

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

**ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE LA TUTELA, PROTUTELA Y EL USO
DEL MANDATO SUSTITUYENDO FUNCIONES DE LAS MISMAS EN EL
DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA**

LICENCIADA MARY CAROLINA VON-RAYNTZ FLORES

CHIQUIMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

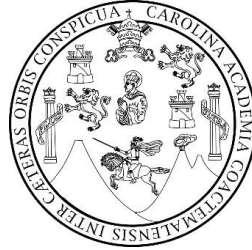
**ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE LA TUTELA, PROTUTELA Y EL USO
DEL MANDATO SUSTITUYENDO FUNCIONES DE LAS MISMAS EN EL
DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestra en Ciencias, con base al Normativo de Tesis, de la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales aprobado por la Junta Directiva en el Punto Quinto Inciso 5.1 del Acta No. 11-98 del 13 de abril de 1998 y con base a autorización contenida en el Punto Octavo, Inciso 8.3 del Acta 13-2011, de Reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 8 de noviembre de dos mil once y Punto Décimo Tercero, Inciso 13.2 del Acta 03-2012, de la reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 13 de marzo de dos mil doce, ampliado en el punto decimo, inciso 10.01, acta 02-2014, de Reunión Ordinaria celebrada el 04 de febrero de dos mil catorce por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado.

LICENCIADA MARY CAROLINA VON-RAYNTZ FLORES

CHIQUIMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL PROCESAL CIVIL**



RECTOR

DR. CARLOS GUILLERMO ALVARADO CEREZO

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	M.Sc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
Representante de Docentes:	M.Sc. José Leonidas Ortega Alvarado Lic. Zoot. Mario Roberto Suchini Ramírez
Representante de Graduados:	Lic. Zoot. Oscar Augusto Guevara Paz
Representantes Estudiantiles:	P.C. Diana Laura Guzmán Moscoso M.E.P. José Roberto Martínez Lemus
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. María Roselia Lima Garza
Secretario:	M.Sc. Dina Azucena Cerín Miranda
Vocal:	Ph.D. Jaime Geovani Rosa Erazo
Asesora de Tesis:	Ph.D. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

Chiquimula, 20 de octubre 2016

Señor
Coordinador del Programa de Postgrado
Centro Universitario de Oriente
Su despacho

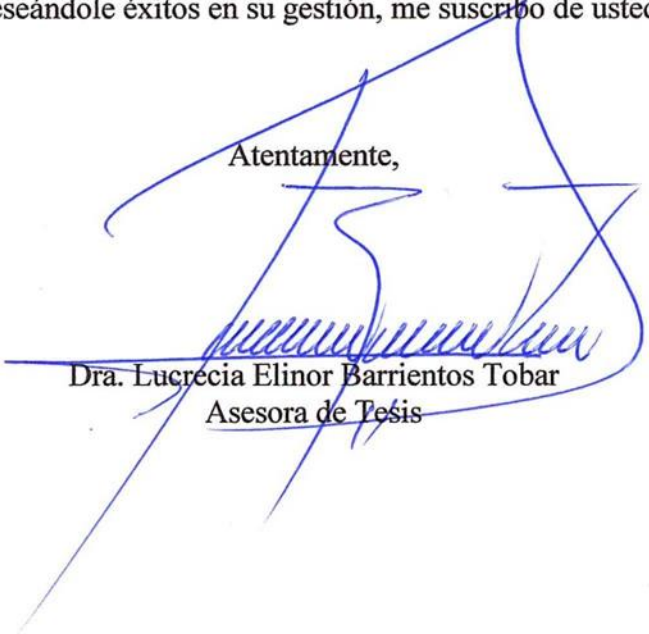
Respetable Coordinador:

Por resolución que dictó el Departamento de Estudios de Postgrado de ese Centro a su digno cargo, se me designó para ejercer la tutoría del trabajo de investigación que propuso la licenciada **MARY CAROLINA VON-RAYNTZ FLORES**, sobre el tema **"ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE LA TUTELA, PROTUTELA Y EL USO DEL MANDATO SUSTITUYENDO FUNCIONES DE LAS MISMAS EN EL DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA"** con el fin de presentar el resultado como tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho Civil y Procesal Civil.

Sobre la realización de la investigación del tema, la investigadora consultó la bibliografía necesaria y fundamental, cumpliendo así con el protocolo de tesis que se aprobó en su oportunidad. Dicho trabajo reúne todos los requisitos reglamentarios y cumple con los principios y técnicas de la metodología de la investigación científica. Por lo que solicito que sea nombrado el Jurado Examinador y se realicen los trámites correspondientes para su impresión.

Sin otro particular, deseándole éxitos en su gestión, me suscribo de usted.

Atentamente,


Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
Asesora de Tesis

CERTIFICACIÓN.ACTA.EPT.DEPG-10-2017

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios ochenta y cuatro y ochenta y cinco donde se encuentra el Acta EPT veintinueve guion dos mil dieciséis (ACTA EPT-29-2016), que copiada literalmente dice:-----

"Acta EPT-29-2016: En el salón J-9 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Ph.D. María Roselia Lima Garza, (Presidenta), Maestra en Ciencias Dina Azucena Cerín Miranda (Secretaria), y Ph.D. Jayme Giovani Rosa Erazo (Vocal), el día jueves veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016), siendo las dieciséis horas, para practicar el EXAMEN PRIVADO DE TESIS, de la Licenciada Mary Carolina Von-Rayntz Flores (Postulante), inscrita con carné No. 100009796, en la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, como requisito previo a optar el grado de Maestra en Ciencias en la rama de Derecho Civil y Procesal Civil, en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, con base a autorización contenida en Punto Octavo, Inciso 8.3 del Acta 13-2011, de Reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 8 de noviembre de dos mil once y Punto Décimo Tercero, Inciso 13.2 del Acta 04-2012, de la reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 13 de marzo de dos mil doce, ampliados en el Punto Décimo, Inciso 10.01, acta 02-2014, de Reunión Ordinaria celebrada el 04 de febrero de dos mil catorce por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado. Haciendo constar lo siguiente: -----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: "**REALIDAD DE LA TUTELA EN**

LA ACTUALIDAD EN EL DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA", elaborado por la postulante, Licenciada Mary Carolina Von-Rayntz.-----

TERCERO: El resultado del examen fue APROBADO por UNANIMIDAD de votos CON CORRECCIONES.-----

CUARTO: Las correcciones realizadas deberán contar con el aval la Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza, presidente del Tribunal Examinador. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en la ciudad de Chiquimula, siendo las diecisiete horas del día veintisiete de octubre de dos mil dieciséis." Firmaron el acta Doctora María Roselia Lima Garza, Maestro en Ciencias Dina Azucena Cerín Miranda, Doctor Jayme Giovani Rosa Erazo y Licenciada Mary Carolina Von – Rayntz Flores".

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmando la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, el día seis de octubre de dos mil diecisiete.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



CERTIFICACIÓN.ACTA.EPT.DEPG-11-2017

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folio ciento treinta y uno donde se encuentra el Acta EPT veintiuno guion dos mil diecisiete (ACTA EPT-21-2017), que copiada literalmente dice:-----

"Acta EPT-21-2017: En las Oficinas del Departamento de Estudios de Postgrado, de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza, (Presidenta) del Tribunal Examinador y Licenciada Mary Carolina Von-Rayntz Flores (Postulante), el día tres de septiembre de dos mil diecisiete, siendo las quince horas en cumplimiento a la establecido en el acta EPT-29-2016, para realizar la revisión de que todas las correcciones sugeridos por los Miembros del Jurado Examinador hayan sido incorporados al informe final de tesis presentado por la postulante.-----

PRIMERO:Procedimos a efectuar las revisión de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRO EN CIENCIAS**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto, del Acta 11-2014, en la sesión celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: Después de haber revisado que la estudiante realizó las correcciones y el cambio de nombre de: **"REALIDAD DE LA TUTELA EN LA ACTUALIDAD EN EL DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA"** al de **"ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE LA TUTELA, PROTUTELA Y EL USO DEL MANDATO SUSTITUYENDO FUNCIONES DE LAS MISMAS EN EL DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA"**, el cual fue incluido en todo el documento, por lo que se da por aprobado en forma definitiva, el Informe Final de Tesis presentado por la postulante Licenciada Mary Carolina Von-Rayntz Flores, previo a obtener el grado académico de Maestra en Derecho Civil y Procesal Civil. No habiendo más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha, siendo las diecisiete treinta horas. Damos fe." Firmaron el acta Doctora María Roselia Lima Garza y Licenciada Mary Carolina Von – Rayntz Flores".

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmando la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, el día seis de octubre de dos mil diecisiete.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

Director Departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente



D-TG-MADP-100/2017

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestrante **MARY CAROLINA VON-RAYNTZ FLORES** titulado “ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE LA TUTELA, PROTUTELA Y EL USO DEL MANDATO SUSTITUYENDO FUNCIONES DE LAS MISMAS EN EL DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA”, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRA EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a diez de octubre de dos mil diecisiete.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera

DIRECTOR

CUNORI - USAC



c.c. Archivo

NWGC/ars

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

A Dios	Fuente de sabiduría y fortaleza en mi vida.
A mis hijos e hijas	Roberto, Marián, Andrés y Cristal con Amor inigualable, fuente de inspiración y motivación.
A mis nietas	Lina Victoria y Ariana Lucía con tierno Amor.
A mi hermano	Alfredo con Amor fraterno.
A mis hermanas	Luatani y Nurian con Amor fraterno.
A mis sobrinos y sobrinas	Wellington, Kevin, Kimberly, José, Luatani, Cristel, Samuelito, Débora y Nicol con Amor.
A	Francisco por su apoyo oportuno.
A mis colegas	Evelyn, Anamar y Yoli, con respeto y cariño.
Y Equipo de trabajo	Olguita, Roberto y Nelfi mi agradecimiento por su apoyo en todo momento.
A la Universidad de San Carlos de Guatemala	Por las oportunidades de superación.
A usted	Con respeto y cariño le hago participe de este logro académico, que con tanto esfuerzo Dios me ha permitido coronar con bendición.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I	
ORIGEN HISTORICO DE LA TUTELA	
1. Antecedentes históricos de la tutela	1
1.1 Antecedentes de la tutela y curatela romana	2
1.2 Guarda y custodia de menores e incapaces	12
1.3 Antecedentes históricos de la tutela en la legislación de 1877 en Guatemala	13
1.4 La patria potestad en Roma	16
1.5 Derechos sobre la persona	18
1.6 Derechos sobre los bienes	20
1.7 Fuentes de la potestad paterna	21
1.8 Causas de disolución de la patria potestad	23
1.9 Otras potestades en el derecho romano	24
1.10 Factores que han influido en la evolución de la tutela y protutela a través de la historia	25
1.11 Derecho comparado	26
CAPITULO II	
PATRIA POTESTAD	
2.1 Concepto de patria potestad	30
2.2 Aspectos legales y doctrinarios	31
2.3 Características de la patria potestad	35
2.4 Elementos de la patria potestad	35
2.5 Similitud de la patria potestad y la guarda y custodia de menores e incapaces	36
2.6 Contenido de la patria potestad	38
2.7 Suspensión, pérdida y restablecimiento de la patria potestad	42

CAPITULO III

TUTELA Y PROTUTELA

3.1	Aspectos legales y doctrinarios de la tutela y protutela	46
3.2	Características de la tutela	49
3.3	Clases de tutela	50
3.4	La tutela, protutela y la guarda y custodia de menores e incapaces	54
3.5	Similitud con la patria potestad	55
3.6	Diferencias entre tutela y patria potestad	55
3.7	Diferencia entre patria potestad, tutela y guarda y custodia	56
3.8	Cuadro comparativo de patria potestad, tutela y guarda y custodia	57
3.9	Forma de instruir el cargo de tutor y protutor	73
3.10	Excusas y prohibición para ejercer la tutela y protutela	79

CAPITULO IV

LA TUTELA Y LA FIGURA DEL MANDATO

4.1	Utilización del mandato en el ejercicio de la tutela	82
4.2	Reformas al Código Civil Decreto Ley número 106	84
4.3	Competencia de los Juzgados de Primera Instancia de Familia para la autorización de matrimonios de menores de 18 años	86
4.4	El Mandato	89
4.5	Regulación legal del mandato	94
4.6	Clases de mandato contenido en la ley	96
4.7	Obligaciones del mandatario con respecto al mandato	97
4.8	Utilización del mandato sustituyendo funciones de la tutela en el departamento de Chiquimula	99
4.9	Supuestos o Causales de suspensión o rechazo definitivo de la inscripción de un mandato	100

CAPITULO V
INSTITUCIONES LEGALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS DEL MENOR O MAYOR INCAPAZ EN EL
DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA

5.1	Breve reseña histórica de Derechos Humanos en Guatemala	104
5.2	Derecho Comparado en la Normativa Internacional	106
5.3	Marco legal de los Organismos de Protección de Derechos Humanos de La Niñez	106
5.4	La Procuraduría General de la Nación	114
5.5.	Juzgado de Primera Instancia de Familia	119
5.6	Realidad de la tutela y protutela en el departamento de Chiquimula	120
 CONCLUSIONES		 123
BIBLIOGRAFÍA		124

INTRODUCCIÓN

La presente investigación contiene un análisis jurídico-doctrinario de las instituciones de la tutela y protutela y guarda y custodia de menores de edad o mayores en estado de interdicción y la problemática de la utilización del mandato sustituyendo funciones de las mismas, personas que por su minoría de edad o por capacidades especiales, no pueden manifestar su voluntad, ni administrar correctamente sus bienes; constituyendo un grupo social vulnerable desde todo punto de vista.

Para la justificación del presente trabajo se hace un análisis de las instituciones siguientes: la patria potestad, la tutela y protutela y la guarda y custodia de menores de edad y en estado de interdicción y el uso del Mandato para representar a menores de edad o en estado de interdicción.

Como definición del problema objeto de la presente investigación científica se puede indicar que radica en el ejercicio de la patria potestad los padres y/o madres de familia otorguen la tutela y guarda y custodia de menores; lo cual en el código civil y procesal civil no es aplicable; toda vez que dicha institución tiene el procedimiento legal respectivo y que es de competencia de un juez de primera instancia de familia.

La delimitación geográfica del problema a investigar es el departamento de Chiquimula.

Se tiene la hipótesis que en Chiquimula la institución de la tutela es poco practicada debido a que el mandato especial sustituye las funciones de la misma.

Para desarrollar el presente trabajo se propone como objetivo general: realizar un estudio detallado de la utilización del procedimiento legal de la tutela y protutela, para establecer la supervivencia de la misma, si es funcional o no actualmente y como objetivo específico establecer si el mandato especial sustituye las funciones de tutela y guarda y custodia.

Se resume el contenido de la presente investigación: El capítulo I) Breve reseña histórica de la Tutela y Curatela, Protutela, Guarda y Custodia y Patria Potestad tanto en el Derecho Romano, como en el Derecho Civil Guatemalteco de 1877. El capítulo II) La Patria Potestad como autoridad y poder que ejerce el padre o madre en su caso en cuanto la persona y bienes de sus hijos menores de edad. Aspectos legales y doctrinarios, características, elementos y contenido legal de dicha institución. Capítulo III) Trata la institución de la Tutela y Protutela como institución que guarda, protege y representa a menores e incapacitados no sujetos a Patria Potestad y para la administración de su Patrimonio. Capítulo IV): La figura del Mandato y la utilización del mismo en el ejercicio de la Tutela y Protutela y las causales por las que no son objeto de registro en cuanto a menores se refiere. Capítulo V): Se aborda el tema de los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes; haciendo una reseña histórica de los mismos; el marco legal de los Derechos humanos y los Organismos del Estado y su aplicación como medidas apropiadas para proteger a los mismos contra toda forma de abuso, violencia o descuidos o tratos negligentes. Conclusiones de la presente investigación, bibliografía usada; leyes consultadas, que sirvieron de base para la presente investigación.

Por último, un apartado de anexos, que incluye gráficas con detalles de las encuestas realizadas a litigantes, Juez de Primera Instancia de Familia del departamento; Delegada de la Procuraduría General de la Nación en Chiquimula.

Se usó el método documental para el análisis de la doctrina invocada, el método inductivo para formular conclusiones según los datos del trabajo de campo y confrontar la hipótesis con los resultados obtenido.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TUTELA

El origen de la institución tutelar de menores de edad e incapaces, es anterior al derecho romano, fue propiamente en Grecia donde la Tutela de los menores de edad tuvo su origen. Los pueblos primitivos sometidos a la organización patriarcal, no conocieron la tutela de los huérfanos.

En todos los pueblos civilizados se ha reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia los menores y las clases más débiles o necesitadas. Fue en Grecia donde establecieron las reglas del derecho civil; en esta organización hubo un lazo que unió el interés de la familia con el del incapaz. Si el impúbbero tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de grandísima importancia para los miembros de la familia civil, llamados a heredarle a su muerte; por eso la ley de las XII tablas, dando satisfacción a este doble interés, confiaba la tutela a los parientes afines o al patrono del impúbbero.

La tutela es una institución creada para proteger a los menores de edad y a los incapaces, aún mayores de edad, permitida por el Derecho Civil en Roma a fin de distinguir la tutela de la patria potestad; para indicar que, a diferencia de ésta, daba al padre de familia la propiedad de los bienes y en el derecho romano hasta la de la persona del que estaba sometido a ella; la tutela, simple poder protector, solo tenía por objeto conservar los bienes al pupilo defender su persona (tutores y cuasi tutores).

La tutela tenía por objeto proteger a los que no pueden defenderse a causa de su edad, con cuyas palabras aunque pudieran creerse que pretendían indicar que no existía ya en tiempo de Justiniano más que una tutela que se daba por razón de la edad, mientras que antiguamente existía otra que se daba por razón del sexo, parece más bien dar a entender que, a diferencia de la curatela que se daba por razón de demencia o de alguna otra circunstancia particular, la tutela no se da nunca sino por razón de la edad.

1.1 Antecedentes de la tutela y curatela romana

La definición romana expresaba que el poder de la tutela se da en o sobre una cabeza libre, porque solo se ejerce por las personas libres, no solamente de la potestad dominical, sino de la patria potestad y en efecto, sólo los impúberes sui juris, son las personas que están bajo la tutela o que especialmente necesitan de tutela.

En Roma, los hijos eran considerados como una cosa u objeto, del padre o del grupo familiar, quienes ejercían sobre ellos una especie de ius dominicale (**Derecho de Dominio**); Por lo tanto no teniendo derechos propios, no existiendo el sujeto jurídico, no era concebible la tutela, después de la muerte del padre pasaba el huérfano a poder de los parientes, que continuaban ejerciendo sobre el huérfano el mismo poder dominical.

En la civilización griega se destacó la personalidad del hijo de la del padre y de la de los parientes, lo cual dio origen a la institución protectora del menor y del incapaz; de la tutela, lo que en la época primitiva era establecida en interés de la Familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos.¹

La Tutela en Roma es definida por Sergio Sulpicio como: **“El poder dado y permitido por el derecho civil a una persona libre para proteger a quien por causa de su edad no puede defenderse a si mismo”**. Debe entenderse esta definición como la protección de un menor, en cuanto a su edad únicamente.²

Tanto la tutela como la curatela romana era el poder que se ejercía sobre personas que aun siendo sui juris, no tenían la capacidad de entender y de querer; no solo sobre la vida del menor sino también era necesaria para administrar, convenientemente el propio patrimonio. La falta de tal capacidad puede ser total o parcial, y fundada en **razones de edad, de sexo, de enfermedad mental o de tendencia a dilapidación**, el impúber ó incapaz y la mujer quedaban sujetos a tutela al morir el pater familias bajo cuya potestad se encontraba.

¹ Aguilar Guerra Vladimir Osmán. Derecho de Familia Lit. Orión. 3ª. Edición, Guatemala. 2009. Pág. 265-271

² Medellín Carlos. Lecciones de Derecho Romano, Colombia, 1961. 11ª. Edición, Bogotá Pág. 40-47

Generalidades de las personas “Sui juris”. Estas no estaban sometidas a ninguna de las cuatro potestades romanas que preceden y no dependían más que de ellas mismas. Se dividen en **capaces**, que pueden cumplir solas los actos jurídicos e **incapaces** para las cuales el derecho tiene organizada una protección dándoles bien un tutor, o un curador; formando la capacidad el derecho común, de las personas incapaces, se estudia de una manera efímera, para poder establecer la realidad de dicha institución de la tutela y curatela en el Derecho romano.

- a. **La falta de edad:** Se daba un tutor a los impúberos y desde cierta época se dio también un curador a los menores de veinticinco años.
- b. **El sexo:** las mujeres en el derecho antiguo, estaban bajo la tutela perpetua primero de los padres y al casarse bajo la tutela del marido y si este fallecía quedaban en tutela perpetua, del hijo mayor que ejercería como pater familia.
- c. **La alteración de las facultades intelectuales:** Todos los que padecían esta enfermedad estaban provistos de un curador.
- d. **La prodigalidad:** El prodigo quedaba impedido y puesto en curatela.

Estas mismas incapacidades podían alcanzar también a los alieni juris, pero no teniendo patrimonio que salvar, el jefe de familia era para ellos un protector natural.

1.1.1 Personas que estaban bajo tutela

- a. **Los impúberes.** Sui iuris, de uno y otro sexo, según la edad; estos tienen la necesidad de un protector habiendo nacido sui juris, fuera de matrimonio legítimo, o bien si nacido bajo la potestad paterna, ha salido de ella antes de la pubertad. Este protector se llamaba tutor.

El poder concedido al tutor no era una verdadera potestad, pues difería notablemente, por varias causas de la potestad paterna. Así el impúber menor no quedaba sometido sui juris, el tutor no tenía ni derecho de corrección ni autoridad sobre la persona del pupilo, terminando la tutela en la pubertad.

El impúber en la antigua Roma es llamado, pupillus. La palabra minor indica el sui juris que aún no tiene veinticinco años.

- b. La Tutela en Roma se consideró una carga pública** (munus publicum) siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano o del sexo masculino. Además, un hijo de familia podía ser tutor, porque la autoridad paterna sólo tenía efecto en el orden privado. De la ausencia de estas condiciones resultaban los incapacitados, teniendo un carácter de orden público. Pero un ciudadano capaz podía hacer valer excusas, es decir, obtener del magistrado ser **dispensado de la tutela** por ciertas causas especialmente determinadas, **tal como el número de hijos, un cargo público o la edad de setenta años**. La minoría de veinticinco años, conceptuada como excusa en el derecho clásico, llegó a ser en tiempo de Justiniano un motivo de incapacidad.

