- Los que tengan bajo su potestad cinco o más hijos legítimos
- Los tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia
- Los que tengan mala salud
- Los mayores de sesenta años
- Los que ya sean tutores o protutores de otro menor de edad o incapaz

Las excusas no son permanentes, aun cuando se concibe difícilmente que desaparezcan para los eclesiásticos, los militares y los funcionarios judiciales y fiscales. De todas formas, cesada la causa de exención, los excusados pueden ser compelidos a admitir la tutela, a petición del tutor o protutor que los haya reemplazado.

La excusa ha de alegarse en la reunión que para constituir la tutela celebre el juez. Si se excusa de la tutela el tutor testamentario perderá lo que voluntariamente le hubiere dejado el testador. Entendemos que esa reducción o pérdida solo procede en cuanto al tercio de libre disposición, y no al de mejora, si a herederos forzosos alcanza.

De la excusa, causa voluntaria y digna para no ejercer la tutela o protutela, se diferencia radicalmente la inhabilidad o incapacidad para desempeñar una u otra; porque estas últimas causas constituyen prohibiciones legales; por motivos diversos como la falta de edad, ciertas consideraciones o peligros, y asimismo los malos antecedentes morales y penales.



En cuanto a lo que establece nuestra legislación civil, en el Artículo 317 del Código Civil se establece: "Excusa. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

- Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- Los mayores de sesenta años;
- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- Las mujeres;
- Los que por sus limitaciones recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;
- Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y
- Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año."

El Artículo 318 del Código Civil guatemalteco establece: "Los que no fueren parientes del menor o incapacitado no estarán obligados a aceptar la tutela o protutela si hubiere personas llamadas por la ley que no tengan excusa o impedimentos para ejercer aquellos cargos."





CAPÍTULO III

3. Clases de garantías para el ejercicio de la tutela y protutela

Existen varios tipos de garantías que pueden establecerse para compeler al cumplimiento de una obligación. Dentro de lo relacionado con el ejercicio del cargo de tutor y protutor, nuestra legislación de manera expresa contempla la garantía hipotecaria, la prenda, la fianza y adicionalmente permite la garantía personal y aun la caución juratoria.

Cada una de estas garantías en cierta medida aseguran el correcto cumplimiento del cargo de tutor y protutor, especialmente en lo concerniente a la administración de los bienes del pupilo; pero tratándose de un aspecto de índole patrimonial, es preciso que el juez exija la garantía que esté más acorde con los bienes que han de ser administrados, así como la calidad de la persona que ejercerá el cargo de tutor y protutor.

Previo a realizar el análisis de la conveniente que resulta exigir la garantía hipotecaria cuando deban administrarse bienes del pupilo, estudio cada uno de los tipos de garantía que la legislación civil instituye, con el objetivo de establecer cuáles son las ventajas y desventajas de cada una, así como el correcto funcionamiento y ejecución en caso sea necesario, para salvaguardar el patrimonio del pupilo.

El Artículo 325 del Código Civil guatemalteco establece las clases de garantía que se pueden prestar para el ejercicio del cargo de tutor y protutor. “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.”



En el orden establecido en nuestra legislación, se analiza cada una de las garantías.

3.1. Hipoteca

Si bien el término hipoteca procede del griego, la regulación de la idea de la hipoteca es heredada del derecho romano. Concretamente, en la antigua Roma había dos formas principales de garantizar una deuda. Dichas formas eran la fiducia y la pignus o prenda. La fidus consistía en que el deudor traspasaba la propiedad de un bien al acreedor para garantizar la deuda. Generaba una gran desprotección para el deudor. La prenda, con una regulación muy parecida a la actual.

Como en ocasiones el deudor necesitaba sus bienes para poder pagar la deuda, surgió la prenda sin desplazamiento. Se utilizaba para que los arrendadores de la tierra garantizaran el pago al arrendatario, ignorando sus aperos de labranza. Fue esta figura el germen de la hipoteca. Sin embargo, por motivos de seguridad jurídica, no fue sino hasta la invención de los registros cuando empezó a utilizarse de forma generalizada.

La hipoteca surgió como una evolución del contrato de prenda. La prenda se aplicaba tanto a bienes muebles como inmuebles, pero requería el traspaso de la posesión del bien al acreedor, lo que dificultaba en el caso de los bienes que el deudor necesitara para su trabajo. Por esa razón surgió la hipoteca, que permitió al deudor conservar en su poder sus bienes dados en garantía en una deuda, de los que sólo tomaría posesión el acreedor si el deudor no cumplía con la prestación debida. En este caso, primero se les concedió a los acreedores un interdicto de adquirir, que les permitía apoderarse de los bienes dados en garantía por el deudor. Pero los interdictos sólo tenían valor entre las partes, por lo tanto si el deudor había enajenado el bien, el acreedor no podía recuperar el bien si estuviera en poder de un tercero de buena fe. Así fue que para completar la protección se le otorgó al acreedor una acción, la hipotecaria, pudiendo tomar el bien, en poder de quien se encuentre.



La hipoteca es un derecho real constituido en garantía de un crédito sobre un bien inmueble que permanece en poder de su propietario, pudiendo el acreedor, en caso de que la deuda no sea satisfecha en el plazo pactado, promover la venta del bien gravado, cualquiera que sea su titular en ese momento para, con su importe, hacerse pago de su crédito.

La hipoteca es un derecho real que se constituye en un contrato, es decir en cuanto a su forma en escritura pública, para posteriormente inscribir dicho testimonio en el Registro General de la Propiedad, para que tenga valor frente a terceros, o cual garantiza la deuda u obligación, y por consiguiente es un contrato accesorio a otro que es el principal.

La definición legal de la hipoteca se encuentra en el Artículo 822 del Código Civil, el cual preceptúa: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.”

“Esta palabra, de etimología griega, significa gramaticalmente, suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De ahí que hipoteca venga a significar lo mismo que sostener, apoyar y asegurar una obligación. A este significado de garantía real se refieren las consideraciones sistemáticas que se formulan luego del inmediato sentido figurado. Inspirándose en la garantía que sobre bienes ajenos toma un acreedor, hipoteca se llama a las bases y plazas que los vencedores se reservan para seguridad de las cláusulas de un tratado, armisticio o tregua. Lo son también las entregadas a cambio de ciertas alianzas y de préstamos, que pueden en su momento atentar contra la independencia nacional; ya por prolongarse la ocupación extranjera.

Acepciones fundamentales. Cuatro significados de definido relieve técnico posee este árido y riguroso tecnicismo; 1º. Como derecho real accesorio que grava los bienes inmuebles, o ciertos bienes muebles -buques y aeronaves-, para garantía del cumplimiento de una obligación, del pago de una deuda. 2º. Como contrato, en virtud



del cual una persona, el deudor hipotecario, grava una finca, o ciertos bienes propios ajenos, a favor de otra, el acreedor hipotecario, para que éste, en caso de no poder o no querer aquél cumplir la obligación asegurada, una vez que sea exigible, proceda, para hacerse pago del principal y demás gastos, a la pública enajenación de la cosa que constituye la garantía. 3º. Como obligación legal, cuando la ley impone la forzosa constitución expresa o tácita, con objeto de responder para garantizar la obligación hipotecaria convenida entre las partes o exigida por el legislador.

Motivación y carácter. Como las restantes garantías de las obligaciones, desde la personal de la fianza al apoderamiento o depósito de lo ajeno en la prenda típica, la hipoteca surge ante la experiencia y el temor del incumplimiento del deudor, para precaverse de la probable o posible insolvencia, incluso de los potentados al contratar, pero víctimas eventuales del infortunio en el lapso intermedio hasta el pago o ejecución.

De lo material de la aprehensión pignoratícia y hasta de la cautividad del deudor en la presión por deudas, la evolución jurídica, al mismo tiempo que la ley y los tribunales aumentaban su autoridad y eficacia, condujo a las garantías abstractas, aun basadas en bienes materiales; de ahí que, en vez de adueñarse temporalmente de lo ajeno, se estableciera un nexo que pesa sobre la propiedad, sobre el mismo título del obligado o del garante -porque la hipoteca puede procurarla el obligado o de un tercero-, mientras la garantía subsista y que le concede derecho de enajenación forzosa y la prelación sobre el precio hasta la cuantía de la deuda hipotecaria y los accesorios legales.³⁰

“De tal manera, el deudor hipotecario ve su propiedad sujeta a una condición resolutoria; la de que, si no paga, se le enajena, en una expropiación de utilidad privada; por haberle facilitado el crédito para la obtención de un préstamo o para una prestación jurídica equivalente.

³⁰ Ibid, pág. 345.