1.1.2 Designación del tutor

En la ley de las XII tablas, se permitió al jefe de familia escoger un heredero, le concede también derecho para designar por testamento al tutor de su hijo.

A falta de tutor testamentario, difiere la tutela a los miembros de la familia civil que llama efectivamente, en primer lugar al **agnado** más próximo y después a los **gentiles**. La carga de la tutela sigue así la esperanza de la herencia y estos tutores se intestan personalmente en la conservación del patrimonio del pupilo. Se les llama **legítimos** porque su llamamiento a la tutela procede de la ley.

Hacia el siglo VI de Roma, cayendo en desuso la gentilidad, se fijó una idea nueva, y era que la sociedad debía intervenir en la protección del incapaz, si la familia no era suficiente, a falta de parientes afines o tutor testamentario, el magistrado se encargaba de nombrarle un tutor. Estas diversas maneras de designación se aplicaban al caso ordinario en que el impúbero se hubiere hecho sui juris por la muerte del jefe de familia. Estudiaremos las hipótesis especiales en las cuales se fundamentan para clasificar la Tutela.

1.1.3 Clases de tutela

En Roma se clasificó la tutela en el siguiente orden:

a) Tutela testamentaria

Esta clase de tutela se le considera la más importante de la época, en virtud de que solamente el pater familia tenía la potestad de otorgar testamento; por tanto, el derecho de nombrar un tutor testamentario, para los impúberos, que, a su muerte se hacían sui juris.

En la época clásica se tenía también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador. Por lo cual se dieron las siguientes soluciones:

- 1.- El padre nombraba a un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debe ser confirmado por el magistrado, sin información alguna.
- 2.- Si era la madre, la confirmación sólo tenía lugar después de una información sobre la honradez y habilidad del tutor.
- 3.- Si era el patrono del impúbero y aun un extraneus, (extraño) el magistrado debía confirmar también el nombramiento, pero después de la información y únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, había sido instituido heredero por el testador.

El jefe de familia solo podía nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede elegir como herederos; por eso están excluidos los peregrinos y los dediticios, y aun se pueden añadir los latinos junianos, en virtud de una incapacidad dictada por la ley Junia. En cuanto al nombramiento de un esclavo, sólo tenía efecto haciéndose manumitido ciudadano; Así mismo le era permitido al jefe de familia designar uno o varios tutores que eran muy frecuentes entre los romanos, pues el pupilo encontraba protección y garantías más completas.

Para ser nombrado tutor testamentario era necesario tener la calidad de ciudadano romano y ser apto para desempeñar cargos públicos, ya que la tutela era y es uno de ellos. Sólo se podía hacer el nombramiento en favor de quien puede hacer disposiciones testamentarias y la testamentifacción no se tenía con los extranjeros; por esta razón solo se daba tutela a los hombres; las mujeres solo eran llamadas a ella excepcionalmente, cuando concedía el príncipe a una madre o abuela, la tutela de sus hijos o nietos. El Tutor tenía la facultad de poder rechazar el ejercicio de dicho cargo.

b) Tutela legítima de los gentiles

En el derecho antiguo y no habiendo agnado, pasa la sucesión a los gentiles y por tanto, también la tutela debía ser concedida. Es lo que resulta, en ausencia de un texto preciso de la correlación observada por la ley de las XII Tablas.

La representación legal de los menores en Roma entre la vocación a la tutela y la vocación a la sucesión ab intestato. Esta legítima tutela desapareció con la gentilidad, recurriendo para reemplazarla al nombramiento del tutor por el magistrado.

c) Tutela otorgada por el magistrado

Cuando la gentilidad cayó en desuso, se preocuparon de llenar este vacío asegurando un tutor al impúbero que no tenía agnados; este fue el objeto de dos leyes: La **Ley Atilia**: no se tiene una fecha exacta en que fue promulgada, pero esta ley le daba derecho a nombrar tutores

en Roma a los pretores urbanos y a los tribunos de la plebe. Este fue un derecho propio distinto de las atribuciones propias de los magistrados y no fue delegable.

La ley Julia Titia; concede el mismo poder al presidente en las provincias. Fue modificado bajo el Imperio. En Roma bajo el Emperador Claudio pasa el mismo derecho a los cónsules de nombrar tutor. Marco Aurelio creó para este cargo un pretor especial.

El nombramiento de tutor por el magistrado era necesario no habiendo ni tutor testamentario ni tutor legítimo. Pero si el tutor testamentario era nombrado a partir de la llegada de un término o una condición, o si estaba prisionero del enemigo o enfermo de locura, ¿era necesario abrir la tutela legítima de los agnados mientras se esperaba la época fijada, la vuelta de su cautiverio, o su curación? Los jurisconsultos se admiran con razón que fuese separados los agnados.

El cargo de la tutela era siempre designado a un agnado, colateral, lejano sin ninguna garantía ni capacidad ni de afección para el pupilo. El tutor interino era también en igual caso designado por el magistrado.

Todos los interesados por el pupilo podrían provocar este nombramiento. Eran personas obligadas; la madre, bajo pena de perder el derecho a la herencia, el manumitido por lo hijos impúberes del patrono.

d) Tutela perpetua de las mujeres púberas

En el derecho antiguo romano, las mujeres púberas sui juris, estaban en tutela perpetua. A esta institución en algunos textos se le llama Tutela Mulieris; esta institución parece remontarse a la más alta antigüedad. Los textos confirman que se basaba en la ligereza del carácter de la mujer y su inexperiencia en los negocios, pero sometiéndola a tutela perpetua, parece haberse pensado menos en su protección que en salvar su fortuna en interés de sus agnados.

En efecto Gayo, hablando de la tutela consideró que tenía por objeto impedir que la mujer pudiera hacer enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que deben heredarla ab intestato.

Esta clase de tutela concedía al tutor legítimo la autoridad para ciertos actos y como no administra no tiene que rendir cuentas al final de la tutela. La mujer debe obtener la autoridad de su tutor para hacer válidamente los actos que sean de tal naturaleza que tiendan a comprometer su patrimonio en perjuicio de sus herederos ab intestato. Por lo tanto, la autoridad le es necesaria solamente para otorgar testamento de sus objetos más preciados, para aceptar una herencia, para contraer obligaciones, para remisión de deuda, para sostener un proceso regulado por el derecho civil.

Comparando la tutela de la mujer con la del pupilo, se observa una gran diferencia, a esta se le concedía obrar por su cuenta en enajenar su res Mancipi, prestar dinero y hacer o recibir un pago. La tutela para la mujer púbera solo terminaba con la muerte, y la disminución de la capacidad máxima, mínima o media, cuando se daba en adrogación o caía in manu.

Después de haber quedado en vigencia durante los primeros siglos de Roma la tutela perpetua se fue debilitando hasta que desapareció bajo el imperio.

1.1.4 Otras clases de tutela en Roma

A estas también se les llamaron tutelas especiales.

a. Tutela legítima del patrono y de sus hijos

Cuando el impúber queda manumitido, comienza una nueva familia y no puede tener tutor testamentario, ni tutor legítimo agnado.

Se extendió por interpretación el principio de la ley de las XII tablas y como se llamaba al patrono y a sus hijos agnados a la sucesión del manumitido impúbero, y si muere

esta tutela legítima pasa a los hijos que tiene bajo su potestad directa y que heredan los derechos del patrono. Habiendo varios patronos se repartían la tutela; pero una patrona no podía nunca ser tutora.

b. Tutela legítima del ascendiente emancipador

Esta clase de tutela se concede a imitación de la del patrono. En efecto el ascendiente emancipador, que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo después de la tercera mancipación y le manumite, representa el papel de un patrono. Es, pues, tutor del emancipado impúbero, y le dan, honoris causa, el título de tutor legítimo.

c. Tutela fiduciaria

En la época clásica la tutela fiduciaria se presenta en los dos casos siguientes:

- a) A la muerte del padre emancipador, tutor legítimo del emancipado, sus hijos agnados quedan tutores fiduciarios de su hermano impúbero.

Es la diferencia que hay con los hijos del patrono que son tutores legítimos como su padre. Pero la tutela del padre emancipador, en realidad no es más que una tutela fiduciaria que se ha reservado contracta fiducia; se le llama tutor legítimo por el título de padre, cuya razón ya no existe para sus hijos.

- b) En caso de emancipación de un impúbero, el manumisor extraneus que le libertó representa el papel del patrono, siéndole concedida la tutela. Es un tutor fiduciario porque existe entre él y el jefe de familia un pacto de fiducia, para fiduciario porque existe entre él y el jefe de familia un pacto de fiducia, para obligarle a manumitir al hijo después de la tercera mancipación.³

³ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Universidad Buenos Aires, Argentina.1994. Pág. 148.

1.1.5 Funciones del tutor

Las costumbres imponían a los tutores ciertos deberes para con el pupilo, debía de tomarse en cualquier circunstancia la defensa de sus intereses, estando considerado este deber como aún más sagrado que el del patrono con su cliente.

Formalidades para entrar en funciones

1.- Practicar un inventario de los bienes del pupilo, para asegurar la restitución al final de la tutela. La omisión a este requisito se le consideraba fraudulenta.

2.- Promesa de conservar intacto el patrimonio del pupilo.

Posteriormente esta promesa se convirtió en la prestación de una garantía satisfactoria sobre los bienes del pupilo, con el fin de proteger los mismos.

3.- Declaración jurada que no era acreedor del pupilo, pues cuando era acreedor o deudor del tutor, antes de hacerse cargo, debía declararlo al magistrado y esta declaración le hacía excluir de la tutela. Si no decía nada, siendo acreedor quedaba desposeído de su crédito, o siendo deudor no puede prevalecerse de ningún pago hecho en el curso de la tutela.

1.1.6 Curatela

La ley de las XII tablas estipuló la Curatela únicamente como un paliativo de los incapacitados accidentales: **Los furiosi y los Pródigos.**

Mas tarde fue extendida la protección a los dementes, a los sordos, a los mudos y a las personas atacadas por enfermedades graves, igual se daba curadores a los menores de veinticinco años y a los pupilos.

Los locos y los pródigos solo tenían curadores legítimos, según la ley de las XII tablas. A falta de curadores legítimos, los curadores son nombrados por los magistrados de la misma manera que los tutores, por cuya razón se les llama honorarii. No existían curadores testamentarios y sin embargo, si el jefe de familia designaba alguno, el pretor confirmaba esta elección. El curador solo administraba y no daba autoridad.

En Roma se le llamó furiosi al hombre completamente privado de razón, tuviera o no intervalos lúcidos. Los mente capti, eran los que tiene un poco de inteligencia, pero sus facultades intelectuales están poco desarrolladas.

El curador del furiosi debe cuidar de su persona y de su patrimonio, pues la misma obligación tiene de hacer lo posible por su curación como de administrar sus bienes. El furiosi no está afectado de interdicción, aunque le alcanza una incapacidad natural. Mientras dure su locura no puede actuar en ningún acto jurídico, pero recobrando su capacidad, en un intervalo lúcido puede obrar solo, como si nunca hubiese estado loco.

1.1.7 La misión del curador

La misión principal del curador era administrar, ejecutando los actos necesarios a los intereses pecuniarios del incapacitado en estado de locura. Si el loco volvía a recobrar la razón el curador quedaba inactivo, pues Justiniano pensaba que no era correcto ni conveniente que cesara la curatela, puesto que el loco vuelto a la razón puede legalmente obrar por su cuenta, era necesario no cesar la tutela, pero si quedar inactivo el curador.

En resumen, el curador del loco o furiosi en otros textos le llaman furiosus, tenía la obligación de entregar cuentas **al final de la curatela** y hasta todas las veces que, recobrando el loco su razón, exigiese la administración de sus bienes.

El pretor extendió la curatela a personas que enfermas necesitaban protección y por eso nombró curadores para administrar el patrimonio de los menti capti, de los sordos, mudos y todos los que teniendo una enfermedad grave no podían velar por sus propios intereses.

1.1.8 La curatela del pródigo

Esta clase de tutela es más limitada que la del loco, pues tenía prohibición el curador de disponer del patrimonio del primero para evitar la dilapidación de los bienes, teniendo solo capacidad para intervenir en negocios de disposición de bienes y los que no implicaran aumento de patrimonio.

Siempre se trataba de velar por la protección de los menores de veinticinco años para proteger su patrimonio, pues se creía que un menor de edad todavía no tenía la capacidad necesaria para velar por sus beneficios y patrimonio.

Cabe mencionar que en el antiguo derecho romano por razón de la edad terminaba la tutela la mujer por razón de su sexo caía en tutela perpetua; sin embargo, el joven púbero quedaba completamente capacitado.

1.2 Guarda y custodia de menores e incapaces

La guarda y custodia de menores e incapaces, no es otra institución distinta de la tutela y curatela, hablar de guarda es guardar algo, para que no sea dilapidado o que se pierda; la custodia es un sinónimo de guardar, es proteger, cuidar, salvar lo que se tiene guardado, para evitar que se deteriore, dañe ó pierda algo, en el presente caso, guarda y custodia de menores e incapaces, se deduce de la tutela y curatela romana, que es guardar y custodiar no sólo la persona de los menores de edad, sino también a los mayores que son totalmente incapaces para tomar decisiones por sí mismos, por su incapacidad mental, ya sea esta relativa o absoluta y es precisamente para protección de la persona menor y del mayor incapaz que se crea esta institución de la tutela y curatela, en Roma, lo que muchos llaman guarda y custodia de menores e incapaces y hasta ausentes, porque el objetivo de esta institución es salvaguardar siempre el interés del tutelado, física y materialmente.

1.3 Antecedentes históricos de la tutela en la legislación de 1877 en Guatemala

El Código Civil guatemalteco de 1877 señala según la etimología de la palabra tutela quiere decir “guarda”, tutor es lo mismo que guardador.

Esta guarda la confiere la naturaleza o un testamento, o la otorga la ley a los parientes, en defecto del padre y de tutor testamentario, ó la otorga el Juez no existiendo ninguno de aquellos guardadores.

Cuando el padre administra los bienes de sus hijos menores, lejitimos, legitimados, ilegítimados reconocidos y adoptivos, ejerce verdadera tutela natural. Esta tutela pasa a la madre por muerte o incapacidad del padre. Podría muy bien suprimirse reasumiéndose en el tratado de Patria Potestad.

Se ha consignado así siendo el Código francés que consagra un capitulo a la tutela del padre y de la madre; tanto una como otra carece del requisito de la promulgación. De manera que donde esas teorías prevalecen la sociedad se rige por reglas que ni emanan del Poder Legislativo, ni ha sido debidamente promulgado.

La Costumbre según la ley, no debe mirarse como un derecho no escrito, sino como una interpretación que dan los Jueces según sus opiniones y sus creencias y que no obliga a otros Jueces que tengan otras opiniones u otras creencias.

1.3.1 Diferencia entre tutela y curatela en la legislación de 1877

El Código Civil de 1877, analiza en el capítulo XV la diferencia de la siguiente manera: **“Justiniano define la tutela, diciendo que ella es “fuerza y potestad”, dada y permitida por el derecho Civil sobre una cabeza libre para guardar a quien por su edad no puede defenderse.**

La tutela en Roma terminaba con la pubertad, esto es, a los catorce años en los varones y a los doce en las mujeres.

Las palabras Fuerza y Potestad se explicaba así: que el **tutor ejerce fuerza** en el pupilo infante o que no ha llegado a siete años **y potestad** en el próximo a la infancia o a la pubertad, esto es: en el que ha salido de la infancia pero aún no es púber.

Se decía para explicar la fuerza: que el infante aun no es persona y que todo lo hace el tutor por él: que el impúber mayor de la infancia ya es persona; pero no completa y que el tutor la completa con su autoridad.

La curatela comenzaba con la pubertad y terminaba con la mayoría de edad. **La diferencia que se puede apreciar entre tutela y curatela son las siguientes:**

- 1.- El tutor se daba primeramente para la persona y secundariamente para los bienes.
- 2.- El curador se daba primeramente para los bienes y secundariamente para la persona.
- 3.- El tutor se daba a todos los impúberes.
- 4.- El Curador solo se daba a los menores que lo pedían.

Esta última diferencia se funda en que a los **inhábiles** por otras causas se les da siempre curador, no debían pedirlo, era obvia la necesidad del mismo, de tener un curador y no sería honroso para los **menores** que las leyes los equipararan con aquéllos. Las leyes de Partidas siguen aunque no en todo esas distinciones romanas. **“La ley 1ª. Tit. 16 Partida 6ª. Dice: “Que tutela es la guarda dada e otorgada al huérfano libre, menor de catorce o a la huérfana menor de doce que non se puede nin debe amparar”. (Sic).**

Sin embargo, de la fidelidad con que Alfonso X “El sabio” sigue a Justiniano, las Partidas ya no hacen distinción entre fuerza y potestad. **Código Civil 1877. Págs. XIII –XIV.**

Este Código abandona la teoría sutilísima de que el infante no es persona y de que el pupilo mayor de la infancia es media persona. Según las leyes de Partida la autoridad del tutor se ejerce sobre todos los pupilos igualmente.

La ley 13 del mismo título y Partida sigue la doctrina romana relativa a la curatela y cuando se pregunta a los Jurisconsultos españoles, qué diferencia hay entre tutela y curatela indican las que antes enunciamos.

Ellas son teóricas, sutiles y verdaderamente imaginarias. Todo tutor debe cuidar de la persona y también de los bienes del huérfano.

A ninguno podría servir de excusa (sic) en caso de pérdida de los bienes, el que esto hubiera acaecido porque el tutor se hallara atendiendo a la persona del pupilo, que es su principal cuidado.

Todo curador debe cuidar de los bienes y también de la persona del menor. Si las costumbres del menor se pervirtieran por descuido del curador no podría este excusarse alegando que descuidó la persona porque su primera atención eran los bienes.

Si el curador se daba no a todos los menores sino solo a los que lo pedían las leyes colocaban al menor en la necesidad de pedirlo y la diferencia desaparecía.

Esta diferencia era una sutileza romana como la interdicción del agua y el fuego. El menor no tenía curador sin pedirlo; pero sin curador no se le admitía en juicio, ni persona alguna quería tratar con él, ni el tutor le rendía cuentas, los menores se veían obligados a pedir curador como los privados del agua y del fuego se veían obligados a salir de Roma, si se verificaba algún caso en que un menor careciera de curador por no haberlo pedido, su persona quedaba desamparada y sus bienes sin una hábil administración.

Es tiempo ya de hacer cesar todas esas sutilezas, escolásticas y de poner término a los males que de ellas emanan, Con ese fin la Comisión adoptando en esta parte las

prescripciones del Código francés generalizadas en toda la América española y acogidas (sic) por los autores del Proyecto de Código Civil de España, no hace distinción entre pupilos y menores, ni entre tutores y curadores de huérfanos y consigna la fracción 5ª. Del artículo 392, según la cual la tutela termina por la mayor edad.

1.3.2 Clases de tutela contenidas en el Código Civil de 1877

- **Natural, testamentaria, legítima (sic) y Judicial.** Cuando el padre administra los bienes de sus hijos menores, legítimos, legitimados, ilegitimados reconocidos y adoptivos, ejerce verdadera **tutela natural**. Esta Tutela pasa a la Madre por muerte o incapacidad del padre; podría muy bien suprimirse resumiéndose en el tratado de Patria Potestad.

Se ha consignado conforme el lineamiento el Código francés que consagra un capítulo a la tutela del padre y de la madre; en ese capítulo el Código de Napoleón contiene autorización al padre para nombrar a la madre sobreviviente y tutriz, un consejo de familia, cuyo conocimiento estará prohibido a ella ejercer ningún acto relativo a la tutela.

La comisión ha seguido su ejemplo en el artículo 210; pero sus disposiciones quedarían incompletas sin los dos siguientes que reglamentan el modo de ejercer la facultad que al padre se confiere.

La tutela natural es especialísima porque ella se confunde con la Patria Potestad. Por lo mismo no es preciso que el Juez discierna el cargo a los padres tutores.

1.4 La patria potestad en Roma

La Patria Potestad es una institución que se desprende de la relación filial entre padres e hijos; según sean estos nacidos de matrimonio, concubinato, o Adopción. Dicha institución

llamada en Roma “la potestad paternal”, pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil.

El poder que los antiguos romanos reconocían al cabeza de familia era jurídicamente hablando, el más riguroso y severo que nos relata la historia; el poder del padre sobre los hijos no era más que un poder de protección, un derecho de tutela, que termina cuando el hijo ha llegado a la edad de la razón y lo mismo sucedía en Roma, antes de la ley de las Doce Tablas, en las familias patricias. Pero entre los plebeyos fue donde nació después esa patria potestad tan extraña por su energía y duración, esa constitución de la familia que por confesión de los romanos daba a su derecho un carácter enteramente excepcional, por haber imperado el principio monárquico en las relaciones familiares, aun durante todo el periodo consular.

La potestad paternal en Roma no es como la autoridad del señor una institución de derecho de gentes, es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El mismo Gayo afirma que en ningún otro pueblo excepto los gálatas, estaba organizada como en Roma; sin embargo, se encuentran los principales rasgos entre los hebreos, los persas, los galos y en general en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal.

El carácter principal de esta autoridad es que tiene por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libentar. b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce, mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno. c) y por último la madre no puede tener nunca la potestad paternal sobre los hijos ó hijas.

La patria potestad en Roma le confería al pater familia un poder tan absoluto al jefe de familia que se podían comparar a los del amo sobre el esclavo y que ejercían, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos. Pero a medida que se iba

dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas, se vio también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal.

1.5 Derechos sobre la persona

Durante los primeros siglos, la potestad paternal de hijo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas que se podrían imaginar, teniendo sobre ellos el poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos si así lo deseaba.

- a) El poder del jefe de familia para dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad lo tenemos bien comprobado en una infinidad de testimonios, que en tiempos de la República, al parecer hacían uso de ellos con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes tales como los senadores. Al contrario, bajo el imperio hubo en las familias a causa del relajamiento de las costumbres ciertos abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón, Adriano castigó con la expatriación a un padre que tendiéndole un cebo mató a su hijo culpable de adulterio con su suegra. (el jurisconsulto Marciano, citando esta decisión añade esta hermosa máxima donde se revela inspiración de la filosofía estoica: “nam patria potestad in priyate debet, non atrocitate consistiere”. (La patria potestad consiste en piedad, no en atrocidad).
- b) Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo; tenían que hacer la acusación delante del magistrado por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia; consecuentemente Constantino decidió que en todos los casos, todo el que hubiese mandado a matar a su hijo, sería castigado como parricida.⁴

⁴ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 117-119.

- c) El padre podía mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad; es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación de donde nacía en beneficio del adquirente la autoridad especial llamada mancipium; de tal manera se encontraba el hijo en una condición análoga a la del esclavo, aunque temporalmente y sin dañar su ingenuidad. Por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. El padre podía hacerlo también a su acreedor, en señal de garantía.
- d) Es indudable que el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquirente se comprometía libertarle al cabo de un tiempo determinado, pero si rehusaba, el censor podía anular el mancipium, quedando el hijo bajo la autoridad paternal.

El derecho romano luchó contra esta práctica. La ley de las XII tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admite que para las hijas y para los nietos, una sola mancipatio produzca el mismo efecto.

En la época de Antonio Caracalla la venta de los hijos se declaró ilícita, solo fue permitida al padre en un caso de mucha necesidad, para procurarse alimentos. Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese, venta, donación o empeño. Constantino renovó este hecho, permitiendo al padre, únicamente siendo indigente y abrumado por la necesidad vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a tomarse abandonándolo al comprador.

- e) Por último, el jefe de familia podía dar a sus hijos abandonándolos. Esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio. Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo y Justiniano lo declara libre sui juris e ingenuo.

Tales fueron los alivios aportados en los derechos del jefe de familia hacia la persona de los niños. Por de pronto, los romanos pusieron tal precio a la libertad que en ninguna época el padre, aun teniendo derecho de vida y muerte, ha podido en Roma hacer de su hijo un esclavo.

1.6 Derechos sobre los bienes

En la familia romana, por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo más que uno, con él, y no pudiendo, por lo tanto, tener bienes propios.

Todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito; etc. pertenece al jefe, para quien es, lo mismo que el esclavo, un instrumento de adquisición, aunque el derecho civil no admite que le pueda hacer deudor.

Sin embargo expresaba en el Código Civil de 1877, si en la familia sólo existe un patrimonio, cuyo jefe es el amo, los hijos en autoridad se les considera como teniendo sobre sus bienes, que han contribuido a aumentar una especie de copropiedad, latente en vida del jefe, pero manifestándose a su muerte, entonces los recogen como bienes, ya de su propiedad, a título de herederos sui. (Herencia).

Por otra parte, la regla por la cual los hijos de familia no pueden tener bienes en propiedad se modificó bajo el imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aunque en la época de Justiniano fue casi derogado.

Todo lo adquirido por el hijo de familia queda de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cede el padre y que constituyen para él un peculio “*peculium profectitium*”, análogo al del esclavo. Código Civil 1877.

Por último, el pretor permitía a los terceros que hubiesen hecho un contrato con un hijo de familia, como también lo permitía a los que hubiesen contratado con los esclavos, ejercer su acción contra el jefe, cuando hubiese autorizado al hijo para contratar. Fuera de estas relaciones con el jefe, el hijo de familia está en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el derecho civil. En virtud de su capacidad personal, puede también figurar en los actos jurídicos, obligándose además civilmente, tanto por sus contratos como por sus delitos.

La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos. Todo lo contrario ocurría con la hija de familia quien tenía prohibición de obligarse civilmente por contrato, por mucho tiempo estuvo privada de su libertad de expresión y acción en actos contractuales, políticos y sociales.

1.7 Fuentes de la potestad paterna

La fuente principal de la potestad paterna en el matrimonio o *justae nuptiae*, (justas nupcias). Los hijos nacidos forman parte de la familia civil padre. Puede establecerse también por adopción y bajo los emperadores cristianos, por la legitimación.

Se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium*, al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del derecho civil de Roma.

En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens, por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De aquí, la importancia del matrimonio cuyo fin principal era la procreación de los hijos. De aquí también la consideración que disfrutaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad.

Por el solo efecto del matrimonio, participaba en el rango social del marido de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a las *justae nuptiae*, acompañaba la *manus*, la cual en los primeros siglos, ocurría frecuentemente.

La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo y se hacía además propietaria de todos sus bienes. Estos caracteres de la asociación conyugal están trazados en la definición que da Modestino, hacia el final de la época clásica: es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos. Sin embargo, bajo el imperio, los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia y la *manus*, cada vez más en desuso, acabó por desaparecer. Por eso la definición de las *justae nuptiae*, en las instituciones de Justiniano, ya no hace alusión a la *communicatio divini, et humani* entre los esposos (Comunicación divina y humana entre los esposos).⁵

Así también los romanos reconocían entre otras uniones lícitas: El concubinato; los romanos dieron el nombre de concubinato a una unión de orden inferior, más duradera y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. Era una especie de matrimonio completamente extraño a nuestras costumbres actuales, aunque frecuente en Roma, parece haber dado su origen por las desigualdades de condiciones en Roma.

Un ciudadano romano tomaba como concubina a una mujer poco honrada, indigna de hacerla su esposa, tal como una *manumitida* o *ingenua* de baja condición social.

El concubinato en Roma no tenía los efectos legales de las justas nupcias; sin embargo, era otra fuente de parentesco.

⁵ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Universidad Buenos Aires, Argentina 1944. Pág. 117-119

1.8 Causas de disolución de la patria potestad

La patria potestad en el derecho romano subsistía ordinariamente durante toda la vida del pater familias y del hijo. Únicamente por la muerte de uno o de otro podría extinguirse la autoridad personal del padre en una forma natural. Dicha autoridad no pasaba a sus herederos se extinguía con la muerte.

La patria potestad además de la causa natural de extinción, también se extinguía por las siguientes causas:

1.- Por la máxima o media capitis deminutio del padre o del hijo de familia. (pérdida del derecho de ciudadanía, caído en esclavitud).

2.- Por la adopción plena

3.- Por ciertas dignidades civiles o eclesiásticas del hijo de familia, que consideraban incompatibles con su estado de alieni iuris. Según la historia en el derecho antiguo, el hijo sacerdote de Júpiter y la hija vestal, fueron los únicos que escaparon del poder paterno.

En el tiempo de Justiniano cuando algún hijo de familia era nombrado patricio, obispo, cónsul, prefecto del pretorio o cuestor del palacio, aunque conservando sus derechos de agnación.

4.- Por la emancipación, acto voluntario del padre de familia por el que este daba libertad a su hijo que se hallaba bajo la patria potestad. Para la emancipación se necesitaba de la aprobación del padre y del hijo y de la observancia de determinadas formalidades que variaron según las distintas épocas.

1.9 Otras potestades en el derecho romano

Se pueden mencionar otras potestades en el Derecho romano, que fueron caídas en desuso en tiempo de Justiniano:

1.- **La manus.** De la cual en instituciones anteriores, era una potestad anexa al matrimonio de derecho civil, en las primeras épocas. Mediante esa institución el marido adquiría la Patria Potestad sobre la mujer, sólo sobre la mujer casada. Esta entraba, a formar parte de la familia del marido en calidad de hija de este, sometida a la patria potestad. Era la mujer in manu, “loco filiae” ; es decir, el lugar del hijo bajo la patria potestad y autoridad total del marido. Esta potestad desapareció en el derecho de Justiniano.

2.- **El mancipium:** Era una potestad de derecho civil adquirida sobre una persona libre, mediante la mancipatio que el pater familia, hacía del hijo sometido a su patria potestad o de quien a este estuviese asimilado, a favor de un tercero.

El hijo dado inmancipium quedaba en situación de semiesclavitud. Participaba de la condición de esclavo en cuanto se hallaba sometido al poder de un señor, en cuanto su adquisición aprovechaba a este y para salir de dicho poder necesitaba, como el esclavo, ser manumitido por el dominus; pero era tratado en derecho como libre, podía ser ciudadano, conservaba sus derechos de familia y sus hijos nacían libres. Esta institución llegó también a desaparecer en la época de Justiniano.

Esta institución es una autoridad de derecho civil que puede pertenecer a un libre sobre otro hombre libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del señor. Solo podían darse inmancipio los hijos bajo potestad paterna y las mujeres in manu.

1.10 Factores que han influido en la evolución de la tutela y protutela a través de la historia

Se pueden mencionar algunos factores que han influido en la historia hasta la actualidad en la evolución de instituciones protectoras de las clases más vulnerables; tales como:

- a. Factores sociales
- b. Factores políticos
- c. Factores culturales
- d. Factores económicos

En Roma las clases sociales estaban bien definidas, entre estas podemos mencionar, los **patricios**, como la clase social poderosa, tenían una mezcla de **gobierno y religión**, descendientes de los padres senadores de la época de la monarquía. **Los Plebeyos**: clase baja, de los suburbios de Roma, se encontraban en situación de desigualdad en relación a los patricios que ocupaban el lugar a un nivel más alto dentro de la sociedad romana.⁶

Existieron otros: **los esclavos** a quienes no se les consideraba clase social, pues se les veía como cosas, u objetos dentro del comercio; por lo cual las dos clases fuertes fueron los patricios por el poder que ostentaban y que era condonado por los padres a los hijos y a toda la descendencia los **cargos políticos** y de una cultura en evolución por su misma condición social y **económica** que era de gran envergadura; mientras que los Plebeyos lucharon por sobresalir y escalar un nivel en la sociedad romana, ocupando **un cargo político religioso**, para lo cual tuvieron que ir a la vía revolucionaria para poder ganar un lugar en la sociedad romana; razón por la cual logran ocupar cargos públicos y una pequeña cuota de poder, revelándose contra los abusos de los patricios.

Logran la emisión de varias leyes que les asignaban cargos políticos-religiosos y ya eran tomados en cuenta en los comicios de la plebe, tanto así que fue en el año 450 a.c. cuando

⁶ y ⁷ Alveño Hernández Marco Aurelio y Díaz Menchú Luis Ranferi. Apuntes de Derecho Romano. (Editorial Fénix Guatemala, 2004) Págs. 14-17.

se redacta la ley de las doce tablas que les benefició en gran manera a los plebeyos, venciendo así las diferencias que tanto habían dañado a esta clase social tan numerosa, como lo fueron los plebeyos.⁷

Los factores social, político, religioso, cultural y económico, siempre estuvieron enlazados, porque la clase social predominante era la que tenía oportunidades de ocupar cargos político-religioso y estos últimos eran heredados a su descendencia; por lo tanto, su estatus económico era también de posición acaudalada, mientras que la clase más baja no encajaba en ningún cargo, consecuentemente era imposible competir en alguno de estos factores, de allí la lucha de clases de los plebeyos por obtener una mínima cuota de todos los beneficios que al final les dio la victoria logrando imponerse y lograr su cometido, estos factores siempre desde la época romana hasta la actualidad han tenido una gran influencia en la evolución de instituciones de derecho encargadas de velar por guardar la integridad física de la persona y más aún la correcta administración de los bienes de estos, de allí el origen de la tutela y curatela; siendo esta última sustituida por la protutela actualmente.

1.11 Derecho comparado

En la legislación de 1877, la institución de la tutela tipifica: “en Roma la tutela terminaba a los catorce años en los varones y a los doce en las mujeres.

La ley 1ª. Título 16 partida 6ª del código civil de 1877 señala: “que la tutela es la guarda dada é otorgada al huérfano libre, menor de catorce años o a la huérfana menor de doce que non se puede nin debe amparar”. (sic).

La curatela comenzaba con la pubertad y terminaba con la mayoría de edad, específicamente se daba la tutela para la seguridad de la persona y la curatela para la administración de los bienes.

El tutor se nombraba a todos los impúberes que no estaban bajo patria potestad y el curador solo se nombraba a los menores que lo pedían. los menores que no pedían a un curador para que velara por sus bienes, se vería desamparado y sus bienes sin una hábil administración.

En el capítulo XVI del Código de 1877 hace mención al código francés que consagra un capítulo a la tutela del padre y de la madre; en el cual autoriza al padre para nombrar a la madre sobreviviente y tutriz, un consejo de familia, sin cuyo conocimiento estará prohibido a ella ejercer ningún acto relativo a la tutela.

Muchos códigos modernos adoptan estas disposiciones. La comisión ha seguido su ejemplo en el artículo 210; pero sus disposiciones quedarían incompletas sin los dos siguientes que reglamentan el modo de ejercer la facultad que al padre se confiere.

La tutela natural es especialísima porque ella se confunde con la Patria Potestad. Por lo mismo no es preciso que el juez discierna el cargo a los padres tutores.

La institución de la tutela y curatela en el código de 1877, se regía por el código francés, llamado código de napoleón el cual fue inspirado por el derecho romano y la tutela en el cuerpo legal descrito establece cuatro clases de tutela; natural, (se confunde con la patria potestad testamentaria, legítima y judicial); a diferencia del código de 1963 que establece tres: la testamentaria, legítima y judicial, y aún dos más, la específica y la legal.

La tutela en el Código Civil de 1877 se encuentra tipificada en el título X y se establecen diferencias torales con respecto a la comparación con el código civil actual, (1963); llama la atención la tutela que el padre autoriza a la madre como tutriz, pero nombrándole en caso de que él falleciera, por ser la madre la superviviente, deberá dejarse asesorar por uno o más consejeros, sin cuyo conocimiento e intervención no podrá ejercer acto alguno relativo a la tutela.

Si el padre hace mención específica de los actos para los cuales nombra a los consejeros, la Tutora podrá ejercer todos los demás sin intervención de aquéllos. El nombramiento de los consejeros se debía verificar por los supuestos siguientes:

- 1.- Por acto de última voluntad; el cual debía instituir el Padre del o de los menores o incapaces en su testamento.
- 2.- Por declaración hecha ante el Juez de primera instancia acompañado de un escribano.
- 3.- Por Escritura Pública.
- 4.- La madre no está obligada a aceptar la tutela; sin embargo, deberá cumplir con las obligaciones inherentes a ese cargo, mientras se nombra tutor.

Llama la atención la siguiente disposición: Si la madre quiere contraer segundo matrimonio tendrá que presentarse al juez de primera instancia del domicilio, quien decidirá, con conocimiento de causa, si debe o no conservar la tutela de sus menores hijos al contraer matrimonio sin estar autorizada por el juez para conservar la tutela, la perderá y su marido será solidariamente responsable de las consecuencias de la Tutela que indebidamente ha administrado.

Cuando el juez determine que la tutela continúe en la madre, dará necesariamente a la misma por contutor a su nuevo marido, quien será solidariamente responsable con su mujer de la administración posterior al matrimonio.

La madre que se ha vuelto a casar y no ha conservado la tutela de los hijos de su matrimonio anterior, no podrá nombrar tutor testamentario.

Al respecto, el Código Civil actual afortunadamente no establece dicho supuesto, pues la tutela es para protección de los menores e incapaces que se encuentran en total abandono de

sus progenitores; esta se asemeja a la tutela natural que establece el código de 1877 a la patria potestad que ejercen los padres sobre los hijos menores o mayores incapaces y el código de 1963, establece que la patria potestad la ejerce especialmente el padre o la madre que tenga al hijo bajo su responsabilidad; en caso de divergencia entre los padres, debe prevalecer los intereses del menor. Por lo tanto, en el ejercicio de la patria potestad el padre o madre sobreviviente, deberá ejercer la guarda y custodia de los menores hijos que quedan bajo su poder o autoridad, así como la correcta administración de sus bienes si los tuvieren; cumpliendo con las obligaciones inherentes a la tutela, guarda y custodia de los menores e incapaces

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD

Las relaciones paterno-filiales alcanzan su máxima expresión jurídica a través de la autoridad o poder que ejercen los padres sobre los hijos, autoridad que se conoce como patria potestad, con la que se pretende atender fundamentalmente las necesidades de los hijos menores de edad o mayores de edad que se encuentran en estado de interdicción.

La patria potestad; es autoridad y poder que se ejerce sobre los hijos menores de edad y aún mayores pero incapaces de velar por sí mismos y por sus intereses; autoridad que ejercen los padres unidos en matrimonio o unidos de hecho, o por el padre o la madre, en cuyo poder este el hijo, en cualquier otro caso. En ausencia de esta autoridad o poder que es inherente a los padres de menores de edad; entra en vigor la institución protectora de la tutela de menores; por lo cual es necesario hacer mención de dicho tema que lleva incorporado todas las funciones de la tutela.

2.1 Concepto de patria potestad

Al estudiar la institución de patria potestad desde el antiguo derecho romano, se puede hacer una síntesis de la evolución de la misma, formando un concepto de la patria potestad como: ***“conjunto derechos y deberes que al padre, y en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad.....***noción que de patria potestad, refleja la situación actual de la institución.

El concepto de patria potestad (del latín patrios, a, lo relativo al padre, y potestados, potestad, dominio, autoridad), ha evolucionado a través de los tiempos.⁸

⁸ Brañas Alfonso. Manual de Derecho Civil. Editorial Fénix, Guatemala 2009. Pág. 252.

Se entiende que es la institución jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos.

La patria potestad puede también ejercerse sobre los hijos mayores de edad, cuando hayan sido declarados en estado de interdicción.

2.2 Aspectos legales y doctrinarios

El término patria potestad proviene de dos acepciones latinas que corresponden a dos ideas claramente definidas: **patria**, que quiere decir padre y **potestad**, que equivale a decir poder, consecuentemente patria potestad equivale a **“poder del padre”**.⁹

Messio citado por Diez Picazo y Antonio Gullón, en su obra Sistema de Derecho Civil, vol. IV página 354, definen patria potestad como: “conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar e instruir a los hijos menores de edad, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad de obrar”. Al respecto, la exposición de motivos del Código Civil anotado y concordado establece que: “patria potestad responde a necesidades de asistencia y educación de los hijos que los padres están en la obligación de atender”.

La patria potestad indica Edgar Baqueiro Rojas, y Rosalía Buenrostro Báez, en su obra “Derecho de Sucesiones”. ***“Se considera un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes”***. Es por ello que se equipara a una función pública; por patria potestad debemos entender:

“El conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo”.¹⁰

⁹ Brañas Alfonso. Manual de Derecho Civil. Editorial Fénix Guatemala, 2009. Pág. 255.

¹⁰ Baqueiro Rojas Edgar, Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Universidad Autónoma de México, 1990. Pág. 227

De acuerdo a las definiciones anteriores que desde todo punto de vista, patria potestad, es el derecho que tienen los padres sobre sus hijos, desde que nacen y como no es posible ejercer solo derechos, también se desprenden obligaciones o deberes que los padres tienen hacia sus hijos menores de edad y aún sobre los mayores incapaces.

Regulación legal: Artículos del 252 al 277 del Código Civil. La patria potestad, no se define en el Código Civil, sino únicamente nos da los elementos de la misma, para que fuera creada dicha institución, por lo cual se debe analizar los siguientes artículos del Código Civil relativos a la institución que nos ocupa:

Artículo 252. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier caso.

Los hijos mayores de edad, permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción. En el caso de los menores de edad son todos aquellos seres desde que nacen y llegan a los dieciocho años de edad, que es la mayoría de edad en Guatemala; el artículo 8 del Código Civil señala: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad.”

Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años de edad son capaces para algunos actos determinados por la ley. Estos actos determinados por ley son:

Aptitud para contraer matrimonio: el varón mayor de dieciséis años de edad y la mujer mayor de catorce, siempre que medie autorización del padre y madre, la del tutor o autorización judicial según sea el caso. Los artículos 81 y 84 del Código Civil fueron reformados estableciendo la edad mínima para contraer matrimonio los dieciocho años.¹¹

¹¹ Acuerdo 12-2016 de la Corte Suprema de Justicia

Capacidad civil para reconocer hijos: la mujer mayor de catorce años tiene capacidad civil para reconocer a sus hijos, sin necesidad de obtener el consentimiento de los que ejerzan sobre ella la patria potestad o tutela (Artículos 217 y 218 del Código Civil).

Los mayores de catorce años de edad, tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida (Artículo 259 del Código Civil, 30 y 150 del Código de Trabajo y 101 literal I de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Los menores que hayan cumplido dieciséis años debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento. Artículo 303 del Código Civil.

Restitución en casos de enriquecimiento sin causa, artículo 1619 del Código Civil. Como se ha visto, los menores de edad no son incapaces para todos los actos de su vida, pero siempre que se encuentren bajo la patria potestad de los padres casados o unidos, o quien ejerza la misma sobre ellos, deben obtener su autorización para ejercer determinados derechos que le permite la ley como los anteriormente mencionados. Así también, el artículo 9 del Código Civil podemos analizar quienes son considerados mayores de edad y no pueden salir del poder de los padres o tutores.

El artículo 9 del Código Civil señala: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden así mismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.”

Según Manuel Ossorio: “interdicción significa: Situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o de algunos actos de la vida civil”.¹²

¹² Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 33 edición, Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina 2006. Pag. 501

Según la Exposición de Motivos del Código Civil Anotado y Concordado: “El ebrio en rigor no es incapaz sino en el momento en que se encuentra dominado por el alcohol, pero el vicio lo afecta y lo coloca en un estado de perpetua perturbación que anula o disminuye sus facultades mentales para dirigir sus asuntos y expone a su familia a caer en la indigencia”.

2.2.1 Naturaleza jurídica de la patria potestad

Es más que todo una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre casados, unidos, o separados, para el debido cuidado y orientación de los hijos y la correcta administración de los bienes de éstos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tiene una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad y los que indica el artículo 9 del Código Civil, que aún siendo mayores están incapacitados, o han sido declarados en estado de interdicción; es decir, incapacitados para valerse por sí mismos y velar por sus bienes.

Debe entenderse el carácter público de esta institución en el sentido que el gobierno debe velar por la seguridad y protección de los menores y discapacitados, como lo señala la Constitución Política de la República de Guatemala, título II, sección primera, la familia; artículos 47 al 56.

Artículo 47: Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

Artículo 50: igualdad de los hijos. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible. Prácticamente se convierten en garantías constitucionales, en ese ámbito debe entenderse el significado del carácter público del ejercicio de la patria potestad, toda vez que el Estado se convierte en protector y promotor de

instituciones relativas a asegurar el cuidado y protección de los menores e incapacitados, así como la igualdad de los derechos de los mismos, frente a otros.