Antecedentes y naturaleza. En sus comienzos, en el Derecho Romano, la hipoteca se confundió con la prenda, bajo la designación genérica de -pignus-; pero más adelante se dio el nombre de prenda a la garantía que pasaba a poder del acreedor, y el de hipoteca, a aquella que permanecía en poder del deudor. Tal distinción entre ambos derechos de garantía real -frente a la fianza, garantía personal, salvo consistir en depósito de dinero u otros valores-, se estableció fundándose en que la hipoteca recaía sobre bienes inmuebles, luego de la prenda agraria -que es en esencia hipoteca sobre muebles-, y con la hipoteca sobre buques y aeronaves, que sólo a efectos hipotecarios presentan, por ficción, naturaleza inmobiliaria. Posiblemente, el lindero más seguro dentro del Derecho moderno se encuentre en la inscripción registral de la hipoteca, sin excluir que la prenda común pueda establecerse por documento público, ante notario o escribano, no ante registrador, como la garantía hipotecaria. Además, en la prenda subiste la transferencia de la posesión inmediata al acreedor pignoraticio; mientras en la hipoteca ello resulta excepcional, salvo cláusulas especiales del contrato constitutivo, lo cual elimina la complejidad hipotecaria que alcanza a terceros poseedores, en caso de enajenar el bien o cosa gravados con hipoteca.³¹

“Conceptos legales. Dentro del Derecho positivo, se expresa que: -La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor-. Con excepción de lo del derecho real y la finalidad de garantía, todos los demás caracteres son negables en la actualidad. En efecto, aun siendo lo más frecuente, ni hoy ni antes se ha hipotecado tan sólo por créditos en dinero; y demostración plena la constituyen la hipoteca dotal y la de los bienes reservables, así como la exigida en algunos ordenamientos al tutor por razón de su gestión, cuando al iniciarla no le debe ni una sola moneda al pupilo. En la actualidad hay hipotecas inmobiliarias y mobiliarias. Por último, no existe incompatibilidad en cuanto a que la finca hipotecada se encuentre en manos del acreedor hipotecario, que puede combinar ese título con el de usufructuario o arrendatario.

³¹ Ibid. pág. 282.



El Artículo 1876 del Código Civil español, define directamente la hipoteca, cuáles sus caracteres o efectos principales: -la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida-. Para el Código Civil francés: -La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación. Es indivisible por naturaleza y subsiste por completo sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno de ellos y sobre cada porción de los inmuebles-, en su Artículo 2114, el Código Civil alemán declara a su vez: -la hipoteca es el gravamen impuesto sobre una finca, en virtud del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero, para cobrarse en un crédito a su favor-.”³²

“Clases. Sin perjuicio de insistir en las voces que siguen a este Artículo en conceptos referentes a las principales especies de hipoteca, debe anticiparse aquí, por su naturaleza diametralmente opuesta en cuanto a la espontaneidad y origen, que, cuando la hipoteca es impuesta, en ciertos casos, por la ley, se denomina legal; y cuando surge de la voluntad de las partes, se denomina voluntaria. Puede ser la hipoteca resultado de un acuerdo bilateral o de un acto unilateral, como si se establece por testamento. La hipoteca legal se impone en ciertos casos; como cuando se concede a favor de menores o incapacitados sobre bienes de sus tutores.

Requisitos. Para que haya hipoteca se requieren diversos antecedentes. En primer término, que exista obligación; o sea, que una persona se halle ligada con respecto a otra a dar, a hacer o a no hacer una cosa; porque, de no estarse ante una conducta ajena jurídicamente exigible, no tiene razón de ser la garantía, que es accesoria con respecto a la obligación principal. Además, de no ser válida la misma, tampoco lo sería la hipoteca, con automática extinción de la misma si es que se había llegado a concretar.

³² Ibid, pág. 323.



Por imperativo hipotecario, tiene que ofrecerse y gravarse un bien propio o ajeno entonces con la voluntad del que se asocia así a la garantía hipotecaria. Por último como sólo surten efecto para terceros los gravámenes que constan por fe pública, la hipoteca no pasa de compromiso personal, de no estar asentada en el Registro de la Propiedad.³³

“Régimen. En el Derecho español, la hipoteca se rige por los principios establecidos en el Código Civil, desarrollados en la extensa Ley Hipotecaria y en su Reglamento. El primero de los textos citados, en la parte común para la prenda y para la hipoteca, establece, como requisitos esenciales de una y otra: 1º. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; 2º. Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca; 3º. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Corresponde además a la esencia de la hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste aquélla, para hacer pago al acreedor; pero éste no puede apropiarse la cosa hipotecada, ni disponer de ella. La hipoteca puede asegurar toda clase de obligaciones, sean puras o condicionales, y sean éstas suspensivas o resolutorias.

En los preceptos ya exclusivos que a la hipoteca dedica el Código citado declara que sólo pueden ser objeto de ella: 1º. Los bienes inmuebles; 2º. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase. Para la validez de esta garantía es imprescindible la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Forma. Sólo cabe constituir hipoteca por escritura pública o mediante documento que, sirviendo de título al dominio o derecho real gravado, se expida por autoridad competente y con capacidad por sí mismo para hacer fe. Para la constitución válida se impone la inscripción en el Registro de la Propiedad y que se constituya para asegurar

³³ Ibid, pág. 283.



el cumplimiento de una obligación principal, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad a quien la hipoteca y que tal persona tenga la libre disposición de sus bienes o se halle legalmente autorizada a tal fin.”³⁴

“Efectos. Los principales son éstos: 1º. Sujetar la cosa hipotecada, como garantía de la obligación determinada a favor del acreedor designado, con independencia de las transmisiones que el propietario de los bienes hipotecados pueda realizar; 2º. Facultad del acreedor hipotecario, una vez vencida la obligación garantizada y no satisfecha por el deudor, para enajenar los bienes hipotecados, mediante acción ejecutiva. 3º. Poder vindicar frente a terceros, y en el rango que le corresponda, la cualidad hipotecaria y la efectividad ejecutiva; 4º. Las posibilidades jurídicas de renuncia y transmisión.

Indivisibilidad. La hipoteca es indivisible: cada una de las cosas hipotecadas y cada parte de ellas está obligada al pago de toda la deuda y de cada una de las partes; y esto subsiste aun cuando la deuda se divida entre los causahabientes del deudor y del acreedor. El pago parcial no extingue proporcionalmente la hipoteca; pero, cuando estén afectadas individualmente diversas fincas, de constar la independencia registral, caben cancelaciones parciales, si estaban previstas en el contrato hipotecario o por acuerdo posterior entre acreedor y deudor.

Gastos. El tercer poseedor no puede exigir la retención del inmueble hipotecado para ser pagado de las expensas o gastos necesarios o útiles hechos en él; su derecho se limita al mayor valor que resulte del inmueble hipotecado, una vez que cobre el acreedor hipotecario y se abonen los gastos de ejecución.

En el procedimiento judicial sumario para efectividad de crédito hipotecario, el acreedor percibirá las rentas vencidas y no satisfechas, cuando así se haya estipulado, y los frutos y rentas posteriores para cubrir con ellos gastos de conservación y explotación que la finca exija, y después su propio crédito. En el mismo procedimiento, el depósito

³⁴ Ibid, pág. 285.

constituido por el remanente se destinará, en primer término, a satisfacer los gastos de origen de la subasta; y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y costas.³⁵



Consignación. No se extingue la hipoteca por la consignación del importe adeudado, salvo conste aceptación por el acreedor o si una sentencia firme le da fuerza de pago.

Por el contrario, aquí por intervenir la fe judicial, aun no cancelada en el Registro de la Propiedad, la hipoteca se extingue cuando el adquirente de la finca en subasta pública, consigna el precio de la venta a la orden del juez, siempre que supere así a la obligación pendiente. Los acreedores hipotecarios, ante el concurso crediticio, no están obligados a esperar las resultas del juicio universal: pueden ejercer sus derechos contra las respectivas fincas, y para ello bastará con que consignen la cantidad que se juzgue suficiente para el pago de los créditos privilegiados a los suyos, además de la obligación de restituir a la masa el sobrante eventual obtenido en su ejecución, que es retenido de oficio en la enajenación judicial.

Las características de la hipoteca como contrato pueden resumirse de la forma siguiente:

- Es un contrato nominado, ya que se encuentra regulado en la legislación
- Es un contrato unilateral, debido a que sólo obliga al deudor hipotecario a transferir al acreedor hipotecario el derecho real de hipoteca. El acreedor no contrae obligación alguna
- Es un contrato accesorio, porque supone la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento asegura.
- Es un contrato oneroso

En cuanto a las características como derecho real, se pueden establecer las siguientes:

- Es un derecho real, es decir, es un derecho que se ejerce sobre la cosa y no respecto a determinada persona, pero se ejerce de forma indirecta ya que este

³⁵ Ibid, pág. 286.



derecho consiste básicamente en pedir la venta de la cosa hipotecada en caso de que el deudor no cumpla la obligación garantizada con la hipoteca.