2.3 Características de la patria potestad

- 1.- La patria potestad se establece en beneficio del menor y del mayor declarado en estado de interdicción.
- 2.- Es facultad de los padres casados o unidos o separados, será uno u otro, deben ponerse de acuerdo, o será el juez el que resuelva.
- 3.- Es de carácter temporal: Se limita a la minoría de edad del hijo o del incapacitado y termina con la mayoría de edad; o cuando estos alcancen la plena capacidad.
- 4.- Es de carácter general, porque abarca la totalidad de los intereses del hijo menor o incapacitado, tanto personal como patrimonial, deben los padres también ejercer la administración de los bienes del menor.
- 5.- La patria potestad es de carácter personalísimo, irrenunciable e imprescriptible.
- 6.- Es de carácter dual, la ejercen los padres únicamente y en ausencia de ellos los abuelos en el orden que señala la ley.

2.4 Elementos de la patria potestad

a. Personales

- Padre y Madre conjuntamente en el matrimonio y/o en la unión de hecho.
- Madre (madre soltera)
- Hijos (menores de edad o los que hayan sido declarados en estado de interdicción).

b. Reales: Representación y protección de los hijos y administración de sus bienes.

2.5 Similitud de la patria potestad y la guarda y custodia de menores e incapaces

La similitud entre estas dos instituciones es evidente, aunque con normativa diferente, toda vez que la patria potestad es suficiente para procurar el bienestar integral de los hijos menores e incapacitados, en este caso la tutela brilla por su ausencia; sin embargo, la inexistencia de la patria potestad, ha sido objeto de creación de instituciones protectoras de velar por los intereses personales de los menores en todos los aspectos, tanto morales como patrimoniales.

Señala el Doctor Vladimir Aguilar Guerra en su obra “Derecho de Familia” que la tutela en sí, no es relación familiar, sino un sustitutivo de aquélla. La inclusión de la tutela en el derecho de familia obedece a razones históricas, sistemáticas y prácticas.¹³

Razones históricas: Porque en su origen la tutela estaba vinculada a la pertenencia de la familia y era consecuencia del concepto unitario de la potestad o manus.

Sistemáticas: porque la tutela sustituye a la patria potestad y existe una similitud entre la posición de los padres frente a sus hijos y el tutor o tutores frente a su pupilo.

Prácticas: En cuanto a su estudio, se comprenderá mejor la función que realiza el instituto de la tutela y demás figuras de protección una vez que se haya estudiado la patria Potestad.

La guarda y custodia de menores de edad se puede definir como el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de derecho y deberes de cada uno de ellos, siendo este un derecho fundamental e irrenunciable de los menores. Ambos padres tienen derechos y obligaciones de mutuo acuerdo, siempre que sea favorable al menor. Por no estar regulada en nuestra legislación la guarda y custodia, en el trámite de juicio oral en los tribunales de familia, se acude a la legislación que para el efecto

¹³ Aguilar Guerra, Vladimir Osmán. Derecho de Familia. Litografía Orión, 3ª. Edición. Guatemala, 2009. Pág. 278-279.

existe en nuestro Código Civil para la patria potestad. Su ejercicio de acuerdo al artículo 252.

Para resolver lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio de mutuo acuerdo la ley establece la obligación de presentar un proyecto de convenio de bases y como primer punto señala que debe existir acuerdo sobre la persona a quien serán confiados los hijos, todo esto lo regula el artículo 163 inciso 1º. del Código Civil.

El Código Procesal Civil y Mercantil regula a quien serán confiados los hijos en forma provisional durante la substanciación del juicio de separación o de divorcio dictando las medidas necesarias para su protección.

En la práctica de los tribunales de familia, la guarda y custodia de menores puede acordarse por medio de convenio amistoso entre las partes en el divorcio voluntario si se tratare de personas casadas o en la separación de hecho si se tratare de personas que han procreado hijos en una relación maridable. En el caso del divorcio ordinario cuando existe discrepancia entre las partes sobre la guarda y custodia de los hijos se establece por medio de sentencia firme de acuerdo a las pruebas aportadas en el proceso y previo estudio socioeconómico practicado por trabajadoras sociales del Tribunal a petición de parte o por orden emanada del juzgador.

Cuando los hijos han sido procreados en una unión de hecho no declarada y los padres pretenden cada uno la guarda y custodia de los mismos, se debe acudir a los tribunales de familia para que el juez sea quien resuelva en definitiva quien debe responsabilizarse directamente de la protección y cuidado de los hijos. Por lo general los hijos permanecen al lado de la madre, sobre todo si es madre soltera, en la práctica ese criterio puede variar si la madre tiene impedimentos, para responsabilizarse de sus hijos por medio de pruebas presentadas en el proceso o se haya comprobado en el estudio socioeconómico; siempre que el padre ofrezca un hogar más satisfactorio que beneficie a los hijos, para que puedan lograr un desenvolvimiento normal protegiéndolos y cuidándolos en forma adecuada.

Se concluye, que entre guarda y custodia y la patria potestad existe un vínculo, además que la primera está incluida en la segunda, según la doctrina y el ordenamiento legal. La guarda y custodia tiene como funciones principales la vigilancia y protección del menor o incapacitado, mientras que en la patria potestad las funciones principales son la representación y la administración de los bienes.

2.6 Contenido de la patria potestad (derechos y obligaciones)

De acuerdo a su carácter y funcionabilidad, se deduce que el contenido de la institución de la patria potestad lo tipifica la misma ley, de acuerdo a los derechos y obligaciones que los padres tienen para con los hijos y los hijos como entes receptores y emisores también de deberes para con los padres lo podemos ver en los artículos citados a continuación:

En cuanto a los padres:

Obligaciones

- a. Están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, educarlos y corregirlos (253 Código Civil y 55, y 74 de la Constitución Política de la República de Guatemala).
- b. Representan legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil y se convierten en administradores de sus bienes (254 Código Civil).
- c. Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por quien tuviera la patria potestad o la tutela sobre el padre (257 Código Civil).
- d. La Patria Potestad sobre el adoptado la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. (258 Código Civil).
- e. Siempre debe prevalecer el interés del menor, cuando la conducta de los padres sea

perjudicial a los hijos, se debe demandar la suspensión o pérdida de la patria potestad y es el Juez competente quien debe dictar las medidas cautelares urgentes para beneficio del o de los menores. (262 Código Civil, 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y 3 de la Convención de los Derechos del Niño).

- f. Así mismo, el artículo 27 numeral 2°. De la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medio económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

Prohibiciones

- a. Los padres **no pueden** gravar ni enajenar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración (265 Código Civil), prácticamente esta y las subsiguientes son prohibiciones.
- b. Los padres **no pueden** celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial (265 Código Civil).
- c. Quien ejerza la patria potestad **no puede**, salvo los casos de sucesión intestada, adquirir bienes o derechos del menor (267 Código Civil).
- d. Los padres deben entregar a los hijos, cuando estos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que le pertenezcan y **rendir cuentas** de su administración (272 Código Civil).

En resumen los deberes de los padres respecto de los hijos son:

- a. Cuidar, alimentar, educar y corregir a los hijos;
- b. La representación legal de los hijos menores o civilmente incapacitados,
- c. Administrar los bienes de los hijos;
- d. Entregar a sus hijos los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de los mismos cuando estos lleguen a la mayoría de edad; tomando en cuenta que si hubiere alguna urgencia de disponer de los bienes de los menores para beneficio de ellos mismos, deberán obtener autorización judicial, porque tienen prohibición de enajenar o disponer de los bienes de sus hijos menores o incapacitados, en todo caso deben dar intervención a la Procuraduría General de la Nación, artículo 262 del Código Civil.

Para disponer de los bienes de menores, incapaces y ausentes, el procedimiento a seguir se encuentra regulado en el artículo 11 al 13 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77, del Congreso de la República de Guatemala y del artículo 420 al 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2.6.1 Derecho de los padres sobre los hijos menores de edad ó mayores incapaces

- a. Representación de los hijos menores de edad, o mayores incapaces.
- b. Respeto de los hijos.
- c. Obediencia de los hijos.
- d. Honra y respeto de parte de sus hijos.
- e. Derecho a ser atendidos por sus hijos según las circunstancias de su vida.

2.6.2 Deberes: *en cuanto a los hijos*

- a. Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, no pudiendo sin permiso de

ellos, dejar la casa paterna o materna (260 Código Civil).

b. Los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida (259 Código Civil).

c. Los hijos, aún cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida (263 Código Civil).

2.6.3 Síntesis del contenido legal del instituto de la patria potestad

- 1-) Guarda y vigilancia del hijo (deber)
- 2-) Prestación de alimentos (deber)
- 3-) Corrección y disciplina (derecho y deber)
- 4-) Educación (derecho y deber)
- 5-) Representación legal (derecho y deber)
- 6-) Administración (derecho y deber)
- 7-) Aprovechamiento de sus servicios atendiendo a su edad y condición (derecho)
- 8-) Preeminencia de los derechos y seguridad del menor (Deber).

2.6.4 Fundamento legal de patria potestad sobre mayores de edad

Artículo 252: Los hijos mayores estarán bajo patria potestad cuando sean declarados judicialmente en estado de interdicción.

El procedimiento para la declaratoria de interdicción se encuentra regulado en los artículos 406 al 410 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Artículo 155 Código Civil establece: La patria potestad durará mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho del padre y la madre; quienes ejercerán conjuntamente la representación del menor o del incapacitado y la administración de sus bienes la tendrán también ambos padres conjuntamente o separadamente, salvo los casos

establecidos en el artículo 115, durante la minoría de edad de los hijos y de la mayoría de edad en los incapacitados.

Artículo 254 Código Civil señala: Representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición: Artículos 8 y Artículo 9 del citado cuerpo legal, los cuales fueron analizados respecto a la capacidad e incapacidad de la persona.

Artículo 255 del Código Civil: señala: Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, salvo en los casos regulados en el artículo 115, en los de separación y divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o incapacitado; hasta que se cumpla la mayoría de edad.

2.7 Suspensión, pérdida y restablecimiento de la patria potestad

Suspensión: No deja de ejercerse la misma, lo que se produce es un cambio subjetivo, cuando quien ostenta la patria potestad se ve impedido de ejercerla, esto es un cambio de titular o sustitución del mismo, lo cual se puede ver en el artículo 273 Código Civil y esta suspensión se puede dar por resolución judicial o por las siguientes causas:

- 1.-Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;
- 2.-Por interdicción del mismo;
- 3.-Por ebriedad consuetudinaria;
- 4.-Por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes;
- 5.-Por tener el hábito del juego; (273 Código Civil).

2.7.1 Pérdida

La pérdida de la patria potestad se da por el cese total del ejercicio de la misma. Esta cesa únicamente para el sujeto que la ejerce, pudiendo subsistir en cuanto al hijo, que quedará

sometido a la potestad del otro titular o bien a la tutela. El artículo 274 del Código Civil, establece

- 1.- Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato a los hijos o abandono de sus deberes familiares;
- 2.- Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptos;
- 3.- Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
- 4.- Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos;
- 5.- Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito;
- 6.- Por haber sido adoptado el hijo por otra persona (274 Código Civil).

2.7.2 Restablecimiento

El Artículo 277 del Código Civil; permite que el juez pueda restablecer al padre o a la madre, según sea el caso, a petición de parte, a los mismos en el ejercicio de la patria potestad. Los supuestos que a continuación leemos, debe probarse la buena conducta del que se intenta rehabilitar, por lo menos tres años anteriores a la fecha que se presente la solicitud respectiva.

Por tanto, la pérdida de la Patria Potestad en algunos casos puede no ser definitiva, siempre queda abierta la posibilidad de cumplir con los requisitos de beneficio o interés del hijo y cese de la causa de privación, los padres recuperen la patria potestad por resolución judicial:

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

2.- Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptos.

3.- Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;

4.- Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge (inciso 3 Artículo 274 del Código Civil) no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes;

5.- Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor.

2.7.3 Extinción: La Patria Potestad termina no solo para el titular, sino también para el hijo y la extinción puede darse por las siguientes causas:

1.- Por la muerte de los padres. (Pero si uno de los padres sobrevive, este ejercerá la Patria Potestad).

2.- Por muerte del hijo

3.- Por la mayoría de edad del hijo.

4.- Por adopción del hijo, en cuyo caso cambia el titular del derecho.

5.- Por el matrimonio del menor (Emancipación).

6.- Por restablecimiento de la capacidad del declarado interdicto.

Los efectos jurídicos de la patria potestad son básicamente sobre la vida del menor y administración de los bienes, que él adquiera por trabajo o por otro título y de igual forma sobre la vida y bienes del mayor incapacitado; sin embargo, si establecemos una diferencia o similitud entre la patria potestad de la antigua roma y en la actualidad, se puede observar que

la misma dista mucho de acuerdo a la época actual, pues la misma ha evolucionado desde el momento que el padre de familia en la actualidad solo ejerce un derecho innato sobre los menores, o mayores incapacitados y sobre sus bienes hasta que los mismos sean capaces civilmente y por supuesto física y mentalmente, caso contrario sucedió en la antigua Roma el padre de familia o Pater Familia tenía dicho poder o autoridad sobre los hijos y sobre todo el núcleo familiar que lo integraban hijos, nietos, nueras, yernos y todos los agregados a su grupo, hasta los esclavos, que eran valuados como cosas, y esta autoridad se extendía hasta la muerte, es más esta autoridad era aun sobre los bienes que los mismos adquirieran por cualquier titulo, también pasaban a ser parte del patrimonio familiar, por lo cual se puede establecer que la evolución de dicha institución, de acuerdo a la época y los factores sociales, culturales, políticos y económicos, ha prosperado y siempre en beneficios de las partes más débiles, como lo son los menores de edad e incapaces.

Así mismo, que siempre prevalece el derecho e interés del menor o incapacitado, y que la falta de cumplimiento en el ejercicio de la Patria Potestad sobre los mismos, además de dar origen a la suspensión, puede causar pérdida de la misma por las razones antes expuestas y únicamente se puede restablecer si las condiciones que dieron origen a la suspensión hubieran cambiado totalmente; no así, de persistir en malos hábitos o abandono.

También genera una sanción penal, tomando como base el artículo 154 del Código Penal el cual señala: Quien abandonare a un niño menor de diez años o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que estuviere bajo su cuidado o custodia, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

El artículo 244 del citado cuerpo legal, tipifica: el incumplimiento de deberes de asistencia al normar lo siguiente: Quien estando legalmente obligado, incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que estos se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año. Dichos procedimientos deben tramitarse ante el Juzgado competente.

CAPITULO III

LA TUTELA Y LA PROTUTELA

Para conocer las instituciones mencionadas debemos escudriñar la historia de las mismas; la tutela y curatela, actualmente tutela y protutela, así como la patria potestad, la necesidad de proteger la vida, derechos y patrimonio de los menores de edad y mayores con capacidades especiales.

Con la evolución del derecho, en el presente siglo; al faltar la patria potestad de los progenitores sobre los menores, se tienen por abandonados. En diversos ordenamientos jurídicos se ha contemplado la necesidad de implementar y hacer cumplir las garantías constitucionales con respecto a la protección de los derechos humanos de menores y mayores incapaces, al estar en situación de abandono de la Patria Potestad.

3.1 Aspectos legales y doctrinarios de la tutela y protutela

La Tutela es una institución que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y bienes, o solamente de los bienes, tanto de los menores no sujetos a la patria potestad, como de los mayores que se encontraren temporal o definitivamente incapacitados para regir por sí mismos su persona y bienes.

Tutela es el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.

Doctrinariamente se distingue la función tutelar en beneficio de los menores que están en situación de abandono de la autoridad de la Patria Potestad sin autoridad de familia, se cree que la Tutela viene a suplantar en gran parte la misma; sin embargo, no es así, cuando los menores o incapaces están bajo patria potestad de sus progenitores; la tutela al igual que la patria potestad consiste en una función técnicamente hablando, el titular de cualquier órgano

tutelar ostenta derechos y obligaciones, en relación con la persona o bienes de un menor o de un incapacitado, que le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado. Entre los órganos de guarda y custodia; la tutela y protutela es la más cercana a las funciones genéricas de la patria potestad.

Se puede definir la Tutela como: ***“La institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad y para la administración de su patrimonio”***.¹⁴

Conceptualmente la tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados y de los mayores de edad incapaces.

La tutela es una institución jurídica que ha sido considerada cuasi familiar, sustituta de la Patria Potestad, cuyo objeto es el cuidado y representación de los menores no emancipados, en abandono de la patria potestad sobre ellos o de los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos, así como su representación en casos especiales.

La tutela tiene por objeto:

- 1.- La Guarda o cuidado de la persona y bienes de los menores no sujetos a Patria Potestad;
- 2.- La Guarda y cuidado de la persona y bienes de los mayores incapacitados natural y legalmente;
- 3.- La representación interina del incapaz en casos especiales.

¹⁴ Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de Familia. Litografía Orión 3ª. Edición Guatemala, 2009. Pág. 279.

3.1.1 Protutela

Institución jurídica instituida para la vigilancia de la tutela y asegurar su recto ejercicio. Tanto la tutela como la protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que están en pleno goce de sus derechos civiles; se les da el valor de cargo público porque es de naturaleza muy especial en cuanto a derecho administrativo se refiere, pues no ejerce funciones estatales; sin embargo, por su obligatoriedad la ley le da esa categoría de cargo público y por la intervención judicial en el discernimiento y desempeño del mismo.

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

3.1.2 Regulación legal de la tutela y protutela. Artículos: 293 al 351 del Código Civil.

El artículo 293 del Código Civil, no indica una definición de lo que es la institución de la tutela, establece los casos en que esta procede:

- a. Del menor de edad que no se halle bajo la Patria Potestad.
- b. También quedará bajo tutela aunque fuere mayor de edad el que hubiere sido declarado en estado de interdicción si no tuviere padres.

3.1.3 Elementos de la tutela y protutela

El artículo 294 señala: los elementos personales de la tutela, 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; así también debe citarse como elemento

personal al pupilo o Tutelado.

Además de los elementos personales que indica el citado artículo también son parte los elementos institucionales y materiales o patrimoniales.

Elementos institucionales: Artículo 300 del Código Civil:

Los Jueces de Familia;

Los Jueces de la niñez y adolescencia;

La Procuraduría General de la Nación;

Elementos materiales o patrimoniales:

Los bienes que el pupilo haya adquirido por cualquier título.

El inventario de los mismos.

Las cuentas que anual o al final rinda el tutor.

3.2 Características de la tutela

Protectora: Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad o por determinadas circunstancias físicas o mentales, no puede valerse por sí misma.

Cargo público: El cargo de tutor es un cargo público, de naturaleza espacialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva;

Sustituible: La tutela es sustitutiva de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses del tutelado.¹⁵

¹⁵ Brañas Alfonso, Manual de Derecho Civil. Editorial Fénix, Guatemala, 2009 Pág. 268.

3.3 Clases de tutela

3.3.1 Testamentaria: Es la que se defiere por testamento para que surta efectos a la muerte del testador y sólo se da en los casos siguientes:¹⁶

1.- Cuando uno de los padres sobrevive al otro, previendo que a su muerte la patria potestad de sus hijos recaerá en los abuelos y desea evitarlo, señala en su testamento un tutor para sus hijos menores. Si la razón de esa disposición fue que los abuelos eran incapaces, al recobrar la capacidad podrán reclamar la patria potestad, salvo que expresamente el testador disponga que continúe la tutela.

2.- Cuando el testador deja bienes a un menor o incapacitado, puede nombrarle tutor para que los administre, aunque haya quien ejerza la patria potestad o la tutela general; este es un cargo de tutela específica.

3.- Cuando el testador es padre y tutor de un hijo mayor de edad incapaz, puede designarle tutor en su testamento, cuando la madre también es incapaz o ha fallecido.

4.- Cuando el testador es padre adoptivo.

El artículo 297 del Código Civil establece: 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 este careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y por el adoptante que designe heredero o legatario o su hijo adoptivo.

¹⁶ Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de Familia. Editorial Fénix Guatemala, 2009. Pág. 282.

3.3.2 Tutela legítima

Es conferida por la ley a falta de designación por testamento y recae en parientes del menor a los que no les corresponde ejercer la patria potestad y en los parientes del mayor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad. En la tutela legítima se aplica el principio que regula todas las relaciones parentales, en cuanto a, que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Para el ejercicio de la tutela, los padres, hijos y hermanos, junto con el cónyuge, serán preferidos a los tíos y primos. Cuando sean varios los parientes que deban ejercer la tutela legítima, el juez escogerá entre ellos al idóneo; la tutela es individual y no por parejas, como ocurre con la patria potestad.¹⁷

El Código Civil establece en el artículo 299, **La Tutela Legítima** de los menores corresponde en el orden siguiente: al abuelo paterno, materno, abuela paterna, materna, hermanos; sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio; sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia puede el juez nombrar tutor, al pariente que reúne 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.

En el caso de la tutela de un menor que ha cumplido dieciséis años este debe escoger al tutor de entre los obligados.

¹⁷ Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de Familia. Litografía Orión, 3ª. Edición, Guatemala 2009. Pág. 282.

El Código Civil mexicano estipula que también entran en la escala de tutela legítima a los extraños que han acogido a un menor abandonado y la de los directores de orfanatos y hospicios, con respecto a los menores internados en ellos.

3.3.3 Casos en que procede la tutela legítima

1.- Cuando el menor no tiene quien ejerza la patria potestad y no se le haya designado tutor testamentario.

2.- Cuando se trata de menores abandonados, sin familia conocida y hayan sido recogidos por algún particular o por una institución de beneficencia estatal o privada.

3.- En el caso de los demás mayores de edad incapacitados por enfermedad o vicios.

3.3.4 Tutela judicial

Es aplicable esta clase de tutela a falta de las dos anteriores, presupone que no existe tutor testamentario ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima. A esta clase de tutela también se le llama Dativa.¹⁸

En nuestro medio la tutela judicial se da por nombramiento de Juez competente, cuando no haya testamentario ni legítimo; es decir, es doblemente subsidiaria. Su objeto es el de proporcionar la debida protección a aquellas personas que no tienen tutor testamentario y no tienen tampoco parientes que se encarguen de la guarda y cuidado de bienes y personas menores o incapacitados.

El artículo 300 del Código Civil estipula: La tutela judicial procede por nombramiento de juez competente cuando no haya testamentario legítimo. Para el efecto, el Ministerio Público (entiéndase Procuraduría General de la Nación) y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no prevista; (salvo en materia ,

¹⁸ Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de Familia. Litografía Orión, 3ª. Edición, Guatemala 2009. Pág. 283.

penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad y en la propia ley orgánica del ministerio público, *en toda norma legal y reglamentaria que se mencione al Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación*”. Artículo 1°. Decreto Número 25-97, del Congreso de la República de Guatemala, téngase presente esta salvedad en todo lo regulado en el Código Civil.

3.3.5 Tutela específica

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

3.3.5 Tutela especial

Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y los padres el juez nombrará un tutor especial. Artículo 68 del Código Civil.

3.3.6 Tutela legal

Los Directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, de el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento. Artículo 308 del Código Civil.

3.3.8 Tutela de los declarados en estado de interdicción

El Artículo 301 del Código Civil, establece que la tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción corresponde:

- 1.- Al cónyuge;
- 2.- Al padre y a la madre;
- 3.- A los hijos mayores de edad; y

4.- A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.

En el presente caso, la tutela de los declarados en estado de interdicción por juez competente, se discierne en el orden legal establecido por la razón de la mayoría de edad, pero por su incapacidad mental y para evitar la lapidación del patrimonio, se le puede discernir el cargo al cónyuge en primer lugar y luego en el orden sucesivo, indicado en el precepto legal citado.

3.4 La tutela la protutela y la guarda y custodia de menores e incapaces

La Tutela es una institución tutelar, el tutor es el representante legal del huérfano menor de edad, respecto de su tutor; en efecto el tutor representa al menor incapacitado en todos los actos de su vida civil y moral, salvo aquéllos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos y por su parte los menores o incapacitados sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, este podrá corregirlos moderadamente.¹⁹

La Tutela debe ser discernida por un juez, actúa cuando los menores o mayores incapaces no están bajo patria potestad, esta puede ser: legítima, testamentaria y judicial, específica, especial, legal y de los Interdictos; quienes la ejerzan deben ser personas capaces, de reconocida honorabilidad, cumplir con determinados requerimientos legales, así también para ejercer el cargo de protutor; debe cumplir con todos los requerimientos legales igual que el tutor para discernirle el cargo respectivo; cumpliendo con las condiciones de aptitud y moralidad que el tutor, con la diferencia que el protutor debe intervenir en las funciones del tutor para asegurar el buen ejercicio de la misma.

Sin embargo, el ejercicio de dichos cargos son solidarios; su designación se hará de la misma forma que la del tutor, puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúnan las condiciones de notoria honradez y arraigo, las obligaciones se encuentran contempladas en el artículo 305, del Código Civil.

¹⁹ Espín Cánovas, Diego. Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España 1968. Pág. 497.

El derecho tutelar implica protección y cuidado, guarda y custodia de todos aquellos sujetos de derechos carentes de capacidad de obrar, para evitar que sean objeto de abuso y lapidación de sus bienes, por lo cual esta incapacidad debe tomarse en cuenta desde el punto de vista de la minoría de edad, o bien de la incapacidad mental, aún siendo mayor de edad, por lo cual ha dado origen a estas instituciones para que el menor y el incapaz tengan un defensor, protector, cuidador, guardador de su persona y de sus bienes, legalmente instituido y el protutor para velar por la buena y correcta administración de sus bienes, siempre que no estén sujetos a patria potestad, es decir se encuentren en situación de abandono. Veamos a continuación la relación existente entre tutela y patria potestad.

3.5 Similitud con la patria potestad

Abandonado el concepto de la patria potestad como poder omnímodo, supremo, enmarcada su función en un conjunto de derechos y obligaciones, vienen a ser determinante, para diferenciar una y otra institución, las personas encargadas del cuidado del menor o incapacitado, y la circunstancia de que la tutela carece de la intimidad, plena confianza y totalidad que la ley otorga a la patria potestad, caracterizándose la tutela, en términos generales, por la frialdad, formalidad y rigidez de su ejercicio, así como por la fiscalización de que es objeto.

3.6 Diferencias entre tutela y patria potestad

Patria potestad	Tutela
Relación de padre o madre e hijo	Relación entre tutor y pupilo
Principal	Accesoria
Madre, padre e hijo	Tutor, protutor y pupilo
No existe el protutor	Existe la pro tutela
Es de orden familiar	No es típicamente familiar
No es sustituible	Es sustituible
No es objeto de control o vigilancia	El protutor debe controlar y vigilar la

	correcta actuación del tutor
Esta no es objeto de retribución pecuniaria	La tutela debe ser retribuida en un porcentaje legal en forma anual
La patria potestad es derecho y deber u obligación adherida	La tutela es un cargo público discernido por juez competente

3.7 Diferencias entre patria potestad, tutela y guarda y custodia

• Ambos padres aún pueden seguir teniendo inherente la patria potestad de los hijos, pero solamente uno de ellos podría tener la guarda y custodia de los hijos, porque esta significa su protección y cuidado. • Entre la guarda y custodia y patria potestad existe un vínculo, además que la primera está incluida en la segunda, según la doctrina y el ordenamiento legal. La guarda y custodia tiene como funciones principales la vigilancia y protección del menor o incapacitado, mientras que en la patria potestad sus funciones principales son la representación y la administración de los bienes. • La nota fundamental de la tutela es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología y que hace de ella la más importante institución de guarda legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falte la patria potestad. • La tutela es una patria potestad restringida, el tutor tiene límites mayores por inspirar mayor confianza y esto tanto por lo que se refiere al contenido patrimonial como personal • El objeto de la tutela es la guarda de la persona y de los bienes o solamente de los bienes de los que no están bajo la patria potestad, o son incapaces de
--

gobernarse por sí mismos.

- En la patria potestad el vínculo de afección es derivado de la sangre, inmediato y por lo mismo, influye en los padres en el deseo de proteger y beneficiar al hijo en todo sentido, mientras que en la tutela, si bien es cierto que en algunos casos también es derivado de la sangre, algunas otras es lejano, no inmediato y a veces hasta extraño, como sucede en la tutela judicial o la legal.
- En la patria potestad el vínculo de afección es derivado de la sangre, inmediato y por lo mismo, influye en los padres el deseo de proteger y beneficiar al hijo en todo sentido, mientras que en la tutela, si bien es cierto que en algunos casos también es derivado de la sangre, algunas otras es lejano, no inmediato y a veces hasta extraño, como sucede en la tutela judicial o la legal.
- El ejercicio de la patria potestad no es remunerada, en cambio el ejercicio de la tutela si lo es.
- La tutela es sustituto de la patria potestad, pero una tutela solo puede substituirse por otra tutela.

3.8 Cuadro comparativo de patria potestad, tutela y guarda y custodia

Patria Potestad	Tutela	Guarda y Custodia
Concepto: Conjunto de derechos y deberes que al padre y en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de	Concepto: Es definida como poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores	Concepto: Es el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de

sus hijos menores de edad.	de edad o incapacitados.	derecho y deberes de cada uno de ellos, siendo este un derecho fundamental e irrenunciable de los menores. Ambos padres tienen derecho y obligaciones de mutuo acuerdo, siempre que sea favorable al menor.
Fundamento Jurídico: Artículo 252. Código Civil. En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.	Fundamento Jurídico: Artículo 293. Código Civil. 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.¹⁵⁵ También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres.¹⁵⁶ El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.	Fundamento Jurídico: Por no estar regulada en nuestra legislación la guarda y custodia, en el trámite del juicio oral en los tribunales de familia, se acude a la legislación que para el efecto existe en nuestro Código Civil para la patria potestad. Su ejercicio de acuerdo a lo regulado en el Artículo 252.
Derechos y Obligaciones derivados de la Patria Potestad:	Clases de Tutela. La tutela puede ser testamentaria, legítima y	Para resolver lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, en los casos de

a) Que están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, siendo responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad (Artículo 253)	judicial. Artículo 296 <i>Tutela Testamentaria:</i> Dispone el código que esta clase de tutela e instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o a 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 adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo (Artículo 297). Dispone	separación y divorcio de mutuo acuerdo la ley establece la obligación de presentar un proyecto de convenio de bases y como primer punto señala que debe existir acuerdo sobre la persona a quien serán confiados los hijos, todo esto lo encontramos regulado en el Artículo 163 inciso 1º. del Código Civil. El Código Procesal Civil y Mercantil, regula a quien serán confiados los hijos en forma provisional durante la substanciación del juicio de separación o de divorcio dictando las medidas necesarias para su protección.
b) Que, como derecho comprendido en la patria potestad, representan legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administran sus bienes y	que los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación (Artículo 298).	

aprovechan sus servicios atendiendo a su edad y condición (Artículo 254). c) Que, cuando la patria potestad la ejerzan conjuntamente el padre y la madre durante el matrimonio o la unión de hecho, la representación del menor o incapacitado y la administración de los bienes la tendrá el padre. (Artículo 255). d) Que si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o tutela sobre el padre. (Artículo	<i>Tutela Legítima:</i> Dispone el artículo 299 del Código, que la tutela legítima de los menores corresponden en el orden siguiente: 1o. Al abuelo paterno; 2o. Al abuelo materno; 3o. A la abuela paterna; 4o. A la abuela materna; y 5o. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad. La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la precedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que	
--	---	--

257). e) Que la patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. (Artículo 258). f) Que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinario administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público (Artículo 265) En cuanto al procedimiento a seguir en esos casos, véanse los	constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo. <i>Tutela Judicial.</i> El artículo 300 del Código Civil dispone que la tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Esta clase de tutela, es entonces eminentemente supletoria: radica la razón de su existencia en el propósito del legislador de que la persona menor de edad o declarada en estado de interdicción que carezca de los parientes más cercanos y de tutor nombrado en testamento, no quede sin la debida protección de la institución tutelar.	
--	--	--

artículos 420, 421, 422 y 423 Código Procesal Civil y Mercantil. g) Que los padres no pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos, ganados, ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona (Artículo 265). h) Que, quien ejerza la patria potestad no puede, salvo el caso de sucesión intestada, adquirir, ni directa ni		
---	--	--

indirectamente, bienes o derechos del menor; y que los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos Artículo 267. i) Que, los padres deben entregar a los hijos, cuando éstos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración Artículo 272.		
En cuanto a los hijos, el código dispone: a) Que los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo, no pudiendo, sin permiso de ellos,	Tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción: Artículo 301. La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde: 1o. Al cónyuge; 2o. Al padre y a la madre; 3o. A los hijos mayores de edad;	

dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres lo hayan puesto (la autoridad doméstica debe ser auxiliada en todos los casos por la autoridad pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores. Artículo 260.	4°. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido. <i>Autorización Judicial para determinados actos de carácter judicial:</i> El tutor necesita autorización judicial: 1o. Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos 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 no sean necesarias; para constituir servidumbres pasivas; y en general, para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales. Los contratos a que se refiere este inciso, no pueden ser prorrogados;	
b) Que los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento Artículo 259.	2o. Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y	
c) Que los hijos, aún cuando sean mayores de edad y		

cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida Artículo 263.	garantías que acuerde el juez; 3o. Para repudiar herencias, legados y donaciones; 4o. Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés; 5o. Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y 6o. Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo	
<i>Separación de la Patria Potestad:</i> Cuando quien la ejerce disipa los bienes de los hijos, o, por su mala administración, se disminuyen o deprecian. Pueden solicitar la separación los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o el Ministerio Público	<i>Inhabilidad y excusas para la tutela:</i> Artículo 314. No puede ser tutor ni protutor: 1o. El menor de edad y el incapacitado; 2o. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;	<i>Suspensión, pérdida y restablecimiento de la guarda y custodia :</i> En la práctica de los tribunales de familia, la guarda y custodia de menores, puede acordarse por medio de convenio amistoso entre las partes en el divorcio voluntario, si se tratare de personas casadas o en la separación de hecho si se tratare de personas que han

Artículo 269.	3o. El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas; 4o. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta; 5o. El fallido o concursado,¹⁶³ mientras no haya obtenido su rehabilitación; 6o. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado; 7o. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos; 8o. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a	procreado hijos en una relación maridable. En el caso del divorcio ordinario, cuando existe discrepancia entre las partes sobre la guarda y custodia de los hijos, se establece por medio de sentencia firme de acuerdo a las pruebas aportadas en el proceso y previo estudio socioeconómico practicado por trabajadoras sociales del tribunal a petición de parte o por orden emanada del juzgador. Cuando los hijos han sido procreados en una convivencia maridable no declarada como unión de hecho y los padres pretende cada uno la guarda y custodia de los hijos, debe acudir a los tribunales de familia para que el juez sea quien resuelva en definitiva quien debe de responsabilizarse directamente de la
----------------------	--	---

	juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento; 9o. El que no tenga domicilio en la república; 10. El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa. Artículo 315. 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 el Ministerio Público o algún pariente del pupilo. Remoción Artículo 316. Serán también removidos de la tutela y protutela: 1o. Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo; 2o. Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al	protección y cuidado de los hijos. Por lo general los hijos permanecen al lado de la madre, sobre todo si es madre soltera, en la práctica ese criterio puede variar si la madre tiene impedimentos para responsabilizarse de sus hijos, por medio de pruebas presentadas en el proceso o se haya comprobado en el estudio socioeconómico. Siempre que el padre ofrezca un hogar más satisfactorio que beneficie a los hijos, para que puedan lograr un desenvolvimiento normal protegidos y cuidados en forma adecuada.
--	---	---

	delito; 3o. Los que emplearen maltrato con el menor; 4o. Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y 5o. Los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñen la tutela y protutela. Excusa Artículo 317. Pueden excusarse de la tutela y protutela: 1o. Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela; 2o. Los mayores de sesenta años; 3o. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos; 4o. Las mujeres; 5o. Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia; 6o. Los que padezcan	
--	---	--

	enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y 7o. Los que tengan que ausentarse de la república por más de un año. Artículo 318. 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.	
<i>Suspensión de la Patria Potestad:</i> La patria potestad se suspende: 1o. Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; 2o. Por interdicción, declarada en la misma forma; 3o. Por ebriedad consuetudinaria; y 4o. Por tener el hábito del juego ó por el uso indevido y constante de	<i>Prohibiciones:</i> Artículo 336. Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes: 1o. Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación¹⁶⁷ legal; 2o. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado; 3o. Aceptar donaciones del	<i>Guarda y custodia compartida:</i> Como se estableció anteriormente la guarda y la custodia de un menor le puede ser conferida a uno solo de los padres, sin que por ellos el otro pierda los derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad, de conformidad a la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, la Carta Europea y la

drogas ó estupefacientes Artículo 273.	ex pupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge o hermano del donante; 4o. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y 5o. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.	Constitución española recogen el principio de interés superior del niño en todas las decisiones familiares, administrativas, judiciales que le afecten es por esto que en noviembre del 2002, declaran que la guarda custodia compartida o coparentalidad, entendiendo como tal el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de derechos y deberes de cada uno de ellos, es un derecho fundamental e irrenunciable de los menores afectados por la separación de los padres.
<i>Pérdida de la Patria Potestad:</i> Es la medida más grave contra quien la ejerce y de proyecciones incalculables en el ámbito familiar. El artículo 274 del Código Civil, dispone que la patria	<i>Rendición de cuentas de la Tutela:</i> Artículo 343. El tutor deberá rendir cuentas anualmente y al concluirse la tutela o cesar en su cargo. Artículo 344. La rendición anual de cuentas	

potestad se pierde: 1o. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2o. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3o. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4o. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado y 5o. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.	se hará ante el juez con intervención del protutor y del Ministerio Público. Artículo 345. La rendición final de cuentas se hará por el tutor o sus herederos, al ex pupilo o a quien lo represente, dentro de sesenta días contados desde que terminó el ejercicio de la tutela. Artículo 346. El tutor que sustituya a otro está obligado a exigir la entrega de bienes y la rendición de cuentas al que lo ha precedido. Si no lo hiciere, es responsable de los daños y perjuicios¹⁶⁹ que por su omisión se siguieren al pupilo. Artículo 347. Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibo. Artículo 348. Los gastos de la rendición de cuentas,	
--	---	--

	serán a cargo del menor o incapacitado.	
Restablecimiento de la Patria Potestad: Conforme lo dispuesto en el Artículo 277 del Código Civil puede el juez, en vista de las circunstancias de cada caso, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad (la suspensión o pérdida de la misma; por lo tanto, no deben entenderse como definitivas), en los siguientes casos: 1o. Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos; 2o. Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el artículo 274 inciso 3o. del Código Civil, no haya habido	Entrega de Bienes: Artículo 349. El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan. Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas. Artículo 350. El saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; en el segundo, desde la rendición de cuentas, si hubieren sido rendidas dentro del término legal y en caso contrario, desde que éste expire. Prescripción de acciones Artículo 351. Las acciones u obligaciones que recíprocamente	

reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; 3o. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1 de este artículo. En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva	correspondan al tutor y al ex pupilo, por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen a los cinco años de concluida ésta.	
---	--	--

3.9 Forma de instituir el cargo de tutor y protutor

El artículo 319 del Código Civil establece: El tutor y el protutor no entrarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el Juez.

Ninguna tutela puede ser discernida sin haber cumplido con los requisitos que para el ejercicio exige la ley.

De la interpretación del artículo anterior se desprende que para que el Juez de Familia discierna el cargo de tutor y protutor como primer punto los mismos deben ser y gozar de capacidad en todos los aspectos.

3.9.1 De la capacidad del nombrado como tutor

De la capacidad del nombrado como tutor o protutor resulta una condición impuesta por el Código Civil y a la vez una prohibición, sin el cumplimiento de las cuales no es posible discernir el cargo a cada uno de los nombrados, ya sea como tutor o protutor y son las siguientes:

1. Que sea capaz civilmente: Es decir esta condición impone que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Esto implica que sea mayor de edad y plena capacidad de obrar (artículo 8 del Código Civil).
2. Prohibición: Que no se encuentre incluido en algunas de las prohibiciones para ser tutor o protutor contemplados en el artículo 315 del Código Civil; de ser así, no podría ejercer dicho cargo.

3.9.2 Elaboración de inventario: Conforme el artículo 319 Del Código Civil, después de discernido el cargo de Tutor y Protutor, el primero procederá a hacer el inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo.

Artículo 320 del Código Civil, este inventario deberá realizarse de todos los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del pupilo.

La elaboración del inventario constituye una garantía para el pupilo, pues deben describirse totalmente todo su patrimonio y así mismo tiene el valor o la cantidad a que asciende el patrimonio del menor o incapaz, para dar inicio a la tutela y al finalizar la misma, este es una prueba de la integridad del patrimonio.

Artículo 342 del Código Civil, así también es una garantía para el tutor con el inventario puede comprobar de forma indubitable como inició y la suma a la que ascienden los bienes del pupilo, así como el final de su ejercicio, haciendo constar todas sus actividades que haya realizado y que incidieron de una u otra forma en los bienes y derechos que administró.

Los 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 o donación o legado. Artículo 321 del Código Civil.

El fin que persigue la constitución de la garantía es asegurar el pago de la indemnización procedente del incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas al tutor o protutor, o por los daños causados al pupilo en el ejercicio de sus funciones, por lo que el artículo 323 del Código Civil, establece: *“la garantía deberá asegurar:*

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

El artículo 325 del Código Civil; establece la forma de la garantía: “la garantía deberá consistir en hipoteca, prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria o legalmente autorizada para el efecto. La garantía personal y aún 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 este”.

3.9.3 Depósito: El artículo 329 del Código Civil le atribuye al Juez la facultad nombrar depositarios, en el caso de la tutela, pues establece: Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos, bonos, acciones y valores, que a juicio del juez no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento autorizado por la ley para recibir depósitos.

Esto constituye una mejor cautela para la defensa y protección de los bienes del pupilo, consistente en la posibilidad de decretar que determinados bienes muebles de cierto valor del

patrimonio del pupilo y ciertos documentos, no obstante estar relacionados en el inventario, no serán poseídos por el tutor, sino que serán depositados en un establecimiento destinado al efecto. En concreto estos bienes no deben quedar en poder del tutor.

3.9.4 Funciones del tutor

a) La función primordial del tutor es representar legalmente al menor o incapacitado. De acuerdo al artículo 293 del Código Civil.

Nombrado el tutor, este queda facultado legalmente para representar al menor o incapacitado con eficacia en el ámbito jurídico, representación que implica defender los intereses del tutelado, dentro y fuera de juicio, como lo señala el artículo 399 del Código Civil.

3.9.5 Velar por el pupilo

Esta función implica tener al tutelado bajo guarda y custodia para poder cumplir con las siguientes funciones: alimentarlo, educarlo y procurar al menor una formación integral; promover la recuperación de la capacidad del interdicto ó reinserción a la sociedad e informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración. Artículo 343 del Código Civil.

3.9.6 Administrar el patrimonio del pupilo

Para ejercer la facultad de administración de los bienes del pupilo, debe haber un patrimonio que ya ha sido inventariado, habiendo prestado una garantía, es una función del tutor administrar el patrimonio del menor o incapacitado para conservar y cuidar el mismo; así también, el tutor debe involucrar al menor de dieciséis años en la administración de los bienes, para su información y conocimiento; si no hubiere tutor testamentario el tiene derecho de proponer candidato entre sus parientes llamados a la tutela legítima, o a falta de estos a persona de reconocida honorabilidad para que ejerza la tutela judicial. Artículo 303 del Código Civil.

3.9.7 Autorización judicial

Derivado de la representación y actuación del tutor en la administración de los bienes del menor o incapacitado, con el objeto de prestar una correcta administración de los bienes del menor, en caso de necesidad se puede solicitar autorización judicial, según establece el artículo 332 del Código Civil, para los siguientes actos:

“1.- Para enajenar, o gravar bienes del menor o 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 no sean necesarias; 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;

2.- para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;

3.- Para repudiar herencias, legados y donaciones;

4.- Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;

5.- Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado;

6.- Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo.

3.9.8 Retribución de la tutela y protutela

El artículo 340 del Código Civil, establece: Que tanto el tutor como el protutor tienen derecho a una retribución de acuerdo al cumplimiento de sus funciones; para lo cual el Juez debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a. Se pagará en forma anual;
- b. La retribución no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Así mismo, cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas o productos líquidos, el juez la fijará tomando en cuenta los siguientes aspectos:

- a. La importancia del caudal del pupilo; es decir el valor de los bienes administrados.
- b. El trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.
- c. De acuerdo a la rentabilidad de los bienes.