- Es un derecho inmueble, es decir, se ejerce sobre esta clase de bienes.
- Es un derecho accesorio, puesto que sigue la suerte de lo principal al que garantiza, si la obligación principal es nula, la hipoteca constituida no es válida
- El deudor hipotecario no pierde la posesión de la cosa
- Constituye una limitación al derecho de dominio a propiedad, es decir, el deudor puede servirse del inmueble con la restricción de los derechos del acreedor hipotecario.

3.2. Prenda

Como se anotó anteriormente, la prenda es uno de los derechos reales de garantía más antiguos, aunque no fue concebida como hoy en día la conocemos, pero guarda sus principales características de acuerdo a como fue conocida en el derecho romano.

La prenda es un derecho real de garantía que tiene por objeto el asegurar al acreedor el cumplimiento y satisfacción de su crédito, mediante un poder especial que se le confiere sobre la cosa dada en garantía. El deudor entrega al acreedor un bien mueble de su propiedad en garantía del crédito, constituyéndose la prenda sobre el bien mueble entregado.

La prenda otorga a su titular la posibilidad de vender la cosa sobre la que tiene el derecho en el caso de que el crédito garantizado devenga impagado. En el caso de existir un remanente una vez saldada la deuda, el remanente es propiedad del antiguo propietario de la cosa.

En el caso de que el deudor cumpla con las obligaciones garantizadas con la prenda, el acreedor pignoraticio deberá devolverle la posesión de la cosa dada en prenda, en el mismo estado de conservación y uso, tal como le fue entregada.



La cosa entregada no pasa a ser propiedad del acreedor, sino que su derecho es mucho más limitado. Con el contrato de prenda se constituye un derecho real de crédito sobre la cosa mueble entregada, por el cual el beneficiario puede vender la cosa para satisfacer su crédito sin importar el propietario de la misma. Como medida de protección hacia terceros, el bien dado en calidad de prenda pasa a poder del acreedor, de esta forma el deudor no puede venderlo a un tercero que desconociese la situación.

La definición legal de prenda se encuentra en el Artículo 880 del Código Civil guatemalteco. "Concepto. La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación."

"Prenda: Contrato y derecho real por los cuales una cosa mueble se constituye en garantía de una obligación, con entrega de la posesión al acreedor y derecho de éste para enajenarla en caso de incumplimiento y hacerse pago con lo obtenido. La cosa sujeta a este contrato y derecho real. Lo dado, dicho o hecho como señal o prueba de algo. Toda garantía o seguridad, aun espiritual, dote, mérito. Ser muy querido. Vestido o cualquiera de sus partes. Extrayendo circunstancias de las distintas legislaciones, puede establecerse que la prenda es el contrato por el cual el acreedor u otra persona recibe la posesión de una cosa mueble propia del pignorante para retenerla hasta que se extinga el crédito y como garantía del mismo, aplicar sus intereses, si los produce, a disminuir o solventar el descubierto que la motiva y venderla en su caso para hacer pago al acreedor con el precio o con la misma cosa dada en fianza.

La naturaleza del contrato de prenda, es el de accesorio, de garantía y real. Como derecho real: la prenda es limitativa de dominio, porque el dueño de la cosa pignorada se ve privado de la posesión e incluso puede serlo de la propiedad si no cumple con la obligación y se procede a enajenar la prenda. Es accesorio, porque necesita una obligación válida y subsistente. Es de garantía porque se constituye para asegurar el



cumplimiento de una relación obligatoria. Es indivisible, por subsistir íntegra aun cuando la obligación o deuda se reduzca.³⁶

“En cuanto a los elementos, en los de índole real están la obligación garantizada y la cosa mueble que la garantiza. Elementos personales son al menos el acreedor pignoraticio y el deudor principal; pero puede existir también un tercero, el constituyente de la prenda, que debe ser dueño de la misma y tener su libre disposición. Como elementos formales debe indicarse que la prenda puede constituirse no sólo por convenio, sino también por testamento o por disposición judicial, al disponer un embargo.

Requisitos, a la vez materiales y jurídicos, de lo pignorado es que sea ajeno lo ofrecido en garantía. Es decir, nadie puede dar lo suyo en prenda, por la evidente confusión de derechos y por resultar entonces el patrimonio propio de la prenda de quien es ajeno acreedor.

En cuanto a los principios se encuentran: que se constituya para asegurar una obligación principal; que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeñe; que quien pignora tenga la libre disposición de sus bienes o esté legalmente autorizado para ello; la posibilidad de que terceros extraños a la obligación principal en un principio, puedan asegurarla pignorando sus propios bienes; la enajenación de la prenda si, vencida la obligación principal, el deudor no paga; la prohibición de apropiarse la prenda o disponer de ella el acreedor; la indivisibilidad, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor; la de poder asegurar obligaciones puras y condicionales; poner en posesión de la prenda al acreedor.

Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio, siempre que sean susceptibles de posesión.

³⁶ Ossorio, Ob. Cit; pág. 366.



A pesar de la posible división de la deuda, la prenda es indivisible; es decir, mientras subsiste la obligación garantizada, incluso en mínima parte, no puede rescatarse ni disminuirse lo pignorado. Tal indivisibilidad es análoga a la de la hipoteca.

Los gastos hechos por el acreedor para conservar la prenda, deben serle abonados por el deudor. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejoras si no han dado mayor valor a la cosa. El deudor no puede reclamar la prenda mientras no pague, además de la deuda y los intereses, los gastos hechos por el acreedor.

La garantía prenda por la deuda principal se amplía automáticamente a los intereses que devengue la deuda, o al capital cuando no se deban.

El acreedor obligado a custodiar la cosa pignorada con la diligencia de un buen padre de familia, responde de su pérdida en los casos de mala fe o abandono negligente en la conservación. El acreedor continúa siendo poseedor de la prenda aún habiéndola perdido, ante la contingencia de recuperarla. Por la pérdida jurídica que la evicción de lo dado en prenda significa para el acreedor, responde el deudor.

Ha de tenerse por radicalmente nula toda cláusula que autorice al acreedor pignoraticio para apropiarse de la prenda, aun cuando su valor sea menor que el de la deuda, o para disponer de ella en forma no permitida por la ley. Y también adolece de nulidad la estipulación que no autorice al acreedor para pedir la venta de la cosa. Frente a terceros, no posee eficacia la prenda cuya fecha no conste por instrumento público.

Termina jurídicamente esta garantía cuando se extingue por pago, cumplimiento u otra forma la obligación principal asegurada. Asimismo, cuando por cualquier título pasa al acreedor en propiedad la cosa empeñada. Extinguido el derecho de prenda, el acreedor está obligado a restituir al deudor lo pignorado con todos sus accesorios al tiempo del contrato y las posteriores accesiones.³⁷

³⁷ Ibid, pág. 367.



En cuanto a las características del contrato de prenda, se pueden destacar las siguientes:

- Es especial, se debe mencionar el importe del crédito y una designación detallada de la cosa
- Es un derecho real
- Es un derecho sobre bien mueble
- Es indivisible
- Es un contrato nominado, toda vez que se encuentra regulado en la ley, específicamente en el Código Civil
- Es un contrato unilateral, porque sólo nace la obligación para el acreedor de devolver la cosa dada en prenda.
- Es un contrato accesorio ya que garantiza una obligación principal
- De tracto sucesivo
- Puede ser otorgada por el deudor o por un tercero

3.3. La fianza

En el Código Civil guatemalteco, se regula en el Artículo 2100 lo referente a la fianza: "Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta."

En cuanto al aspecto doctrinario se entiende por contrato de fianza lo siguiente: "Fianza. Obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero: el deudor o responsable, mientras se denomina fiador quien por él se compromete.

Fianza es también la prenda dada por el contratante para asegurar el exacto cumplimiento de su obligación. Además, la suma de dinero u otro bien que se deposita, consigna o pasa a poder del acreedor para responder de la obligación asegurada. Se ha empleado, asimismo, por fiador o garante. Antiguamente, confianza. Finca o predio.



Caracterizando esta institución, las partidas expresaban que era -la obligación que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que se debe, o cumplirá las condiciones de algún contrato-, así como -la convención por la cual un tercero toma sobre sí el cumplimiento de la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrató-.

Para la legislación argentina: -habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiese obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorio-. Para que se dé el de fianza es necesario que exista otro principal, cuyas vicisitudes sigue este accesorio. -La fianza puede preceder a la obligación principal, y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajere el deudor-.

En el Derecho español, la fianza se incluye dentro del libro de las obligaciones y contratos; pero no se le da, cautamente, esta última denominación, ya que puede ser legal o judicial, en cuyo caso la relación jurídica no es consensual, ni contractual en consecuencia. La definición del Artículo 1822 del Código Civil español, habla de que -por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste-. Dada la cautela del legislador, debió decir -uno queda obligado- y no -se obliga uno- en que asoma la espontaneidad, la voluntariedad, muy relativas a las fianzas legales y judiciales.³⁸

“Civilistas, mercantilistas y procesalistas están conformes en caracterizar la fianza como garantía pecuniaria o patrimonial, ante el caso de incumplimiento o insolvencia de un deudor o ante la transgresión, con consecuencias penales, de una actitud de acción u omisión preestablecida. Si eso es cierto, no va a la raíz de la fianza, que se funda en dos nobles actitudes humanas: una se patentiza en la solidaridad efectiva, no entendida con el rigor jurídico, sino por cuanto representa agregarse, sin estricto deber previo, a

³⁸ Cabanellas, Ob. Cit; pág. 53.



garantizar un cumplimiento a una abstención ajena. Pero además es evidente que el fiador, al obligar el conjunto de su patrimonio o bienes singulares, por acto voluntario procede a una liberalidad eventual, aunque cuente con un resarcimiento, algo problemático, por no existir seguridad de que cumpla con él el que no cumplió con otro.

Otro aspecto que suele descuidarse al caracterizar la fianza es que no es una simple garantía eventual, sino que configura plena seguridad cuando concreta mediante el depósito de dinero, con la entrega que caracteriza a la prenda o con el rigor registral de la hipoteca.

Cabe observar que la fianza conduce a que por una sola deuda, por un concepto y por una prestación o importe pecuniario, exista más de un deudor u obligado. Esta falta de confianza que al acreedor le sugiere el deudor, conduce a una asociación -leonina aunque legislada- tan sólo a pérdida para el fiador, si llega a pagar por alguien realmente insolvente. Precisamente la raíz de la fianza es una aseguración privada contra la insolvencia.³⁹

“Como se desprende de cuanto antecede, los elementos personales de la fianza son tripartitos: el fiador, que responde subsidiaria o solidariamente con respecto al principal obligado; el deudor, con una obligación común de cualquiera índole; y el acreedor, para el cual constituye garantía el fiador. Este, tras pagar por el deudor, sucede al acreedor en su crédito.

Por su origen, la fianza se divide en convencional, legal o judicial, según proceda de la voluntad de las partes, del mandato de la ley o sea consecuencia de litigio. Por la naturaleza de la garantía, la fianza puede ser personal, pignoratícia o hipotecaria, según que la seguridad se base en el crédito de una persona, en un objeto dado en prenda o en un bien hipotecado.

³⁹ Ibid, pág. 54.



No cabe fianza sin obligación válida. Si la obligación no existió nunca o se halla extinguida, si se está ante un acto o contrato nulo o anulado, se está también ante la nulidad o inexistencia de la fianza. Si la obligación principal deriva de acto o contrato anulable, la fianza será anulable también. Si la causa de nulidad proviene de la incapacidad relativa del deudor, el fiador, aun ignorando tal incapacidad, responderá como codeudor.

Se admite la fianza cuando la nulidad de la obligación sólo puede ser reclamada en virtud de excepción puramente personal del obligado, como la de menor de edad. Puede prestarse fianza para garantizar deudas futuras, cuyo importe sea desconocido en el momento de constituir la; pero no cabrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. La fianza puede comprender toda la deuda principal o menos que ella, pero no más. La fianza no se presume nunca, por lo cual ha de ser expresa en todo caso. De ser indefinida, comprenderá la obligación principal y todos sus accesorios, incluso los gastos judiciales. Son susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones: las principales y las accesorias, las civiles y las mercantiles, incluso las naturales y las derivadas de un acto ilícito, como acaece en el procedimiento penal; también, por toda clase de acreedor o de deudor, así se trate de personas inciertas o incapaces. Cabe afianzar por valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, en forma pura o simple y a plazo o con condiciones.

Cuando el acreedor reclame del fiador, éste puede oponerle la compensación de lo debido por aquél al deudor principal. Además, el fiador puede compensar lo que el acreedor le deba directamente; pero el deudor no puede invocar la compensación entre créditos y deudas mutuas del acreedor y fiador; y esto no por ser exigible la fianza sino subsidiariamente con respecto a la obligación principal.

Si el fiador paga sin notificárselo al deudor, éste puede aducir contra aquél todas las excepciones que había podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago. El fiador puede oponer al acreedor cuantas excepciones competan al deudor principal y sean inherentes a lo adeudado; mas no las puramente personales del deudor. De modo



característico, el fiador puede oponer las excepciones derivadas del beneficio de excusión y del de división. La renuncia que el deudor haga a la prescripción perjudica al fiador, como acto en fraude de este otro acreedor potencial suyo, que puede alegar tal excepción.⁴⁰

“Efecto especial liberatorio para el fiador lo constituye el que el acreedor acepte voluntariamente en pago de la deuda un inmueble u otro cualquier efecto; pues, aun perdidos luego por evicción, no puede reclamar al fiador.

Cuando la fianza sea simple o indefinida comprende también los gastos judiciales, pero limitados a los que se devenguen después de haber sido requerido el fiador para el pago. Cuando el garante pague por el deudor, tiene derecho a reclamar, entre otras partidas, los gastos ocasionados después de haberle notificado al deudor que ha sido requerido para el pago por el acreedor.

Cuando la fianza sea principal o exprese el importe de la obligación se extiende a los intereses de la misma, estipulados o no. El fiador subrogado en los derechos del acreedor puede exigir del deudor lo pagado por el capital, intereses convencionales y costas, más los intereses legales desde el día del pago hecho al acreedor en calidad de garante.

Como el fiador puede obligarse a tanto como el deudor por él garantizado, pero nunca a más -porque, al rebasar la obligación principal, carecería de objetivo o sería algo distinto a la fianza-, el codificador civil, dispone que, en caso de exceso en el compromiso garantizador, por haberse obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. Tal reducción no requiere un acto específico. Se traduce, ope legis, en la inexigibilidad por el acreedor o en una cómoda defensa procesal para el fiador.

⁴⁰ Ibid, pág. 267.



El acreedor no ha de proceder primeramente contra el deudor cuando el fiador ha renunciado al beneficio de excusión, que equivale a convertirse unilateralmente, pero ya con exigencias tanto por parte del acreedor para el cobro como por iniciativa del deudor para compartir el pago, el fiador solidario. La renuncia onerosa o gratuita que el acreedor haga al deudor principal extingue la fianza.

Como la fianza no puede existir sin obligación válida, es nula tal garantía cuando la obligación principal sea meramente supuesta -por no existir-, esté extinguida o consista en acto nulo o anulado. No surte efecto para el fiador la nulidad originada por la incapacidad del deudor.

Se extingue la fianza de igual modo que la obligación principal y por las mismas causas que las obligaciones genéricas y que las específicas de las obligaciones accesorias. No se extingue para el subfiador por confusión entre el deudor y el fiador cuando uno de ellos hereda al otro. La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los demás, aprovecha a todos ellos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se haya otorgado. La prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza. También queda libre el fiador cuando por algún hecho del acreedor no pueda aquél subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios de éste.⁴¹

“El contrato de fianza es aquel por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o fiador anterior no la cumplen.

De las anteriores definiciones se deducen las siguientes consecuencias:

- El fiador sólo contrae una mera obligación, sin que con ocasión de la fianza se produzca afectación alguna de su patrimonio, por lo que se diferencia sustancialmente de los contratos que implican una garantía real.

⁴¹ Ibid, pág. 57.



- El fiador se obliga frente al acreedor de una determinada obligación, entre ambos exclusivamente, se perfecciona el contrato de fianza, aun cuando, como luego veremos, su eficacia jurídica se proyecte sobre otras personas, singularmente el deudor principal.
- El fiador se obliga sólo a garantizar el cumplimiento de la obligación principal, no asegurando que el deudor cumplirá ni que él cumplirá en su lugar, sino tan sólo que el acreedor quedará reintegrado en su crédito.
- El fiador sólo interviene cuando el acreedor no puede cobrar su crédito del deudor principal; ello determina el carácter accesorio y subsidiario.⁴²

Existen varios ámbitos del derecho en el que aparece la figura de la fianza. En el derecho contractual la fianza garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato. En derecho procesal penal, la fianza monetaria se entrega como forma de garantizar que el acusado no tiene intención de huir de la justicia. Con ello se pretende evitar o levantar una medida de prisión preventiva, es el caso típico de la libertad bajo fianza. La fianza es una garantía que busca asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, es un término que puede resultar equívoco, al hacer referencia tanto a una garantía real como a una personal.