El tutor y el protutor, se distribuirán el primero el 75% y el segundo el 25% restante. Es importante mencionar el artículo 341 del Código Civil; el cual establece una excepción a la retribución del tutor y protutor, anteriormente explicada; indica: Cuando el tutor y protutor hubieren sido removidos por su culpa, no tendrán derecho a recibir retribución alguna.

3.9.9 Causas de remoción de tutor y protutor

De acuerdo a las causas de remoción del cargo de tutor y protutor, contenido en el artículo que a continuación se enuncia; se desprende, que así como el tutor debe comportarse y ejercer las funciones de padre de familia y el protutor fiscalizar las funciones del tutor; así también ambos, tanto tutor como protutor son objeto de fiscalización por parte de las instituciones implicadas en el derecho tutelar de los menores e incapacitados, como el Juez competente, la Procuraduría General de la Nación; con el objeto de que el tutelado obtenga los mejores beneficios del ejercicio de la tutela.

Conforme el artículo 316 del Código Civil, serán removidos:

- a. Los que demuestren negligencia e ineptitud en el desempeño de su cargo;

- b. Los que incitaren al pupilo a la corrupción y al delito;
- c. Los que emplearen maltrato con el menor;
- d. Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario;
- e. Los que se ausenten por más de seis meses del lugar donde desempeñen la tutela o Protutela.

3.10 Excusas y prohibición para ejercer la tutela y protutela

Conforme el Artículo 317 del Código Civil, podrá excusarse de la tutela y protutela:

- a. Los que tengan a su cargo otra tutela;
- b. Los mayores de sesenta años;
- c. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- d. Las mujeres;
- e. Los que por sus bajos recursos no puedan atenderla sin menoscabo;
- f. Los que padezcan de enfermedad habitual;
- g. Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.

3.10.1 Prohibiciones para ejercer la tutela

El Artículo 336 del Código Civil establece: Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes:

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

- f. Las prohibiciones inherentes al ejercicio del tutor, también son extensivas a sus parientes, como lo señala el artículo 337 del Código Civil: Tampoco podrán contratar acerca de bienes del menor o incapacitado, por sí o por interpósita persona, los parientes del tutor, salvo que éstos sean coherederos o coparticipes del pupilo.

3.10.2 Extinción de la tutela

La tutela es un instituto tutelar de los menores e incapaces, cuando estos se encuentran abandonados por los padres quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, por ésa razón se deduce que la Tutela también puede extinguirse.²⁰ Se extinguirá la Tutela:

- a. Cuando renazca la patria potestad;
- b. Cuando desaparezca el menor o incapacitado;
- c. Cuando cese la minoría de edad;
- d. Cuando el pupilo menor de edad haya sido adoptado;
- e. Cuando el menor de edad contraiga matrimonio;
- f. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin a la incapacitación;
- g. Cuando el pupilo o tutelado fallezca.

Todos estos supuestos de extinción de la tutela se derivan del estudio del artículo 277 del Código Civil, el juez puede en vista de las circunstancias restablecer a los padres en el ejercicio de la Patria Potestad, cuando estas han variado.

3.10.3 Rendición final de cuentas

La rendición de cuentas es obligatoria en el ejercicio de la tutela y el final de esta, de acuerdo al artículo 343 del Código Civil; esta procede en los siguientes supuestos:

- a. **Anualmente:** debe rendir cuentas en forma anual, ante el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación.

²⁰ Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de Familia. Litografía Orión, 3ª. Ed. Guatemala. 2009. Pág. 290.

- b. **Final:** la rendición final de cuentas la hará el tutor o sus herederos al ex pupilo a quien lo represente, dentro de los sesenta días a partir de la fecha en que terminó el ejercicio de la tutela.

Los gastos en que incurre la rendición de cuentas corren a cargo del menor o incapacitado. Todos los gastos deben llevar documentos justificativos.

CAPITULO IV

LA TUTELA Y LA FIGURA DEL MANDATO

4.1 Utilización del mandato en el ejercicio de la tutela

Se analiza el uso del mandato en el ejercicio de la tutela, en la representación que ejercen los Padres de los menores de edad, toda vez que la capacidad que se les otorga a los menores en determinadas circunstancias de su vida es relativa, necesitan de la representación de sus padres casados o no, que ejerzan la Patria Potestad sobre ellos y por el abandono de esta, los tutores.

El artículo 1691 del Código Civil señala: *“Los representantes de los menores, incapaces, o ausentes, no pueden otorgar poder general sino solamente especial para asunto determinado que no pueda ser atendido personalmente por ellos”*.

Los tutores deben ejercer el cargo que le ha sido discernido por Juez competente y deben acreditar su representación con la certificación del discernimiento del cargo, extendida por el órgano competente que la otorgó; sin embargo, pueden otorgar únicamente facultades determinadas en asuntos que el no pueda atender personalmente, lo hará otorgando mandato especial únicamente ente para asunto determinado; no así con facultades amplias y extensivas.

De acuerdo a los supuestos contenidos en el Código Civil, la ley faculta a algunos menores de edad, para realizar determinados actos, siempre obteniendo la autorización de los padres, tutores, ó dispensa judicial según el caso, no tienen derecho a ser emancipados, es decir a otorgarles capacidad absoluta pues de acuerdo al Código Civil el artículo 8º. Señala: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.

Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley, tales como:

a) Los mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida. Artículo 259 Código Civil. 150 del Código de Trabajo y artículo 101 literal I) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

b) Los menores que hayan cumplido dieciséis años debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento. Artículo 303 del Código Civil.

c) Restitución en casos de enriquecimiento sin causa. Artículo 1619 del Código Civil. "Si el que recibe lo indebido fuere menor o incapaz, solamente restituirá lo que existe en su poder y lo consumido en su propio provecho; salvo el caso de mala fe imputable al menor, o de que lo haya recibido por medio de su representante legal, casos en los cuales se aplicarán prescripciones relativas a las personas capaces".

El Congreso de la República aprobó una modificación al Código Civil Decreto ley 106, a los artículos 81-84 y el artículo 177 del cuerpo legal citado; el 5 de noviembre de 2015; en la cual se modifica la minoría de edad para contraer matrimonio civil; quedando prohibido el matrimonio entre menores de dieciséis años de edad; y no se aceptará la unión de hecho; tras alarmantes cifras de embarazos precoces y otros factores de riesgo para las niñas quedando así:

a) Con respecto a la Capacidad Civil para reconocer hijos, como esta contenido en el Código Civil, Decreto ley 106 actualmente: "La mujer mayor de catorce años tiene capacidad civil para reconocer a sus hijos sin necesidad de obtener el consentimiento de los que ejerzan sobre ella la patria potestad o tutela". Artículos 217 y 218 Código Civil. No se han pronunciado y no figura en la modificación y competencias de los órganos judiciales publicadas.

4.2 Reformas al Código Civil decreto ley número 106

El Congreso de la República aprobó el 5 de noviembre de 2015, promulgó una modificación al Código Civil que permite de manera excepcional y por razones fundadas, que un juez podrá autorizar el matrimonio de menores de 18 años, pero solo si han cumplido 16.

En esa misma reforma al Código Civil se elevó de 14 a 18 años la edad mínima para contraer matrimonio y se aumentó de 16 a 18 años la edad para los varones. Ver cuadro comparativo.

CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY NÚMERO 106	REFORMAS AL CÒDIGO CIVIL DECRETO LEY NÚMERO 106
Aptitud para contraer matrimonio. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determinan los arts. Siguietes. Artículo 81.	“Aptitud para contraer matrimonio. Se establece los dieciocho (18) años de edad, como la edad mínima para contraer matrimonio”. Artículo 81.
La autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo, la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor. Artículo 82.	“Excepción de edad. De manera excepcional y por razones fundadas podrá autorizarse el matrimonio de menores de edad, con edad cumplida de dieciséis (16) años, de acuerdo a las regulaciones de este Código”. Artículo 82.
Autorización Judicial. Si no puede obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de los progenitores y sí ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de Primera Instancia del domicilio del menor. Artículo 83.	“Prohibición de contraer matrimonio. No podrán contraer matrimonio ni autorizarse de manera alguna, el matrimonio de menores de dieciséis (16) años de edad.” Artículo 83.
En caso de desacuerdo de los padres o de negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la	“Autorización Judicial. La solicitud para autorizar un matrimonio de menores de edad, con edad cumplida de dieciséis años, se presentará ante juez competente, quien sin formar artículo y

negativa no fueren razonables. Artículo 84.	escuchando en una sola audiencia al o los menores de edad, bajo ninguna circunstancia.” Artículo 84.
Unión de menores. Los alcaldes o notarios podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor, o en su caso, autorización del juez. Artículo 177.	“Unión de menores. No podrá aceptarse ni declararse una unión de hecho de menores edad, bajo ninguna circunstancia.” Artículo 177.

4.3 Competencia de los juzgados de primera instancia de familia para la autorización de matrimonios de menores de 18 años

El acuerdo 12-2016 de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.) determina que los Juzgados de Primera Instancia de Familia conocerán y autorizarán el matrimonio de menores de 18 años, pero solo si han cumplido 16. Sin embargo, no se podrá aceptar la unión de hecho de menores de edad.

Esta publicación se hace luego de que en noviembre del 2015 entrarán en vigencia las reformas al Código Civil, que establecen que la edad mínima para contraer matrimonio, tanto para hombres como para mujeres, es de 18 años y que solo se puede autorizar estas uniones a los 16 si se trata de un caso especial.

Los Juzgados de Primera Instancia de Familia, ubicados en toda la República de Guatemala, serán competentes para conocer y resolver las solicitudes de autorización de matrimonio de personas adolescentes con edad cumplida de dieciséis años”, determina el acuerdo.

La Corte Suprema de Justicia establece en dicho acuerdo: “En toda resolución judicial, el Juez deberá fundamentar la prevalencia de interés superior del y la adolescente, respetando

su derecho de opinión y con la finalidad de proteger y resguardar los derechos del adolescente, deberá hacer valer, con base los estudios, investigaciones y dictámenes.

El proceso de análisis que efectuaran los juzgados se hará a través de audiencias y se contará con la participación de la Procuraduría General de la Nación (P.G.N.).

De igual forma se deberán presentar estudios socioeconómicos de los menores solicitantes del matrimonio. Se requiere también un estudio psicológico de ambos menores que indique la existencia de estabilidad emocional, posible relación de desigualdad de poder y variabilidad psicológica.

4.3.1 Requisitos

Una vez recibida la solicitud, el juez deberá pedir a la Procuraduría General de la Nación (P.G.N.) una opinión sobre la petición.

Dicho pronunciamiento deberá incluir varios estudios a los adolescentes.

Se debe incluir un estudio socioeconómico del solicitante, en el mismo se debe establecer si este estuvo casado con anterioridad, si existen personas que dependan económicamente de él y las causas de la disolución del matrimonio anterior.

La P.G.N. debe presentar un estudio psicológico de ambos solicitantes, donde se indique la estabilidad emocional de los mismos y si existe una posible relación de desigualdad de poder, además de la viabilidad psicológica de los dos.

La indicación de la Corte Suprema de Justicia es que en toda resolución judicial, el juez deberá priorizar el interés superior de los adolescentes y respetar su derecho de opinión.

De existir indicios sobre amenaza o vulneración de derechos de los adolescentes, el juez debe remitir a donde corresponda, con el fin de proteger los derechos de los menores.

4.3.2 Representación de los incapaces el artículo 9 del Código Civil establece: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción, pueden así mismo.

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

El artículo 14 del citado cuerpo legal establece: “Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales”.

La ley es clara y no se puede alegar desuso o ignorancia ante la misma, y quienes omiten seguir los procedimientos legales y utilizan un mandato en el cual otorgan la guarda y custodia de un menor de edad; obviando seguir el procedimiento correcto ante los Órganos Jurisdiccionales competentes, incurren en responsabilidades que más adelante se definen.

Ya vimos que guardar y custodiar es velar o cuidar la vida del menor o incapaz y por sus intereses; es más, la Tutela fue instituida específicamente para velar por la buena administración del patrimonio del menor o incapaz; las obligaciones que se adquieren van mas allá; es velar por la integridad física, mental, moral y hasta espiritual de un menor o incapaz.

Por lo tanto, la guarda y custodia únicamente la pueden ejercer los padres en el ejercicio de la patria potestad, o bien los tutores instituidos para el efecto y quienes por disposición de la ley sean nombrados por los padres o tutores legítimos, testamentarios ó judiciales, legalmente para ejercer dicho cargo público, discernido por un Juez competente (Juez de Familia) tienen el poder, la autoridad, la facultad, para otorgar mandatos especiales únicamente para determinado asunto que ellos no pueden atender personalmente con respecto a los menores que están bajo su patria potestad o en ausencia de esta institución, los tutores, legalmente instituidos para ello.

La representación no debe interpretarse desde el punto de vista contractual del otorgamiento de un mandato, la representación legal en general, es de trascendencia en el

Derecho Civil y en materia de sucesiones, se le llama representación al derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos, en su lugar, en la misma parte de la herencia en que aquéllos habrían sucedido.²¹

4.4 El mandato

Mandato: En general orden, disposición imperativa. Encargo o comisión. Representación. En Derecho Civil, contrato que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza.²²

El Mandato es una de las formas legales de representación, que la ley establece como solución para las personas que necesiten ser representadas, por no poderlo hacer por sí mismas. Esta puede ser de una persona individual a otra, para que haga valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, o porque dicha persona se ve en la imposibilidad de hacerlo, o bien que se trate de personas jurídicas que actúan por medio de personas individuales.²³

El mandato es el contrato por cuya virtud uno de los contratantes, que es el llamado mandatario, se obliga a cumplir en forma gratuita u onerosa, el encargo de otra persona llamada mandante, para llevar a cabo un servicio determinado o la total gestión del patrimonio de dicho mandante.

La representación por disposición de la ley, es típica, como sucede en el caso de menores, o por voluntad de la persona al otorgar un mandato. Así también para representar a mayores incapaces, para velar por su persona y sus bienes.

²¹ Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 569 y 836.

²² Muñoz Nery Roberto. La Forma Notarial en el Negocio Jurídico. (6ta, Ed, Imprenta BC, Guatemala 2009) p.89

²³ Ibid.

4.4.1 El mandato puede otorgarse con o sin representación

El mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al representado.

El mandato sin representación, el mandatario obra en nombre propio, sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante.

La Exposición de Motivos del Código Civil Anotado y Concordado argumenta “que en cualquier forma que el mandato se otorgue, las obligaciones recaen en el mandante; directamente con los terceros en el caso de mandato con representación; indirectamente por medio del mandatario en el otro caso, pero condicionado, a que el apoderado o mandatario se haya sujetado a las facultades conferidas y a las instrucciones comunicadas para la verificación de los negocios que se les hayan encomendado.”

El mandato desde el antiguo derecho romano podía versar sobre asunto concreto o determinado por lo cual se le llamó Mandato Especial; o bien sobre la administración general del patrimonio del mandante, por lo cual se le llamó Mandato General; en ambos casos el mandante podía otorgar facultades de actuar en su nombre (con representación) o en su propio nombre el mandatario, (es decir sin representación).

El Código Civil no hace distinción entre mandato y poder, se usan como sinónimos, aunque los específicos en la materia si hacen distinción entre uno y otro: El autor Pérez Fernández del Castillo, citado por el Dr. Nery Roberto Muñoz, establece la distinción en los términos siguientes:²⁴

La primera distinción se refiere a la fuente jurídica

El mandato es un contrato, el poder una declaración unilateral de voluntad.

²⁴ Muñoz Nery Roberto. La Forma Notarial en el Negocio Jurídico. Pág. 89

La Segunda distinción se refiere a: que el mandato tiene como objeto, obligaciones de hacer, consistentes en la realización de la representación en forma abstracta y autónoma, o sea la actuación a nombre de otra persona para que los actos efectuados surtan en el patrimonio del representado, de tal manera que la relación jurídica vincula directamente e inmediatamente al representante con el representado.

La tercera distinción consiste en: que el mandato no es representativo sin embargo puede serlo si va unido con el otorgamiento de un poder; es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surtir efectos entre mandante y terceros.²⁵

Concluye el autor que parte de la doctrina y la legislación contemporánea confunden o simplemente mezclan estas dos figuras legales.

En el caso de Guatemala, se indicó que dichas figuras, mandato y poder son sinónimos. El mandato y el poder tiene como objeto la representación de otra persona individual o jurídica, ya sea la primera, mayor de edad, o menor de edad, o incapaz para velar por sus propios intereses.

En el registro de poderes del archivo general de protocolos, se tiene la convicción que Poder es el instrumento en el que consta el o los mandatos otorgados.

4.4.2 Elementos personales, reales, formales y esenciales del mandato

4.4.3 Personales

Mandante: Quien otorga las facultades para que lo represente el llamado mandatario.

Mandatario: Es la persona que acepta de modo expreso o tácito, el encargo que el mandante le da para proceder en nombre y por cuenta de este en uno o más asuntos.

²⁵ Muñoz Nery Roberto. La Forma Notarial en el Negocio Jurídico. 6ta. Edición, imprenta BG Guatemala 2009. Pág. 89

En los países hispanoamericanos suele darse la calificación de “primer mandatario” al jefe del Estado o al de alguno de los Estados o provincias federadas; es decir, el presidente de la república o el dictador que hace sus veces, o el respectivo gobernador.²⁶

Tercero. Es la persona o entidad ante quien se va a representar al mandante.

4.4.4 Elementos reales

Los actos y asuntos no Jurídicos se constituyen en elementos reales; no se puede otorgar poder para asuntos estrictamente personales del mandante (testar ni donar por causa de muerte)

La retribución: otro elemento real debido a que su gestión será remunerada y solamente será gratuito el mandato si el mandatario hace constar de manera expresa que lo acepta de ese modo.

4.4.5 Elementos formales: El Código Civil, establece dos formas de otorgamiento:

Escritura pública: cuando sobrepasa asuntos de más de mil quetzales y los que se refieran a enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.

Documento privado: cuyos asuntos no excedan del valor de mil quetzales, legalizado por Notario, o en acta levantada ante el alcalde o juez local.

Aceptación: expresa o tácita.

²⁶ Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Pág. 569.

4.4.6 Elementos esenciales

Estos elementos son vitales para que el mismo pueda surgir al mundo jurídico; como lo vemos a continuación:

Capacidad jurídica de los sujetos: Que sea mayor de edad, tanto mandante como mandatario, que se encuentre en el pleno uso de sus facultades mentales, que no sea ebrio consuetudinario, ni consuma drogas, que no sea sordomudo, que no sea analfabeta. Artículo 8 del Código Civil.

Objeto lícito: En el mandato el objeto del contrato lo constituyen el o los actos o gestiones que el mandatario deberá realizar en nombre del mandante, o los que el mandante ratifica, después de realizados, y de acuerdo a la ley. Artículos 1605 y 1688 del Código Civil.

Consentimiento: Es la manifestación de voluntad expresa o tacita por la cual una persona da su aprobación para la realización de un acto que celebrará con otra. El consentimiento debe ser puro y no encontrarse viciado por defecto alguno. Artículos 1251, 1254 y 1518 del Código Civil.

Requisito legal y esencial. Debe constar en escritura pública para su validez. Artículo 1687 del Código Civil. Además debe ser registrado en el Registro de Poderes del Archivo General de Protocolos.

4.4.7 Características del mandato

De gestión: Su objeto es precisamente que el mandatario tome parte en la ejecución de actos, en la celebración de contratos, que crean, modifican o extinguen obligaciones o derechos para el mandante, para el mandatario o para tercera persona, Artículo 1686 del Código Civil.

Principal: Porque no necesita de otro contrato para subsistir, tiene existencia jurídica y validez formal por si solo es independiente, Artículo 1687 del Código Civil.

Bilateral: Llamado también sinalagmático; porque cada una de las partes es recíprocamente acreedor y deudor de la otra parte. Artículos 1705-1711 y 1712-1716 del Código Civil.

Típico: Porque está debidamente reglamentado en la ley, dándole un nombre, y regulando las relaciones que entre los contratantes se den. Artículos 1691, 1692, y 1693 del Código Civil y Artículos 188 al 195 de la ley del Organismo Judicial.

Formal: Para que el mandato surta los efectos jurídicos esperados, deben cumplir con los formalismos contenidos en el Código Civil. Artículo 1687. Debe constar en escritura pública y ser inscrito en el Registro de Poderes, del Archivo General de Protocolos o sus Delegaciones Regionales o departamentales. Artículos 78 y 81 del Código de Notariado.

De tracto sucesivo: Porque la ejecución sucesiva de las prestaciones de una o de las dos partes son de cumplimiento reiterado o continuo. Artículos 1702 y 1712 del Código Civil.

Gratuito o remunerado: según sea la finalidad del mandato puede reportar beneficio para una de las partes, puede ser gratuito o que el beneficio sea para ambas partes contratantes, puede ser oneroso. Artículo 1689 del Código Civil.

Revocable: El mandante puede revocar el mandato cuando no desea más que el mandatario lo siga representando. Artículos 1699, 1718, 1721, del Código Civil.

Renunciable: Contrario del caso anterior es cuando el mandatario no desea seguir ejerciendo el mandato conferido, puede entonces renunciar a él, siempre y cuando no resulte perjudicial para el mandante, debiendo continuar la gestión de los asuntos pendientes hasta que se le reemplace. Artículo 1717 numeral 4°. Del Código Civil.

De libre discusión: Ambos contratantes en el contrato de mandato tienen libre discusión en cuanto al consentimiento, al número de actos que el mandatario deba realizar a favor de su mandante o los negocios en los que deba intervenir, los honorarios que percibirá el mandatario, la forma de pagarlos.

4.5 Regulación legal del mandato

El mandato puede ser gratuito u oneroso, según sea el mandatario retribuido económicamente o no. Se presume que es gratuito cuando no se ha convenido cosa distinta y se presume que es oneroso cuando consiste en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario, en trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir.

Puede ser tácito o expreso, según que resulte de los hechos positivos del mandante, de su inacción de su silencio o de haberse hecho constar en instrumento público o privado, en cartas o verbalmente. Así mismo; puede ser general, si comprende todos los negocios del mandante, y especial si se refiere a negocios determinados.²⁷

El mandato en el Código de 1877, está contenido en el título VII, libro III y de los artículos 2184 al 2217 respectivamente.