“La fianza en sentido estricto, consiste en una garantía personal, en virtud de la cual se asegura el cumplimiento de una deuda u obligación mediante la existencia de un fiador. El fiador es una tercera persona, ajena a la deuda, que garantiza su cumplimiento, comprometiéndose a cumplir él, lo que el deudor no cumpla por sí mismo. En el derecho civil el deudor y el fiador son dos personas diferentes, ligados mediante una figura que posee una fisonomía contractual.

Otro uso común del término fianza en el ámbito jurídico es el de entrega de una cantidad de dinero como garantía de ciertas obligaciones. Sin embargo, a pesar del

⁴² Puig Peña, Ob. Cit; pág. 336.



nombre, la fianza monetaria no es tal, sino que se trata de un caso de prenda irregular al tratarse de una garantía real y no personal.⁴³

Según el Código Civil guatemalteco, el contrato de fianza es un contrato de garantía personal, en virtud del cual un tercero se compromete a responder ante un acreedor del cumplimiento de la obligación asumida por un deudor, para el caso de que éste incumpla la misma.

Las fianzas son requeridas cuando existe un acuerdo previo entre el acreedor y el fiador a través de un documento firmado por ambos. Puede ser de cualquier clase, y para que se cumpla requiere su materialización por medio de dicha garantía. Asimismo, la fianza asegura el pago de los daños que se produzcan y establece el beneficio a favor del acreedor.

“En cuanto a los elementos del contrato de fianza se pueden citar los siguientes:

- **Elementos personales:** La fianza tiende a asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito, mediante la promesa que hace una tercera persona, llamada fiador. Quedará, pues, constituida desde el momento en que aquél acepta la contribución del tercero. Ahora bien, esta aceptación del acreedor puede originarse, o bien porque haya precedido acuerdo con el fiador y con el deudor principal, o bien por simple inteligencia con fiador, quedando al margen el principal obligado.

La hipótesis corriente es que en el contrato de fianza intervengan los tres acreedor, fiador, deudor principal; pero, como decimos, puede intervenir sólo el acreedor y el fiador, ya que es propiamente entre ellos entre quienes se celebra este contrato. Esto ocurrirá, sobre todo, cuando se presta la fianza a título gratuito. El deudor tendrá que intervenir cuando por la ley o por pacto se hallare obligado a presentar fiador, desarrollando en el contrato una conducta de presentación. En este

⁴³ **Ibid**, pág. 42.



supuesto, debe proponer al acreedor persona que reúna estas dos condiciones: tener capacidad para obligarse y contar con bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Por lógica, si el fiador presentado viniera al estado de insolvencia, el acreedor podrá pedir otro, que reúna esas condiciones. Sólo hay en ello una excepción, y es el caso de que el acreedor haya exigido y pactado que se le diera por fiador una persona determinada.

- Elementos reales: Aceptada por el acreedor la persona del fiador, es preciso después determinar, como elemento real, el objeto del contrato de fianza. Este tiene por fin garantizar al acreedor la satisfacción de su crédito, cumplimiento del fiador, en última instancia, el contenido económico de la prestación a que se había obligado el deudor principal. Consecuencia de esto es que la fianza no puede tener -en principio- por objeto una prestación diferente de la forma la materia de la obligación que garantiza, bien sea ésta de dar, hacer o no hacer.⁴⁴

No hay problema respecto a aquellas prestaciones que consistan en entregar una cosa cierta o en realizar o no realizar un hecho. Allí, el fiador cumplirá con entregar la cantidad afianzada; aquí, con saldar los daños y perjuicios que con ocasión del incumplimiento del deudor se hayan producido al acreedor. Todas las obligaciones son susceptibles de fianza, ya sean civiles o naturales; presentes o futuras; accesorias o principales; deriven de un contrato, de la ley o de un hecho ilícito.

Cualquiera sea el acreedor o deudor y aunque el acreedor sea persona incierta; tampoco importa si el valor de la deuda es determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo condicional, tampoco importa la forma del acto principal. En las obligaciones futuras debe constar claramente cuál es la obligación que se garantiza, además el fiador puede retractarse de la fianza, mientras no haya nacido la obligación principal, pero respondiendo ante el acreedor y a los terceros de buena fe.

⁴⁴ Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, pág. 335.



“Por la causa a que debe su origen, se divide la fianza en convencional, legal y judicial, según se constituya contractualmente, se imponga por la ley para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones o se establezca por los tribunales de justicia a una de las partes litigantes para fines del procedimiento. La fianza voluntaria o convencional es la que pudiéramos llamar fianza tipo, a sus preceptos delimitan la configuración jurídica del instituto.

La legal no puede constituirse sin una disposición legal expresa, y en ella se acentúa el carácter estricto, en cuanto a su interpretación. En unos casos la establece la Ley civil, cual sucede en la fianza del tutor, del usufructuario, del usuario, del heredero condicional, de los reservatarios, etc. En otros, la procesal, como la del apelante, la del depositario administrativo se refiere al desempeño de determinados cargos, al cumplimiento de contratos administrativos o a responsabilidades contraídas con el Estado, provincia o municipio, aparte de algunos otros supuestos particulares.

La judicial o procesal es la impuesta -como se ha indicado- a una de las partes litigantes, para fines de procedimiento.

“Por razón de la obligación garantizada se divide la fianza en simple o normal, que garantiza una deuda principal y doble o subfianza, que garantiza una fianza anterior. Esta subfianza, actúa en tercer lugar, o sea, que para que pueda reclamarse contra el que presta dicha fianza, es preciso la inasistencia del deudor principal y del primer fiador. Así el Código dispone que -el fiador de un fiador goza del beneficio de excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal- y que -el subfiador en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores, en los mismos términos en que lo estaba el fiador-.

Por su extensión, puede ser la fianza limitada e ilimitada. La primera es aquella en la cual la obligación del fiador se limita, -en todo o en parte- a la principal, pero no a las accesorias. En la segunda el fiador, en cambio responde no sólo de la obligación principal, sino de todos los accesorios, incluso los gastos del juicio; entendiéndose



respecto de éstos que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago.”⁴⁵

En cuanto a la extinción del contrato de fianza, la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y las mismas causas que las demás obligaciones. Quiere decir, por tanto, que la fianza se extingue por perecimiento de la obligación principal y por extinción de la relación de fianza, la cual, siendo una obligación como cualquier otra, está sometida a las causas generales de extinción de las obligaciones. Dentro de las causas que producen la extinción de la fianza, se pueden mencionar las siguientes:

- “Pago de la obligación. Lógicamente, si la prestación que supone la obligación principal queda satisfecha, el acreedor no tiene por qué acudir al fiador. La fianza ha quedado extinguida.
- Pérdida de la cosa debida. Esta modalidad extintiva no tiene ninguna especialidad en el campo de la fianza. Si el deudor pierde la cosa, dentro de la esfera, al quedar resuelta la obligación principal, desaparecerá también la fianza, de no haberse establecido ésta para el caso de tal pérdida, aunque en esta última hipótesis, sostienen gran número de tratadistas que no hay propiamente un supuesto típico de fianza.”⁴⁶
- “La condonación de la deuda. Perdonando el deudor, ha de entenderse también perdonando al fiador, porque no debiendo ya nada aquél, tampoco deberá éste. Tal criterio se corrobora, al decir que la condonación de la deuda principal extinguirá las accesorias, pero la de éstas dejará subsistente la primera. Como se establece de manera común, el precepto es justo, pero la suerte de lo principal debe acarrear la de lo accesorio; pero no al revés, porque lo de menor potencia jurídica no puede arrastrar a lo de mayor fuerza. El precepto ha sido discutido en la doctrina; pero, si el acreedor por sí y ante sí perdona o libera a uno, ha de entenderse que su parte

⁴⁵ *Ibid*, pág. 342.

⁴⁶ *Ibid*, pág. 349.



no puede hacerse recaer sobre los demás, agravando la situación de los mismos, que el acreedor será árbitro de remitir la obligación a quien quiera, pero sin perjudicar a los restantes, quedando, por tanto, extinguida la obligación en la cantidad que represente la parte del deudor liberado.

- La confusión de derechos. Típico modo extintivo es la confusión de derechos, por la imposibilidad de que una misma persona sea a la vez acreedor y deudor por un mismo concepto. Este caso requiere un examen especial: la confusión de derechos puede afectar a la relación acreedor-deudor o a la relación deudor-fiduciario. La confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor, principalmente aprovecha a los fiadores. La que se realiza en cualquiera de éstos, no extingue la obligación. El precepto es claro: en el primer caso sucumbe la obligación principal y, por repercusión, la fianza. En el segundo parece sólo ésta, pero queda intacta la fundamental.⁴⁷
- “La confusión que se proyecta sobre la relación deudor-fiduciario. Cuando se confunde la obligación principal y la accesoria, por heredar el fiador al deudor o éste a aquél, se produce la extinción de la fianza, porque lógicamente el deudor no puede ser fiador de sí mismo.
- La compensación. Como pudiera haber confusión, es preciso que se trate de obligaciones principales, y sabido es el carácter accesorio de la fianza. El fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal-. Cuando la compensación actúa entre el acreedor principal y el fiador directamente, entonces no hay problema de ninguna clase.
- La novación. Cuando se produce la novación de la obligación principal, nos referimos, claro está, a la novación tradicional o típicamente extintiva, desaparecen ipso facto las obligaciones accesorias de fianza, según se desprende de la

⁴⁷ Espín Canovas, Diego, *Manual de derecho civil*, pág. 231.



configuración tradicional del instituto y de la declaración de la doctrina. Si la novación es simplemente modificativa, queda subsistente la fianza en los términos estipulados. Por eso, cuando la modificación amplía el contenido de la obligación, haciéndola más gravosa, tal modificación no afectará al fiador más que cuando preste su asentimiento a esa modificación.”⁴⁸

3.4. La garantía personal y la caución juratoria

Con menor amplitud, establece el Código Civil guatemalteco la garantía personal y la caución juratoria para el ejercicio del cargo de tutor y protutor. Específicamente, el Artículo 325 regula estas dos garantías.

En cuanto a la garantía personal, se refiere a la responsabilidad que asume la persona que va a ejercer el cargo de tutor o protutor, lo cual hoy en día sería poco probable o casi nula su aplicación, tomando en consideración la fuerza obligatoria que a perdido la palabra, a diferencia de la época en la cual fue promulgado el Código Civil guatemalteco, razón por la cual fue considerada dicha garantía.

En lo referente a la caución juratoria, esta se determina por el juramento que realiza la persona sobre la cual recaerá el cargo de tutor o protutor. “La caución juratoria es la obligación que una persona contrae con juramento, de cumplir, voluntaria o judicialmente, alguna cosa. En concreto se le acepta al usufructuario que no haya prestado fianza, si reclama la entrega de los muebles necesarios para su uso y que se le asigne habitación para él y su familia en casa comprendida el usufructo, siempre que el juez lo acepte, consultadas las circunstancias del caso.”⁴⁹

Enunciadas y estudiadas cada una de las garantías que establece la legislación civil guatemalteca, se pasa a considerar la comparación entre cada una de éstas y la preponderación de la hipotecaria.

⁴⁸ *Ibid*, pág. 232.

⁴⁹ Cabanellas, *Ob. Cit*; pág. 108.



CAPÍTULO IV

4. Exigibilidad de la garantía para el cargo de tutor y protutor

La tutela como institución protectora, es de suma importancia, para el cuidado de la persona y los bienes de los menores de edad que no se hallen bajo la patria potestad, así como para aquellos que siendo mayores de edad hayan sido declarados en estado de interdicción toda vez no tengan padres.

Por lo tanto, debe prestarse especial atención a las normas jurídicas del Derecho Civil, que regulan lo relacionado con la institución de la tutela.

En ese orden de ideas, dos son los aspectos trascendentales a ser considerados en cuanto a la tutela; por una parte lo relacionado con la protección y cuidado de la persona del pupilo, lo cual se encuentra en estrecha relación con la correcta administración de los bienes que posea éste.

En tal sentido, a partir del Artículo 319 del Código Civil guatemalteco, se regula lo concerniente al ejercicio de la tutela.

Y como requisito esencial para el discernimiento del cargo de tutor y protutor, la ley establece una serie de obligaciones que deben ser cumplidas para poder ejercer el cargo.

En lo relacionado con el aspecto central del presente estudio, es decir, el tema de la administración de los bienes del pupilo; entre los requisitos que se establecen se encuentran la obligación de elaborar un inventario de los bienes, así como el avalúo de los mismos.

Una vez cumplidos dichos requisitos, se establece un tercera que deviene en ser fundamental, nos referimos a la constitución de la garantía.



La ley establece opciones para prestar la garantía, pero dada la naturaleza de los bienes del pupilo y, sobre todo el objetivo que se pretende alcanzar, el cual es brindar protección al menor de edad o incapacitado; el juez debe exigir y preferir la garantía hipotecaria, derecho real que por su naturaleza, permite asegurar de mejor forma el patrimonio del pupilo y de esta manera evitar que sea dilapidado por el tutor o protutor.

Por lo antes expuesto y, tomando en consideración el tema de los derechos reales de garantía; en el tema de la garantía para el ejercicio de la tutela y protutela, debe imperar la exigibilidad de prestar garantía hipotecaria por parte del tutor.

Dentro de los tipos de garantía que establece la legislación civil guatemalteca, en lo relacionado con la que debe prestarse en los casos del discernimiento del cargo de tutor y protutor, el juez debe exigir con preeminencia la garantía hipotecaria, para asegurar de mejor forma que el patrimonio del pupilo no sea derrochado, lo cual devendría en una afección directa para el cuidado y protección del menor de edad o de la persona declarada en estado de interdicción que no tenga padres.

Dada la facultad que la ley concede al juez, y la amplitud que este posee en lo relacionado para el discernimiento del cargo de tutor y protutor, con mejor acierto y siempre buscando la protección del pupilo, debe tener preeminencia la garantía hipotecaria. Por lo tanto, se realiza el análisis de cada una de las garantías que puedan prestarse para el discernimiento del cargo de tutor y protutor, y de esta forma determinar con mejor acierto las ventajas que representa la garantía hipotecaria, para el cumplimiento de los fines del tutor y protutor en cuanto a la correcta administración de los bienes del pupilo.

4.1. Patrimonio del pupilo

La palabra patrimonio significa el conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre, o los bienes propios adquiridos por cualquier título. “En una definición más jurídica, el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de



derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciados en dinero. A modo de síntesis caracterizadora incluye el patrimonio: solo las personas pueden tener patrimonio, pero se reconoce a los individuos y a las personas abstractas; toda persona tiene un patrimonio, así se limite su activo a lo que tenga puesto y lo demás sean deudas; la mayor o menor cantidad y valor de los bienes no afecta a que sólo tenga un patrimonio cada persona, aunque la técnica moderna destaque la existencia excepcional del patrimonio separado; sólo cabe transmitirlo íntegramente por causa de muerte; constituye la prenda tácita y común de todos los acreedores del titular de los perjudicados por él.”⁵⁰

Por consiguiente dentro del ejercicio de la tutela, en la legislación se ha consignado la necesidad de prestar una garantía, con la finalidad de proteger el patrimonio del pupilo, puesto que de no existir tal obligación, se corre el riesgo de que los bienes del pupilo sean dilapidados, sin que exista medio alguno para que el tutor y el protutor respondan con sus propios bienes.

4.2. Ejercicio de la tutela y protutela

Dentro de los preceptos que establece el Código Civil guatemalteco para el ejercicio de la tutela y protutela, se establece en primer lugar la necesidad que existe de que el cargo sea discernido. El discernimiento implica el nombramiento que un juez realiza para desempeñar el cargo de tutor y protutor, por consiguiente dicho requisito es indispensable.

El Artículo 319 del Código Civil preceptúa: “Discernimiento del cargo. El tutor y el protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez. Ninguna tutela puede ser discernida sin estar llenados todos los requisitos que para su ejercicio exige la ley.”

⁵⁰ Ossorio, Ob. Cit; pág. 729.



“El discernimiento del cargo de tutor es la designación del que haya de ejercer el cargo. Tal discernimiento no ofrece problemas sino en los dos extremos dispares de no existir nombramiento por previsión paterna o por falta de personas expresada en las previsiones legales; o, por el contrario, por estar ante el caso del nombramiento plural de tutores. En la primera hipótesis, agotada la tutela legítima, entran en juego las normas de la dativa, que entrega a los parientes del menor o incapacitado, y en último extremo a los jueces, el pertinente nombramiento.

Con carácter privado, en el conflicto positivo el discernimiento debe ser al tutor elegido por el padre o por la madre; al nombrado por extraño cuando hubiese instituido heredero al menor incapaz; al designado por quien le deje legado o manda importante. De existir concurrencia en los dos últimos supuestos, el discernimiento del cargo corresponde al Juez.

No cabe ejercer las funciones de tutor, ni aun por nombramiento paterno, sin que el cargo sea discernido por juez competente, que autorice al nombrado para ejercer sus funciones. Es juez competente para el discernimiento de la tutela el del lugar en que los padres tenían su domicilio el día del fallecimiento. El juez que discierne la tutela es el competente para dirigir todo lo con ella relacionado, aun cuando los bienes del menor se encuentren fuera de su jurisdicción. Para discernir la tutela, el tutor confirmado o nombrado asegurará bajo juramento el buen desempeño de sus funciones. Priva de validez a los actos practicados por el tutor la falta de discernimiento judicial; pero el ulterior discernimiento implica ratificación de lo actuado, siempre que no haya perjuicio para el menor. Aun discernida la tutela, los bienes del pupilo no se entregan al tutor hasta luego del inventario y avalúo judicial.”⁵¹

Otra de las obligaciones que existen relacionadas con el ejercicio de la tutela, es la concerniente a la exigencia de realizar inventario, ello con la finalidad de determinar con

⁵¹ Cabanellas, *Ob. Cit*; pág. 267.



exactitud los bienes con los cuales cuenta el pupilo, a efecto de que constriña al tutor a prestar una garantía acorde con el haber del pupilo.