El Código civil actual no establece una definición específica de ninguna de sus instituciones, y el mandato no es la excepción, indica para que se utilice el mandato, como se puede observar en los siguientes artículos del Código Civil.

Mandato: artículo 1686 Código Civil. “Contrato de gestión por el cual una persona, se obliga a llevar a cabo por cuenta o encargo de otra persona, la gestión de uno o varios de sus negocios”.

²⁷ Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 2006. Pagina 570.

4.6 Clases de Mandato contenidos en la ley

Con representación: El mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido obligan directamente al representante. 1686 Código Civil.

Sin representación: El mandatario obra en nombre propio, sin que terceros tengan acción contra el mandante; sin embargo, esta clase de mandatos tiene poca aplicación en materia administrativa o civil, dándose más en materia mercantil, según artículo 292 del Código de Comercio y dicha figura tiene el nombre de corredor.

General: Comprende todos los negocios del mandante. Artículo 1693 Código Civil, lo cual en doctrina es ilógico, pues el mandante tiene la libertad de conservar la facultad de revocar el mandato y la de exigir razón y cuenta del ejercicio del mandato al mandatario. Además algunas facultades son privativas como la patria potestad.

Especial: El que se otorga para uno o más asuntos determinados. Artículo 1691 del Código Civil. Es aquél mandato requerido expresamente por la ley para poder realizar determinados actos jurídicos como: enajenar, hipotecar, arrendar.

Judicial: Artículos 188 al 193 de la Ley del Organismo Judicial. El mandato que se otorga para la representación ante los tribunales, con carácter contencioso o voluntario, para ejercer acciones, oponer defensa o cumplir cualesquiera trámites que las causas requieran en representación de una de las partes. Este también es aceptado en algunos cargos de colaboración temporal con la administración de justicia, como los de administrador o depositario judicial. Artículos 188 al 193 Ley del Organismo Judicial.

4.6.1 Aceptación y efectos del mandato: Artículo 1687 Código Civil

La aceptación es: Expresa o Tácita

- **Expresa:** Cuando el mandatario comparece y acepta expresamente, manifiesta su voluntad de aceptar llevar los negocios del mandante.
- **Tácita:** Debe entenderse la aceptación tácita, solo por el hecho de que el mandatario ejerce las facultades que le han sido otorgadas en el mandato.
- **Efectos:** Es un contrato preparatorio, por cuanto crea un estado de derecho para futuros negocios jurídicos.

4.7 Obligaciones del mandatario con respecto al mandato:

- a. Cumplir con exactitud, eficiencia y fidelidad las disposiciones
- b. Tiene que sujetarse a las instrucciones que recibe del mandato
- c. Obligación de dar cuenta de su administración
- d. Desempeñar el mandato personalmente
- e. Responder de daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasione.

4.7.1 Obligaciones del mandante con respecto al mandato

Cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del contrato de mandato.

Anticiparle al mandatario los fondos respectivos para realizar al mandato.

Pago de honorarios del mandato.

4.7.2 Obligaciones del mandatario: 1705 Código Civil

Debe desempeñar con diligencia el mandato y responder por los daños y perjuicios por su no ejecución, artículo 1705 Código Civil.

Debe sujetarse a las instrucciones del mandante. Artículo 1706. Código Civil.

Debe desempeñar personalmente el mandato y solo podrá sustituirlo si estuviere facultado expresamente para hacerlo Artículo 1707 Código Civil.

No puede renunciar sin justa causa al apoderado. Artículo 1708 Código Civil.

Si queda inhabilitado el mandatario o le sobrevinieran causas de incompatibilidad y el mandante no ha designado sustituto, podrá nombrarlo el juez. Artículo 1709 Código Civil.

Sin la autorización previa y por escrito del mandante, el mandatario no puede usar ni adquirir para sí ni para sus parientes legales las sumas o bienes que haya recibido. Artículo 1710 Código Civil.

4.7.3 Obligaciones del Mandante

Cumplir con las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, artículo 1712 Código Civil.

El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, artículo 1712 Código Civil.

Indemnizar al mandatario de daños y perjuicios que le cause el cumplimiento del mandato, sin la culpa ni dolo del mismo mandatario. Artículo 1714 Código Civil.

4.7.4 Terminación del mandato: Artículo 1717 Código Civil

Por vencimiento del término para el que fue otorgado

Por concluirse el asunto para el que se dio,

Por revocación,

Por renuncia del mandatario,
Por muerte o interdicción del mandante o mandatario,
Por quiebra del mandante,
Porque sobrevenga al mandatario causa que conforme la ley lo inhabilite para ejercer mandatos.
Por disolución de la persona jurídica que lo hubiere otorgado

4.8 Utilización del mandato sustituyendo funciones de la tutela en el departamento de Chiquimula

La representación legal de un menor corresponde a los padres; quienes ejercen sobre él la Patria Potestad; tal representación se acredita con certificación de la partida de nacimiento extendida por el Registro Nacional de las Personas. En otros países se acredita por notoriedad. No obstante tratándose de padres adoptivos o naturales deberá presentarse la escritura de adopción o reconocimiento o la certificación de la inscripción del nacimiento del hijo con la nota correspondiente.

Si entre padres e hijos hay intereses contrapuestos, el defensor judicial nombrado para representar al menor justificará su representación mediante el testimonio del auto en que se le defiera el cargo, acreditando la aceptación y discernimiento judicial. Toma de posesión del cargo.

Para acreditar la representación de los tutores con la certificación del discernimiento del cargo de tutor, extendida por el Juez competente; en la cual se hará constar la delación, aceptación y toma de posesión de la Tutela; así también certificación extendida por el Registro Civil respectivo que acredite la inscripción de aquélla.

Los protutores deben acreditar la representación con el nombramiento y ejercicio de su cargo, igual extendida por el Juez competente que le discernió el cargo como en derecho corresponde.

Por último el representante de la Procuraduría General de la Nación, debe acreditar su representación con el acta de nombramiento que le otorga el Estado.

No debe confundirse la representación que ostentan los tutores, protutores, o la Procuraduría General de la Nación en casos de menores o incapaces, con las funciones de asistencia que ejercen algunos comparecientes para suplir la capacidad de algunos menores que aún no es plena, porque no han llegado a la mayoría de edad y aunque son capaces para algunos actos de su vida, no por ello la ley les otorga la emancipación, únicamente les faculta para que, con autorización de las personas o entidades que los representan puedan llevar a cabo determinados actos, dándoles una capacidad relativa, como lo vimos anteriormente.

En el departamento de Chiquimula, la Delegación Regional de Protocolos, del Archivo General de Protocolos, lleva el Registro de Mandatos y sus modificaciones bajo un estricto control de revisión legal que verifica el cumplimiento de todos los requisitos legales.

La Delegación Regional de Protocolos de Nor-Oriente, Chiquimula, fue creada en octubre de dos mil tres y hasta el dos mil doce se registraron los mandatos y sus modificaciones por medio de tarjetas en forma manual y el veintinueve de Octubre del año dos mil doce se implementa el Registro Electrónico de poderes, en la Delegación, que ya se venía implementando en la Sede Central del Archivo General de Protocolos, modernizando y actualizando el Registro indicado y protegiendo de esta forma a los usuarios, tanto mandantes como mandatarios e impregnando de mayor certeza jurídica el registro de dichos instrumentos públicos y sus modificaciones y por lo consiguiente a los Profesionales del Derecho, que autorizan dichos documentos objetos de Registro.

El presente trabajo tiene como marco geográfico el departamento de Chiquimula, por lo cual se requirió información al Archivo General de Protocolos en la Delegación Regional de Nor-Oriente, ubicada en el departamento de Chiquimula y se obtiene la siguiente información, que en la misma existe una unidad de Asesoría Jurídica, en la cual se revisan los mandatos que ingresan para primer registro, o modificaciones posteriores, que cumplan con todos los requisitos formales contenidos en el artículo trece del Código de Notariado,

veintinueve del mismo cuerpo legal; contenidos en Papel especial para Protocolo y así mismo según la clase de Mandato, General, con representación con cláusula Especial; Mandato Especial con representación, o bien Mandato Judicial con representación, deben cumplir con los requisitos que el Código Civil y la Ley del organismo Judicial respectivamente establecen para cada caso en particular.

De la revisión de los instrumentos públicos procede la inscripción o se suspende la inscripción de los mismos que no cumplen con los requisitos formales contenidos en las leyes enunciadas y en el caso de menores, o mayores en estado de interdicción debe otorgarse Mandato Especial para asunto determinado y si estos son violatorios a los derechos humanos del niño, niña o adolescente, como otorgar la patria potestad, o en el ejercicio de la misma, otorgar la guarda y custodia a cualquier persona; eximiéndola de toda responsabilidad si algún percance ocurriera al menor, u otorgando la tutela sin que exista parentesco entre unos y otros, en una forma contractual como lo es el otorgamiento de un Poder, serán rechazados en su totalidad y en definitiva.

4.9 Supuestos o causales de suspensión o rechazo definitivo de la inscripción de un mandato

Se rechaza la inscripción de un Mandato Especial que otorgue la Patria Potestad y/o la Guarda y Custodia porque esta no es delegable; no es inscribible por ser violatorio de la Ley. Artículos 252 al 255 y 1688 y 1691 del Código Civil.

No es inscribible el Mandato General con cláusula especial para representar a Menores de edad, por ser violatorio de la ley y de los Derechos Humanos del menor, toda vez que la cláusula especial en un mandato General es para enajenar, hipotecar, afianzar, transigir, gravar o disponer de cualquier otro modo de la propiedad del mandante, y para todos los demás actos en que la ley lo requiera. Artículo 1693 del Código Civil.

Se suspende el registro de un mandato especial que en ejercicio de la patria potestad otorguen el padre o la madre a persona particular, con quien no les une parentesco ni vínculo

consanguíneo alguno otorgando facultades violatorias a los derechos del menor; tales como que liberan de cualquier responsabilidad al mandatario si el menor tuviera que ser intervenido quirúrgicamente y en ese intervalo perdiera la vida el mismo, facultando al mandatario para que pueda viajar a cualquier parte del mundo y para que sustituya totalmente el mandato que se le otorga en cualquier persona. Se rechazara de plano porque estas facultades son violatorias a los derechos humanos del menor. Artículo 1691 del Código Civil.

El Código Civil establece para representantes de menores de edad, incapaces o ausentes, pueden otorgar mandato especial para que los representen en determinados asuntos que ellos no puedan atender personalmente, no pueden otorgar poder general sino únicamente especial para asunto determinado. Artículo 1691 del Código Civil.

Se suspende el registro de poderes que otorgan en el ejercicio de la patria potestad facultades generales y demasiado amplias y extensivas, en cuanto a materia de menores se refiere, dispensando de cualquier responsabilidad civil, penal o de otra naturaleza en el caso que el menor falleciera, lo cual se considera facultades violatorias de los derechos del menor, y de la protección integral del mismo y carentes de toda sensibilidad humana, inmorales y meramente punitivas.

La tutela es guarda y custodia del menor de edad, o mayor en estado de interdicción y protección de su patrimonio, también lo es dirección, defensa y amparo de una persona en abandono, incapaz civilmente con respecto a otra, que por razón de la edad o la capacidad civil o física no puede hacerlo por sí misma con respecto a su persona y su patrimonio; esto incluye también principios morales y espirituales, consecuentemente no puede otorgarse dispensa o justificación del descuido de un menor o incapaz, que ha sido encomendado siguiendo el procedimiento legal respectivo y afectar su integridad física y no responsabilizarlo penalmente por el descuido, abandono o indiferencia en el cuidado y protección del menor; civilmente por daños y perjuicios a su patrimonio; estas facultades leoninas otorgadas por medio de un poder, son violatorias a los derechos humanos del menor o mayor en estado de interdicción, por lo cual se suspenden en definitiva esta clase de

mandatos por frívolos e indiferentes a los derechos humanos de un ser frágil como lo es el menor de edad o el incapaz.

Artículo 1691 del Código Civil: establece “Los representantes de los menores, incapaces o ausentes, no pueden otorgar poder general, solamente especial para asunto determinado que no pueda ser atendido personalmente por ellos”.

El Código Civil, es claro y no puede tener menos fuerza que criterios antojadizos de personas interesadas en dejar a sus menores hijos bajo la protección de otras personas, parientes o no, para que los cuiden mientras los padres que son los únicos que pueden ejercer la Patria Potestad sobre los menores e incapaces, se encuentran ausentes.

El artículo 319 del citado cuerpo legal, claramente indica que el cargo de tutor y protutor es un cargo público y únicamente puede ejercerlo quien el Juez haya discernido el cargo respectivo y prestada la garantía para ejercer el mismo, también se hará inventario de los bienes, y cumplidos todos los requisitos para ejercer el cargo, entra en el supuesto del artículo anteriormente descrito el 1691 del Código Civil, solo en ese caso, podrían otorgar un mandato especial para representar a los menores de edad para determinado asunto y que ellos por razón de su cargo, no puedan atender personalmente.

Lo cual contradice lo estipulado en los artículos enunciados anteriormente, y no son aplicables a la tutela desde el punto de vista jurídico y ético pues la patria potestad no es delegable y la tutela tiene procedimiento legal bien definido en el Código Civil y Procesal Civil y Mercantil para el discernimiento respectivo.

CAPITULO V

INSTITUCIONES LEGALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS TUTELARES DEL MENOR DE EDAD EN EL DEPARTAMENTO DE CHIQUIMULA

5.1 Breve reseña histórica de los derechos humanos en Guatemala

Es necesario citar antecedentes de los Derechos Humanos en Guatemala; para establecer la evolución que ha llevado la Institución Tutelar de menores de edad, niños y niñas hasta la actualidad, como empezó o como se crearon organismos del Estado para la protección de los Derechos Humanos en general y como ha evolucionado a tal punto de individualizar los mismos, a las clases mas vulnerables y necesitadas.

En Guatemala entre los años 1944-1954 se firmó por parte del Gobierno de Juan José Arévalo Bermejo la carta de las Naciones unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio. En esta época se dio un avance primordial en Guatemala en materia de Derechos Humanos.

Durante el Gobierno de Jacobo Arbenz Guzmán se firmaron los convenios de Ginebra, se dieron a principios de los años sesenta, acciones como la presentación de Habeas Corpus, a favor de personas desaparecidas, en los años setenta se forman los primeros comités de familia de desaparecidos y en el año setenta y nueve se formó la Asociación por la Defensa de los Derechos Humanos.

En las décadas de los 80-90 se dio la formación de la defensa de los Derechos Humanos con la formación de diversos de grupos de personas entre los cuales se pueden mencionar los siguientes:

Centro de Acción Legal por los Derechos Humanos -CALDH-

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado -ODHA-

Consejo de Iglesias Evangélicas

Familiares y Amigos contra la Delincuencia y el Secuestro –FADS–

Lo más importante es que en la Constitución Política de la República de Guatemala, se creó la protección, defensa, enseñanza y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales, plasmando en la misma dos instituciones importantes como son:

Derechos Humanos del Congreso de la República y
El Procurador de los Derechos Humanos.

Conociendo cada uno la disponibilidad de leyes conexas, tratados, convenciones, disposiciones y recomendaciones para la defensa, promulgación, promoción y vigencia de los derechos fundamentales inherentes a la persona y el mejoramiento de la calidad de vida, así como el logro del bien común y la convivencia pacífica en Guatemala y el Procurador como el representante del Congreso de la República de Guatemala y responsable de la defensa de los derechos humanos en Guatemala, para luchar por la no violación de los mismos.

De la breve reseña de los Derechos humanos en Guatemala se analiza que hay desinformación a la población del sentido e importancia del cumplimiento de los Derechos Humanos por lo que hace que se formen ideas erróneas sobre los mismos.

Es importante el estudio y conocimiento acerca de los derechos humanos en Guatemala y el mundo entero, porque el establecimiento y respeto a los mismos por parte del Estado o los Estados; logrará que la población pueda actuar sin limitación, pero dentro de los marcos legales, asegurando el respeto de los derechos y libertades de los demás, satisfaciendo sus justas causas y velando por el bien común, tomando en cuenta que las personas tienen deberes y derechos respecto a la comunidad.

El Estado de Guatemala debe ser garante de que sus funcionarios respeten, promuevan y protejan los Derechos Humanos y que cumplan efectivamente con sus obligaciones para una convivencia pacífica, en una sociedad democrática.

Los niños tienen derecho a que se les provea un nombre, nacionalidad, salud, educación, techo, abrigo, alimentación, protegidos de la violación a sus derechos que como niños o niñas por minoría de edad y en abandono de sus padres les corresponde. El niño tiene derecho a participar tiene derecho, voz y voto en todo lo que incida en su vida, en la sociedad en general.

5.2 Derecho comparado en la normativa internacional

La protección jurídica de los derechos humanos en general, surge a finales del siglo XVIII con la revolución francesa y americana y dentro de su proceso de evolución histórica se encuentran en la etapa de especificación o concreción en relación con el titular del derecho o su contenido temático.

En términos generales, se puede indicar que con el movimiento político y cultural surgido en Francia en 1770, se acuña la denominación derechos fundamentales, plasmada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, denominación que ha sido utilizada para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que derechos humanos es usual en las declaraciones y convenciones internacionales y en la actualidad también en las constituciones modernas y en la legislación ordinaria.²⁸

5.3 Marco legal de los organismos de protección de los derechos humanos de la niñez

En Guatemala, la protección y tutela de los derechos de la población infantil y adolescente, está contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala, como una primacía de la misma y como garantías Constitucionales para la persona Humana, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y otros organismos del Estado que se describen a continuación:

²⁸ Mérida Aguilar, Damaris Analucia. Eficiencia y eficacia de la defensoría de la niñez de la procuraduría de los Derechos Humanos en relación a la Protección de los Derechos de la niñez que son objeto de violencia intra o extra familiar. Pág. 47-51.

1. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Convención sobre los Derechos del Niño
3. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
4. Procuraduría General de la Nación
5. Defensoría de Menores
6. Juzgados de Primera Instancia de Familia
7. Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia

5.3.1 Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el título I, contiene: La persona humana, fines y deberes del Estado.

Capítulo Único.

Artículo 1°. Protección a la persona. El estado de Guatemala, se organiza para proteger al a personal y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.

Artículo 2°. Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

El título II.

Derechos humanos

Capítulo I

Derechos Individuales

Artículo 3. Derecho a la vida

Así mismo capítulo II, Derechos Sociales

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Sección Primera: Familia. Artículos del 47 al 56.

Artículo 51 Derechos inherentes a los menores de edad.

Sobre los deberes del estado el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

De conformidad con este artículo el Estado a través de las instituciones, organizaciones, asociaciones y demás entidades públicas se encargaran de velar porque se les garantice los derechos a los habitantes de la república sin distinción de edad, raza, sexo y estado civil, ya que es deber de este que se conserven los acuerdos de paz firmados y ratificados por Guatemala y velar también porque a través de los órganos jurisdiccionales se ejecuten las sentencias dictadas por los órganos judiciales y que se lleve a cabo el debido proceso.²⁹

En particular, el Artículo 51, la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a la protección de las personas menores de edad en los siguientes términos:

²⁹ Mérida Aguilar, Dámaris Analucia. Eficiencia y eficacia de la defensoría de la niñez de la procuraduría de los Derechos Humanos en relación a la Protección de los Derechos de la niñez que son objeto de violencia intra o extra familiar. (2007). Pág. 53.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará el derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social. Analizando este Artículo en relación a los menores de edad, existen instituciones que se encargan de velar por la protección de los menores, pero no reciben la ayuda necesaria por parte del Estado para garantizarles el derecho a la salud, educación, vivienda y previsión social, ya que haciendo un estudio en el departamento de Chiquimula, la niñez chiquimulteca, sufre de desnutrición y esto se da en las familias que no tienen los medios suficientes para poder dar a sus hijos la alimentación, así como la educación que ellos necesitan como el futuro de nuestro país.

Estas garantías están plasmadas en la Constitución Política de la República de Guatemala, se presume que toda la legislación ordinaria debe ser congruente con los mismos. Sin embargo, el análisis de la normativa referida a la problemática de este estudio, refleja lo contrario ya que este es un problema que persiste en la actualidad, tal como lo es el maltrato infantil en todas sus expresiones el cual ataca la salud física, mental y moral de los menores de edad, que son maltratados dentro del hogar y fuera de él, abandonados por sus padres, en estos casos el Estado debe tomar las medidas de carácter nacional, para que sea difundida y llegue a los departamentos a través de las instituciones, organizaciones, asociaciones y demás entidades públicas que sean necesarias para impedir que se siga dando este tipo de fenómeno a nuestra niñez guatemalteca.³⁰

5.3.2 Convención internacional sobre los derechos del niño de la cual Guatemala forma parte.

Artículo 1 señala: para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

³⁰ Mérida Aguilar, Dámaris Analucia. Eficiencia y eficacia de la defensoría de la niñez de la procuraduría de los Derechos Humanos en relación a la Protección de los Derechos de la niñez que son objeto de violencia intra o extra familiar. Pág. 81.

El artículo 2. Numeral 1: Los estados partes respetaran los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole el origen nacional étnico o social,, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de niño, de sus padres o de sus representantes legales.

5.3.3 Ley de protección integral de la niñez y adolescencia

El 19 de julio de 2003 entra en vigor en Guatemala, la ley de protección integral de la niñez y adolescencia contenida en el decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, emitido el 4 de junio del citado año, la cual al entrar en vigencia vino a llenar el vacío legal y a terminar con la problemática de instrumentos legales contradictorios, la Convención sobre los Derechos del Niño pasada en la nueva doctrina de la protección integral y el código de Menores, decreto 78-79, del Congreso de la República basado en la doctrina de la situación irregular.