El Artículo 320 del Código Civil lo regula: "Obligación de hacer inventario. El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez, según la circunstancias. En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedará el tutor eximido de esta obligación."

Como complemento en cuanto al ejercicio de la tutela, se establecen los casos en los cuales es necesaria la autorización judicial. Así, en el Artículo 332 se regula: "Necesidad de autorización judicial. El tutor necesita autorización judicial:

- Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derecho reales del menor incapacitado; para dar los primeros en arrendamiento por más de tres años o con anticipo de renta por más de un año; para hacer o reconocer mejoras que 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;
- Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
- Para repudiar herencias, legados y donaciones;
- Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
- Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y
- Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero el pupilo."

Las prohibiciones que establece el Código Civil para el tutor son las reguladas en el Artículo 336. "Prohibiciones. Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes:

- 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;



- Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
- Aceptar donaciones del expupilo, sin estar aprobadas y canceladas la cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge o hermano del donante;
- Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
- Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.”

4.3. Análisis de los tipos de garantías

En cuanto a la regulación de la constitución de garantía, en el Artículo 321 se regula: “Constitución de garantía. Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.”

Dicha obligación opera tanto para el tutor como para el protutor, toda vez que el primero en el ejercicio de la administración de los bienes del pupilo, debe realizar su actividad de la mejor manera posible, tratando de no dilapidar los bienes. Asimismo, el protutor en su función fiscalizadora debe prestar garantía, a efecto de responder en caso su actividad no sea acorde con el discernimiento que se le ha efectuado, así como lo que la ley establece.

La garantía debe asegurar, según lo regulado en el Artículo 323 del Código Civil:

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



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

Ahora bien, tomando en consideración que al final del ejercicio de la tutela y protutela, existe la obligación de rendir cuentas ante el juez, deviene en ser sumamente importante la constitución de la garantía, previendo el cuidado del patrimonio del pupilo; razón ésta, que motiva el análisis de los diferentes tipos de garantía que regula nuestra legislación.

En sentido inverso al orden establecido en nuestra legislación civil, analizaremos cada uno de los tipos de garantía, para estar en condiciones de afirmar el porque de las ventajas de la constitución de la garantía hipotecaria para el ejercicio de la tutela y protutela.

a) La garantía personal: resulta limitada su determinación en nuestra legislación civil, toda vez que únicamente se expresa en esos términos, bastante imprecisos, sobre todo en cuanto a la finalidad que se persigue, la cual es asegurar los bienes del pupilo cuando son administrados por el tutor y fiscalizados por el protutor.

La garantía personal es la que ante el juez expresa la persona que va a ejercer el cargo de tutor o protutor; asimismo, puede establecerse por escrito, y obligarse en cuanto a lo contenido en el documento que se redacte. Ciertamente resulta limitado este tipo de garantía, en virtud que el mecanismo legal de coacción es casi nulo, en principio porque pudo haberse prestado en forma verbal, y en segundo lugar porque aunque conste por escrito, no se da algo en concreto en cuanto a una eventual reparación del daño que se cause al patrimonio del pupilo, precisamente por la ausencia de bienes materiales que amparen el ejercicio del cargo.

La facultad que tiene el juez para aceptar la garantía personal, se sustenta en las consideraciones de su juicio, al advertir la buena reputación y solvencia de quien va a ejercer el cargo. Dichos enunciados se sustentan en aspectos bastante subjetivos



como es el caso de la buena reputación, la cual deviene en ser poco comprobable, además de las circunstancias que pueden hacer variar tal calificativo, pero solo todo que no es elemento suficiente para proteger el patrimonio del sujeto a la tutela.

Asimismo, se toma en consideración la solvencia, aunque la ley no establece de forma precisa a que tipo se refiere, se entiende que es a la económica, la cual esta condicionada a variaciones, y en determinado momento quien posee una situación de solvencia económica podría venir a un estado de insolvencia o pobreza, lo cual afectaría la correcta administración de los bienes que le han sido encomendados; en consecuencia resulta poco favorable tal garantía.

- b) La caución juratoria: resulta en ser una simple promesa, expresada ante el juez, pero de la cual no hay un verdadero sustento en cuanto al aspecto patrimonial que ampare la administración del patrimonio del pupilo, que le es encomendado al tutor y protutor.

La palabra caución en el sentido estricto, equivale a la expresión de seguridad dada por el deudor al acreedor, de que le cumplirá lo pactado o acordado; pero una simple enunciación de propósitos no necesariamente va ligada a la fuerza coactiva, al menos en lo legal, y el hecho de agregarle un juramento no modifica el resultado en caso de incumplimiento y la negativa a resarcir el daño o cumplir con la obligación.

Por lo tanto, la masa patrimonial del pupilo no puede ponerse al descubierto, aislada de cualquier protección legal; cosa que sucedería en el caso de ser aceptada la caución juratoria como garantía para entrar a administrar los bienes del pupilo.

En cuanto a la obligación que recae para garantizar los bienes, la mera promesa no brinda amparo material, en consecuencia se corre el peligro latente de despilfarrar los bienes sin que por ello exista manera alguna de recuperarlos con toda certeza.



Actualmente, la caución juratoria no tiene mayor valor, toda vez que el comprometer la palabra o prometer, más aún bajo juramento, se ha vuelto fácil de quebrantar, en consecuencia, la palabra a perdido cualquier signo de garantía que en el pasado tuvo.

- c) La fianza: Este tipo de garantía ofrece mayor certeza que las antes expresadas, pero sin ser suficiente. Una de las consideraciones esenciales del contrato de fianza, es el hecho de que debe constar por escrito para su validez; por lo cual existe un medio probatorio en el cual sin lugar a dudas se determinan los alcances legales de la persona que se compromete a responder por las obligaciones, como es el caso del tutor y del protutor.

Otra particularidad es que a través del contrato de fianza, de manera expresa se establece a lo que el fiador se obliga, en consecuencia si surge alguna controversia, es preciso ajustarse en cuanto a su interpretación, a lo que se desprende del texto, es decir, el documento en el cual consta la obligación fiduciaria.

Como medida adicional en cuanto a las resultas del cumplimiento de la obligación, se puede considerar lo que establece el Artículo 2103 del Código Civil, el cual preceptúa: "El fiador puede limitar su responsabilidad constituyendo prenda o hipoteca. Si la fianza no fuere limitada el fiador queda obligado no sólo por la obligación principal sino por el pago de intereses, indemnización de daños y perjuicios en caso de mora, y gastos judiciales. El fiador no responderá de otros daños y perjuicios y gastos judiciales, sino de los que se hubieren causado después de haber sido requerido para el pago."

Asimismo, para realizar de mejor forma el análisis de la garantía fiduciaria en cuanto al ejercicio de la tutela y protutela, es preciso referirnos a la definición que nos da el Código Civil en el Artículo 2100, el cual regula: "Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta."



Especial atención merece el hecho de que tanto el tutor como el protutor son los principales responsables en cuanto al manejo de los bienes del pupilo; pero, habiendo prestado una garantía fiduciaria, se da la intervención de un tercero, es decir, el fiador, el cual asumirá el eventual incumplimiento por parte del tutor y protutor.

Mientras el tutor y protutor se encuentren solventes, la obligación contraída en cuanto a la administración de los bienes del pupilo, se encuentra medianamente garantizada, por lo cual la intervención del fiador, se limitaría a una mera posibilidad de asumir la obligación principal.

Si el fiado, es decir, el tutor y protutor no cumplen con su obligación una vez practicadas las cuentas del ejercicio de la tutela en cuanto a la administración de los bienes del pupilo; se produce la intervención del fiador, el cual asume la obligación. Pero puede producirse el caso que el fiador cayera en estado de insolvencia, lo cual dificultaría garantizar los bienes del pupilo, toda vez que sería necesario exigir otro fiador abonado.

Como se ha anotado, la intervención del fiador se produce ante la falta de solvencia del fiado; pero, si también se produce la misma situación en el fiador, significa que ambos no pueden cumplir con garantizar la obligación contraída. En el caso particular de la tutela y protutela, es el tutor y protutor quienes tienen la obligación respectiva de solicitar otro fiador abonado, lo cual dificulta un tanto la fiscalización y solvencia para garantizar la administración de los bienes del pupilo, toda vez que es precisamente el incumplimiento por parte del tutor o protutor, lo que motiva la intervención del fiador.

Además, cuando se produce el incumplimiento por parte del deudor principal, que en el presente estudio se resume en la persona del tutor y protutor; es necesario practicar la ejecución sobre los bienes del fiado, o proceder directamente en contra



del fiador, el cual podría acogerse al beneficio de excusión, señalando los bienes realizables del deudor que sean suficientes para garantizar el importe de la obligación. Esta situación produciría toda una serie de actos procesales, para poder cumplir finalmente con la protección del patrimonio del pupilo.

Por ello, entre otras consideraciones, el contrato de fianza no asegura del todo el correcto desempeño en cuanto a la administración de los bienes del pupilo, por parte del tutor o protutor.

- d) La prenda: Representa como se ha anotado, una garantía con mayor soporte a las antes vistas, tomando en consideración la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae, es decir, bienes muebles.

Precisamente por la materialización que se produce en cuanto a la existencia de bienes muebles que amparan la administración de los bienes del pupilo, se da una mayor certeza de que pueda compensarse una situación de merma o pérdida de los bienes que se pretenden garantizar.

No obstante el grado de garantía que ofrece la prenda, ésta se ve afectada por ciertas deficiencias tales como:

- El hecho de que el bien mueble se deteriore
- El mantenimiento que en ocasiones debe dársele
- La posibilidad de extraviarse
- Puede ser objeto de robo
- Hurto
- Pérdida
- Destrucción
- Lo percedero que puede resultar el bien mueble sujeto a prenda
- Disminución en cuanto a su valor cuantitativo y cualitativo
- Modificación que pudiese sufrir en atención a su naturaleza
- El hecho de que no siempre se encuentra sujeta a registro



- El avalúo que pudiese dársele, el cual en ocasiones no correspondería al monto de los bienes que se pretenden garantizar

Ante esta serie de limitaciones que posee la prenda, se determina lo poco aconsejable que resulta su constitución, en función de ser un derecho real de garantía, puesto que carece de ciertas ventajas, que permitan cubrir y amparar el patrimonio del pupilo.

Como complemento establece nuestra legislación civil en el Artículo 326 del Código Civil: "La garantía prendaria que preste el tutor, se constituirá depositando los efectos o valores en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; y a falta de ella, en una persona de notorio arraigo"

- e) La hipoteca: Ésta, como derecho real de garantía es la que mejor se ajusta a dicho fin, toda vez que se constituye sobre bienes inmuebles, lo cual repercute en la solvencia para el cumplimiento de una obligación, como el caso particular que nos ocupa, es decir, la protección de los bienes del pupilo, cuando deban ser administrados por el tutor y fiscalizados por el protutor.

Por ello, los jueces de familia al realizar el discernimiento del cargo de tutor y protutor, deben procurar que las personas nombradas para tales fines, presten como garantía el contrato hipotecario sobre los bienes que alcancen a asegurar los del pupilo, lo cual en nada afecta a dichas personas, toda vez que la legislación regula la retribución que se pagará anualmente a la persona del tutor y del protutor.

En el Artículo 340 del Código Civil, se establece lo relacionado con la retribución. "La tutela y protutela dan derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo. Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el



trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela. La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor, correspondiendo al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restante.”

Son varias las ventajas que representa la constitución de la garantía hipotecaria, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

- La naturaleza de los bienes sobre los cuales se constituye, es decir, bienes inmuebles
- Gozan del beneficio de inscripción en el Registro General de la Propiedad
- La opción de promover el remate, para exigir el cumplimiento de la obligación con el importe de la subasta del inmueble
- La perdurabilidad del bien
- La inamovilidad que se produce sobre esta clase de bienes
- La tendencia al alza en cuanto al precio, lo cual por lo general se produce sobre los bienes inmuebles, con escasas excepciones de devaluación
- En términos más precisos, la plusvalía de los inmuebles, lo cual asegura una mejor situación para el patrimonio del pupilo
- El monto que se le asigna a través del avalúo, por lo general guarda relación con el valor real
- El aumento que puede producirse en cuanto a su valor cuantitativo y cualitativo
- Por lo general este tipo de garantías alcanza a cubrir el monto total de la obligación contraída.
- La dificultad que representa enajenar los bienes inmuebles cuando pesa sobre estos un gravamen de tipo hipotecario.

Al respecto, la constitución de la garantía se establece con ciertas particularidades en los Artículos del Código Civil, así: Artículo 321. “Constitución de garantía. Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.”



Artículo 322 del Código Civil guatemalteco: “Cuando con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que haga obligatoria la caución, lo harán saber al juez, el propio tutor o protutor, o la Procuraduría General de la Nación, para el efecto de la constitución de la garantía.”

Artículo 323 del Código Civil guatemalteco: “La garantía deberá asegurar:

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

Del análisis efectuado, se desprende la preponderancia de la hipoteca, como derecho real de garantía, en cuanto a la exigencia que a los tutores y protutores les es requerida, cuando deban administrar bienes del pupilo. Por consiguiente, los jueces de familia, deben tratar por todos los medios que cuando se da el discernimiento del cargo, se establezca de manera preferente la garantía hipotecaria, especialmente cuando el patrimonio del pupilo es de considerable valor, lo cual puede dar lugar a una serie de anomalías por parte del tutor y del protutor, no obstante las funciones para las cuales son nombrados.



CONCLUSIONES

1. La garantía personal para el ejercicio de la tutela y protutela, resulta limitada, toda vez que únicamente se presta en condiciones poco precisas, sobre todo en cuanto a la finalidad que se persigue, la cual es asegurar los bienes del pupilo cuando son administrados por el tutor y fiscalizados por el protutor.
2. La caución juratoria prestada para el ejercicio del cargo de tutor y protutor, resulta ser una simple promesa expresada ante el juez, pero de la cual no hay un verdadero sustento en cuanto al aspecto patrimonial que ampare la administración del patrimonio del pupilo.
3. La prenda, como derecho real de garantía ofrece mayor certeza que la garantía personal y la caución juratoria; pero sin ser suficiente para garantizar la correcta administración de los bienes del pupilo, toda vez que el bien mueble se encuentra sujeto a toda una serie de circunstancias que pueden alterar su esencia, tal es el caso del deterioro, pérdida, robo, hurto, menoscabo, alteración en cuanto a sus cualidades cuantitativas y cualitativas, etc.
4. La hipoteca como derecho real de garantía, es la que más se ajusta a la finalidad de asegurar el patrimonio del pupilo cuando éste debe ser administrado por el tutor o protutor, toda vez que se constituye sobre bienes inmuebles, lo cual repercute en la solvencia para el cumplimiento de la obligación al rendir las cuentas de la administración de la tutela y protutela.
5. En el discernimiento del cargo de tutor y protutor, no siempre se vela por el fiel cumplimiento de las normas legales, específicamente en lo que se refiere a la constitución de la garantía, cuando deban administrarse bienes del pupilo, específicamente en cuanto a la exigencia de la constitución de hipoteca.





RECOMENDACIONES

1. Deben los jueces de familia al solicitar la garantía para el discernimiento del cargo de tutor y protutor, rechazar la garantía personal, toda vez que ésta ya no se ajusta a la realidad, y en consecuencia dejaría en completa vulnerabilidad el patrimonio del pupilo.
2. Es imperativo que los jueces de familia rechacen como garantía la simple caución juratoria prestada por el tutor y protutor, toda vez que una simple promesa no asegura la correcta administración de la masa patrimonial de la persona sujeta a la tutela y protutela.
3. Deben los jueces de familia en la medida de lo posible, disminuir el grado de aceptación de la prenda como garantía, cuando deban administrarse bienes del pupilo, toda vez que por su naturaleza no permite asegurar del todo las resultas que pudiesen ocasionarse al darse la finalización del ejercicio del cargo de tutor y protutor.
4. Es importante que se constituya garantía hipotecaria por parte del tutor y protutor, para que entren a administrar los bienes del pupilo, toda vez que por la naturaleza de éste derecho real, se asegura de mejor forma el patrimonio; además de las claras ventajas que representa, atendiendo a su registro, perdurabilidad, plusvalía, inamovilidad, etc.
5. Es necesario que los jueces de familia, al discernir el cargo de tutor y protutor, exijan de manera preferente la constitución de garantía hipotecaria, especialmente cuando el patrimonio del pupilo es de considerable valor, lo cual puede dar lugar a una serie de anomalías por parte del tutor y del protutor, no obstante las funciones para las cuales son nombrados.





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.**
- ESPIN CANOVAS, Diego. Manuel de derecho civil. 2a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1959.**
- IGLESIAS, Juan. Derecho romano. 12a. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999.**
- 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.**
- VERON, 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.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

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.