La ley de protección integral de la niñez y adolescencia en su propia denominación asume la nueva doctrina de la protección integral y en su Artículo 1 establece que la misma es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respecto a los derechos humanos. En el libro I, título II, capítulos I y II, en los Artículos del 9 al 61, la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, regula y especifica los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, como sigue:

5.3.4 Derechos individuales

Son derechos que el hombre posee por el solo hecho de serlo ya que todas las personas no importando su raza, religión, edad, color y sexo deben de gozar y disfrutar sin ningún menosprecio de los derechos que el Estado les garantiza en relación a su personalidad. Estos son algunos de ellos:

Derecho a la vida (Artículo 9)

Derecho a la igualdad (Artículo 10)

Derecho a la integridad personal (Artículo 11)

Derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición (Artículos 12 al 17)

Derecho a la familia y a la adopción (Artículos 18 al 24)

5.3.5 Derechos sociales

Son todos aquellos derechos que poseen las personas que se encuentran agrupadas por una determinada relación ya sea laboral, cultural, de asociación o de cualquier otro tipo de relación, razón por la cual tienen derecho a que el Estado les reconozca los derechos sociales. Estos son:

Derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud (Artículos 25 al 35)

Derecho a la educación, cultura, deporte y recreación (Artículos 36 al 45)

Derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad (Artículos 46 al 49)

Derecho a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niña y adolescente (Artículo 50)

Derecho a la protección contra la explotación económica (Artículo 51)

Derecho a la protección por el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia (Artículo 52)

Derecho a la protección por el maltrato (Artículos 53 al 55)

Derecho a la protección por la explotación y abusos sexuales (Artículo 56)

Derecho a la protección por conflicto armado (Artículo 57)

Derecho a la protección de los niños, niñas y adolescentes refugiados (Artículo 58)

Derecho a la protección contra toda información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y adolescencia (Artículos 59 al 61)

5.3.6 Deberes de los niños, niñas y adolescentes

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que en las medidas de sus facultades, todo niño, niña y adolescente estará sujeto a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

La citada ley, enumera 16 deberes mínimos que los niños, niñas y adolescentes deben cumplir de acuerdo con sus capacidades y en la medida de sus facultades.

Se debe tomar en cuenta en todo momento que su actuación es educativa, por lo que dentro de los límites que establece la ley, debe orientarse a fomentar que la niñez y adolescencia conozca o cumpla los deberes que les corresponden, siempre que las circunstancias concretas del caso lo permitan.

Conforme al Artículo 62 de la citada ley, para su desarrollo integral, los niños, niñas y adolescentes, en la medida de sus capacidades, tienen los siguientes deberes:

Desarrollar actitudes de consideración, solidaridad, tolerancia, comprensión y respeto con los ancianos, adultos, adolescentes y otros niños y niñas sin distinción de vínculo familiar, sexo, posición económica y social, étnica y discapacidad física, mental o sensorial.

Respetar y obedecer a sus padres, tutores o encargados, contribuyendo a la unidad y lealtad familiar.

Apoyar a sus padres en su ancianidad, discapacidad o enfermedad, en la medida de sus posibilidades.

Conocer la realidad nacional, cultivar su identidad cultural, los valores de la nacionalidad guatemalteca y el patriotismo.

Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo.

Esforzarse por asimilar los conocimientos que se le brinden y tratar de desarrollar las habilidades necesarias para alcanzar un adecuado rendimiento escolar.

Cumplir con las disposiciones disciplinarias establecidas en el centro escolar donde curse sus estudios, siempre y cuando se administren de modo compatible con su dignidad y no contravengan esta ley ni las leyes del país.

Participar en las actividades escolares y de su comunidad.

Cuidar y respetar sus bienes, los de su familia, los de su centro de enseñanza y los de la comunidad, participando en su mantenimiento y mejoramiento.

Colaborar en las tareas del hogar, siempre que estas sean acordes a su edad y desarrollo físico y no interfieran con sus actividades educativas y desarrollo integral.

Cumplir con los tratamientos médicos, sociales, psicológicos o de otra índole que sean necesarios para su bienestar.

Participar con respeto y honradez en las actividades culturales, deportivas o recreativas que organicen las instituciones públicas y privadas.

Conocer y promover la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los derechos humanos en general.

Buscar protección ante sus padres o encargados o ante las autoridades competentes, de cualquier hecho que lesiones sus derechos.

Respetar, propiciar y colaborar en la conservación del ambiente.

No abandonar la casa de sus progenitores o aquella que ellos a las autoridad les hubiere asignado, sin la debida autorización de ellos, salvo cuando su integridad física y mental este en riesgo grave de sufrir algún tipo de daño.

5.4 Procuraduría General de la Nación

Debe tenerse presente en todo lo regulado en el Código Civil, que se mencione la intervención del Ministerio Público, se refiere a la Procuraduría General de la Nación, según el artículo 1º. Del decreto 25-97 del Congreso de la República de Guatemala el cual establece:

“Salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en los artículos 20 y 21 establecen *en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público* deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación”.

5.4.1 Función de la procuraduría general de la nación, delegación departamental de Chiquimula

Para enriquecer el presente trabajo de investigación en el departamento de Chiquimula, se consultó a la dependencia apropiada para conocer algunos aspectos y confirmar si la Tutela en Chiquimula es eficaz o es una institución poco usada o la forma que tutelan los derechos de menores e incapaces a la Delegación de la Procuraduría General de la Nación en el departamento de Chiquimula y se da a conocer la presente información que se obtuvo al respecto:

5.4.2 La función de la Procuraduría General de la Nación, en Chiquimula

En el caso de los menores de edad que se encuentran en abandono de la patria potestad y guarda y custodia de sus padres, o de familiares responsables de los mismos; con base al artículo 116 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, solicitando formación de procesos de cuidado y protección del menor.

Se indagó en dicho organismo y la respuesta es que toman determinadas medidas de excepción, o seguridad como rescatar a los menores de edad que se encuentren en peligro, abandono o vulneración de sus derechos humanos y buscar una institución del Estado para colocarlos mientras se sigue un procedimiento legal.

Consecuentemente surge la pregunta con respecto a la creación de hogares temporales creados por el Estado en el Departamento de Chiquimula; se obtuvo la respuesta: No se ha avanzado en este aspecto, no se han creado los centros u hogares con personal capacitado y especializado por parte del Estado para velar por la protección y cuidado de menores de edad abandonados y albergar a los mismos; en el departamento de Chiquimula.

Cuál es el procedimiento legal a seguir, cuando se recibe la denuncia de menores maltratados o en abandono por parte de la Delegación de la Procuraduría General de la Nación en el departamental de Chiquimula;

La respuesta es la siguiente se realiza la investigación correspondiente, a fin de agotar la búsqueda o existencia de parientes, que puedan coadyuvar en la protección del menor; si en caso no existieran estos o bien no pueden hacerse cargo del cuidado y protección del menor se busca como medida excepcional colocarlo en una institución para su cuidado y protección de sus derechos humanos.

Surge de nuevo la pregunta: ¿Cuál es la institución o lugar apropiado para albergar a los menores en abandono o mayores incapaces? ¿Existen o no? centros de protección,

albergues u hogares que puedan atender a la población infantil y adolescente en peligro de violación a sus derechos más elementales, como seres humanos.

La respuesta a estas interrogantes, son muy ambiguas y se indagó cual es la forma en que la Procuraduría General de la Nación vela por los Derechos Humanos de la Niñez en el departamento de Chiquimula, indica la encargada de la Delegación de la Procuraduría General de la Nación en Chiquimula que es a través de brindarles protección a los niños, niñas y adolescentes, sin embargo no indica cual es el procedimiento para hacer efectiva esa protección.

Se indagó cuantos hogares o centros de Protección o Instituciones, hogares sustitutos para menores de edad en abandono dispone la Procuraduría General de la Nación en el departamento de Chiquimula y la respuesta realmente nos deja con un vacío o laguna no solo legal sino moral y en todas las áreas porque indican en esta digna Institución protectora de menores: Que no existen hogares temporales adscritos a la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia, en el Departamento de Chiquimula.

Sin embargo, por la inconformidad que generan estas respuestas, se indagó y se obtuvo la siguiente información: que en el casco urbano del Municipio de Chiquimula no existen hogares, albergues o centros de protección del menor de edad en estado de abandono, pero en los Municipios de Esquipulas existen dos hogares de monjas y en Jocotán existe la institución de Aldeas Infantiles S.O.S., esta ultima para niños en orfandad; considero que este sería el único que en determinado momento podría velar y tutelar los derechos humanos de los menores o incapaces en abandono, porque el servicio que presta es propiamente para niños huérfanos; no así los dos hogares para ancianos ubicados en el Municipio de Esquipulas, son para personas de la tercera edad en abandono de sus familiares.

Siendo los menores de edad la clase más vulnerable en abandono de la patria potestad de sus progenitores; la Procuraduría General de la Nación a través de la Delegación del departamento de Chiquimula, actúa de oficio al tener conocimiento de algún caso de vulneración de derechos de niñas, niños o adolescentes o en abandono o padeciendo maltratos

físico o de cualquier naturaleza: indica la procuradora auxiliar que se hace una investigación de campo y solicita la orden de allanamiento, separación y rescate del niño, niña o adolescente en el respectivo Juzgado de Paz más cercano, tratando de localizar a un familiar próximo para que se constituya como familia al cuidado y protección del menor.

La delegación de la Procuraduría General de la Nación en Chiquimula, tiene un enlace interinstitucional para velar por los Derechos Humanos de la niña, niño o adolescente y actúan únicamente al tener conocimiento de la vulneración de los derechos de los mismos solicitando el apoyo de la Policía Nacional Civil, Juzgados de Paz en los municipios y la auxiliatura de los Derechos Humanos, entre otras.

La Delegación de la Procuraduría General de la Nación en el departamento de Chiquimula ha manifestado que los casos atendidos de niños, niñas y adolescentes durante un año calendario son aproximadamente noventa en su mayoría los mismos han sido rescatados por esta institución por denuncia de maltrato físico, psicológico y por desnutrición.

5.4.3 La Defensoría de los Derechos de la Niñez

El objetivo de contar con una Defensoría de los Derechos de la Niñez efectiva como una dependencia directa cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional y la aplicación de la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, la cual se define como un instrumento de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto de respeto a los derechos humanos. Con relación al maltrato, señala que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a no ser objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, punibles por la ley, ya sea por acción u omisión a sus derechos fundamentales. Asimismo, tienen derechos a ser protegidos contra toda forma de maltrato.

Es obligación del Estado de adoptar las medidas legislativas necesarias, que el Congreso de la República promulgue leyes que beneficien a la niñez guatemalteca, medidas administrativas, estas pueden ser que se creen instituciones que únicamente se dediquen a supervisar si realmente se cumple con las obligaciones y deberes que tienen las entidades que se dedican a la protección de los menores de edad, medidas sociales, son las que debe cumplir cualquier persona cuando tenga conocimiento de maltratos que se les este dando a los menores de edad bien sea dentro del hogar como fuera de el, y medidas educativas son las que todo maestro, debe de inculcar a los niños en forma disciplinada ya que muchas veces ellos mismos siguen confundiendo disciplina con castigo, así como también a través del Ministerio de Educación se deben implementar pláticas a padres e hijos y hacerle saber a ambos sobre los derechos del niño. Estas medidas deben ser apropiadas, con el fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso físico, sexual, descuidos o tratos negligentes.

Es por ello que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 92 establece que están delimitadas las funciones de la Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia, consistentes en proteger los derechos humanos de la niñez, ya que solo mediante la investigación de denuncias presentadas o tramitadas de oficio en relación a la violación de tales derechos, a efecto de determinar las responsabilidades, ordenar la cesación de las violaciones ocurridas y promover las medidas o denuncias que procedan ante los órganos competentes; velar porque las autoridades encargadas de brindar protección a los niños, niñas o adolescentes cumplan con sus atribuciones y que en su actuación se atienda lo dispuesto a la convención sobre los derechos del niño; así como, supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atiendan a niños, niñas y adolescentes, para verificar las condiciones en que estas se encuentran, a efecto de que se adopten las medidas pertinentes en la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como darle seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas.

5.4.4 Funciones de la Defensoría de los Derechos de la Niñez

Analizando lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala en relación a las funciones de esta entidad, se encuentra regulado en su Artículo 1º. Que es

deber del Estado garantizar a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En este caso, el Congreso de la República nombrará un comisionado que será el Procurador de los Derechos Humanos quien se encargará de velar por la defensa de los derechos humanos que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza, según lo establece el Artículo 274 de la Constitución, quien actuará a través de la defensoría de la niñez, en relación a la violencia que sufren los menores de edad dentro y fuera del hogar, de conformidad con las siguientes funciones:

- a. Proteger los derechos humanos de los niños, niñas y jóvenes, investigando y canalizando las denuncias sobre violaciones a sus derechos.
- b. Velar porque las autoridades encargadas brinden la protección y asistencia necesaria a la población infantil en riesgo.
- c. Mantener coordinación con instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales, que atienden o se interesan por la protección, educación y bienestar de los menores.
- d. Promover la divulgación y cumplimiento de los derechos del niño.
- e. Realizar acciones de prevención sobre aspectos específicos de la situación de la infancia en Guatemala.
- f. Conformación y asesoramiento a juntas municipales de protección a la niñez y adolescencia.

5.5 Juzgado de Primera Instancia de Familia

Entre los organismos del Estado que velan por la protección de los Derechos Humanos de la niñez y adolescencia se puede mencionar también los Juzgados de Primera Instancia de

Familia; porque en esta vía se inician los procedimientos de Tutela y así también los de interdicción.

El artículo 406 al 410 del Código procesal Civil y Mercantil señala los casos en que procede la declaratoria de incapacidad de una persona, que esta afectada en su capacidad de actuar, de obrar o de hecho y por ello a la persona declarada en estado de incapacidad se le sujeta a Tutela para la protección no solo de su persona sino también de sus bienes.

La tutela se solicita a un Juez de Primera Instancia de Familia y se tramita conforme el artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil, que señala: “La Jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”. Si surge oposición por alguno que tenga derecho para hacerlo el trámite será declarado contencioso y las partes podrán acudir a donde corresponde a deducir derechos.

Según información proporcionada por el Juzgado de Primera Instancia de Familia del departamento de Chiquimula se obtuvo la información que a continuación se expone:

Los procesos de Tutela que ingresan durante un año al Juzgado son muy pocos, normalmente se fenece un expediente durante un año; otros son abandonados por los interesados.

Por ejemplo, de cuatro que ingresan en un año calendario; tres son abandonados y uno es fenecido. Durante un año calendario no ingresan más de cuatro expedientes o procedimientos de Tutela.

5.6 Realidad de la tutela y protutela en el departamento de Chiquimula

La Tutela y Protutela en el departamento de Chiquimula es relativamente funcional, es mínimo el ejercicio de la misma por la influencia de los factores sociales y económicos en la poca funcionabilidad de dicha institución, debido a que en el ámbito social, los mas

necesitados son los menores del área rural, quienes por su extrema pobreza, las mujeres fallecen al dar a luz, falta de cultura de respeto y protección a la mujer y a los hijos menores e incapaces, son objeto de maltratos, de parte del marido y de abandono de la patria potestad, y por ende de todas las obligaciones inherentes a esta autoridad o poder que ejercen los padres sobre los hijos menores e incapaces.

Con respecto a los procesos voluntarios de Tutela y Protutela que se tramitan en el Juzgado de Primera Instancia de Familia en el departamento de Chiquimula, así como los Poderes suspendidos o rechazados en definitiva por contener facultades violatorias de los derechos del niño, niña o adolescente, se observó que los procesos que inician familiares de los menores o incapaces, la mayoría ya no se concluyen porque influyen los factores sociales, culturales y económicos, en virtud que son personas del área rural del departamento de Chiquimula, carentes de los recursos económicos para disponer y cumplir con las audiencias, en el Juzgado competente para seguir un proceso de tutela y les es imposible pagar a un profesional del Derecho para que los auxilie en el mismo; tomando en cuenta que también deben proponer la prueba testimonial que conlleva gastos e inversión de tiempo; lo cual no ocurre en el área urbana; en la cual es más usada la figura del mandato especial que es otorgado por los padres a los abuelos maternos o paternos delegando la Guarda y Custodia de menores cuando se ausentarán del país por varios años para proveerse de recursos económicos en el extranjero.

Se rechazan mandatos que otorgan la Tutela y aún los que otorgan facultades que son violatorias de los derechos humanos del menor o incapaz, amparándose en el artículo 1691 del Código Civil otorgan facultades especiales a personas particulares que no forman parte de su núcleo familiar, la guarda y custodia del menor, o menores e incapaces indicando que en caso de enfermedad pueden llevar al menor al Hospital y si este falleciere el mandatario no tendrá responsabilidad alguna, no inculparán penal o civilmente al mandatario, lo cual va en contra de todos los principios morales y espirituales.

En concreto, esas son las razones por las cuales no tramitan procesos de Tutela y Protutela, pues en el ejercicio de la misma solo pueden otorgar mandatos especiales para

asunto determinado porque tienen que entregar cuentas ya sea en forma mensual o anual o al terminar la misma y no podrían otorgar un mandato en la forma antes indicada en la cual se están violando los derechos del menor o incapaz.

Así mismo, que los factores sociales, culturales y Económicos influyen en la toma de decisión a seguir un procedimiento legal de guarda y custodia de menores e incapaces legalmente estipulado en el Derecho guatemalteco, usando la figura del Mandato para otorgar facultades especiales sustituyendo funciones de la Tutela.

Los Jueces competentes son los de Primera Instancia de Familia, los encargados de calificar la representación de un menor o incapaz por medio de Poder Especial; por lo tanto, velar que no se sustituyan las funciones de la Tutela y protutela en un mandato.

La información obtenida de las instituciones encargadas de brindar protección y seguridad y velar por el Derecho Tutelar de menores e incapaces en abandono, se confirma que la Institución de la Tutela es poco practicada en el departamento de Chiquimula y que el Mandato Especial sustituye generalmente en la población rural y urbana las funciones de la Tutela.

De acuerdo con la información obtenida de las instituciones relacionadas con el Derecho Tutelar de los menores de edad o incapaces en abandono, que falta mucho por hacer; pues la realidad de la niñez y adolescencia en el departamento de Chiquimula, no cuenta con los recursos económicos necesarios para brindar una efectiva protección, tampoco con hogares especializados para cada caso, no se cuenta con una verdadera protección en particular; sin embargo existen algunos hogares sustitutos de familias honorables que con la Procuraduría General de la Nación está haciendo un trabajo conjunto con los recursos que disponen y los pocos hogares para huérfanos y otros que tutelan los derechos de los menores, asignando una familia idónea ya sea en la familia ampliada, biológica, o en último caso en familia sustituta en hogares donde se les brinde una mejor atención a los menores necesitados, evitando que sean objeto de malos tratos y de la violación a los derechos humanos, velando por su integridad física, mental, moral y espiritual.

CONCLUSIONES

1. De la presente investigación y la hipótesis planteada se confirma que la institución de la tutela y guarda y custodia es poco practicada en el departamento de Chiquimula, porque el mandato especial sustituye funciones de la misma, generalmente en la población rural, no así la patria potestad la cual no es sustituible desde ningún punto de vista.
2. Se confirma el mal uso de la figura del mandato general con cláusula especial y mandato especial con cláusula especial; los cuales no son inscribibles en el Registro de Mandatos, del Archivo General de Protocolos, del Organismo Judicial los otorgados con facultades amplias y sin limitaciones cuando a representación de menores se refiere; el Mandato General con cláusula especial es para vender, hipotecar y disponer de cualquier modo de bienes inmuebles; no así para disponer de menores de edad porque son personas no objetos y compete únicamente al Juez de Primera Instancia de Familia, el discernimiento del cargo de tutela y protutela, respectivamente.
3. Que en ejercicio de la patria potestad los padres o Madres o el que de ellos tenga en su poder al menor puede otorgar Mandato Especial con representación para determinado asunto que ellos no puedan atender personalmente y que existen organismos del Estado protectores de los Derechos Humanos de los menores de edad y en estado de interdicción cuando estos han sido abandonados por quienes tienen el Derecho y obligación de ejercer la patria potestad sobre ellos; siendo la Procuraduría General de la Nación, con el auxilio de otros organismos del Estado como la Policía Nacional Civil, Defensoría de la Niñez y la Auxiliatura de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osmán **Derecho de Familia**".

Litografía Orión, 3ª. Edición. Guatemala. 2009

ALVEÑO HERNÁNDEZ, Marco Aurelio y Díaz Menchú Luis Ranferí. **"Apuntes de Derecho Romano"**. Editorial Fénix. Primera Edición. Guatemala. 2004

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía

"Derecho de familia y sucesiones" Editorial Harla. Universidad Autónoma de México. Impreso en México. 1990

BRAÑAS ALFONSO, **"Manual de Derecho Civil"**. Edición Actualizada

Contiene: Legislación vigente, notas del editor, guías de estudio.

Editorial estudiantil Fénix. Guatemala. 2009

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO. **"Derecho Civil Español"**. Editorial, Revista de Derecho privado. Volumen 1, Madrid, España. 1968

MEDELLÍN CARLOS, **"Lecciones de Derecho Romano"**. 11ª. Edición, Bogotá, Colombia. 1961

MÉRIDA AGUILAR, DÁMARIS ANALUCIA, **"Eficiencia y eficacia de la defensoría de la niñez de la procuraduría de los Derechos Humanos en relación a la Protección de los Derechos de la niñez que son objeto de violencia intra o extrafamiliar"**. 2007

MUÑOZ, NERY ROBERTO. **"LA FORMA NOTARIAL EN EL NEGOCIO JURÍDICO"**. Escrituras Públicas. 6ª- Edición. Imprenta BG, Guatemala. 2009

OSSORIO MANUEL. **"DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES"**. 33ª. Edición actualizada, corregida y aumentada por:

Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina.2006

PETIT EUGENE, “**Tratado Elemental de Derecho Romano**”. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1994

Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de Noviembre 1989, Suscrita por el Gobierno de la República de Guatemala, 26 de enero, 1990. Ratificado por el Congreso de la República mediante decreto 27-90 del 10 de mayo 1990.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de Noviembre 1989. Suscrita por el Gobierno de la República de Guatemala, 26 de enero, 1990. Ratificado por el Congreso de la República mediante decreto 27-90 del 10 de mayo 1990.
- Código Civil.
- Constitución Política de la República.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Decreto 27-2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, del Congreso de la República.
- Decreto Ley 106. Código Civil anotado y concordado.
- Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.
- Decreto 25-97 del Congreso de la República.
- Exposición de Motivos del Código Civil.
- Legislación Civil guatemalteca comparada con Legislación Civil derogada.

- Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos. Decretos: 54-86 y 32-87 del Congreso de la República de Guatemala.
- Ley de Tribunales de Familia.
- Ley del Organismo Judicial.
- Ley Del Registro Nacional de las Personas. Decreto 90-2005.
- Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción voluntaria Notarial. Decreto. 54-77