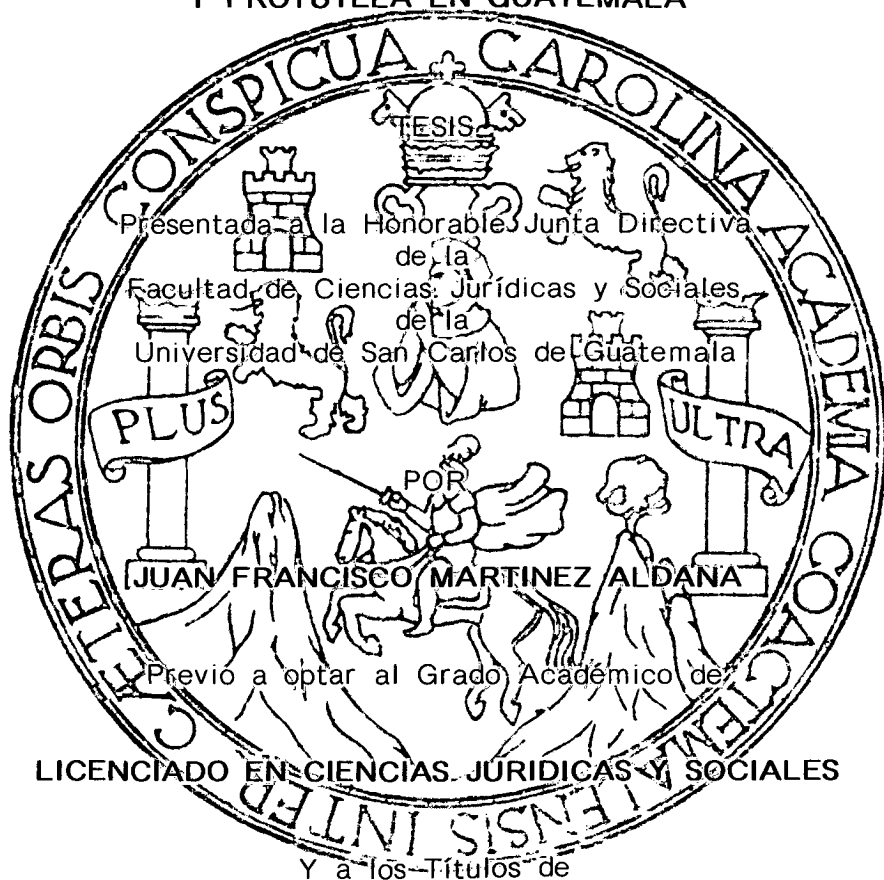


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

PROPUESTA PARA LA CREACION DE UN ORGANO  
SUPERVISOR DEL EJERCICIO DE LA TUTELA  
Y PROTUTELA EN GUATEMALA



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Enero de 1993

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

DL  
04  
TC(2875)

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL II	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizabal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN  
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	
(en funciones)	Lic. Alfredo Bonatti Lazzari
EXAMINADOR	Lic. Roberto Samayoá
EXAMINADOR	Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
EXAMINADOR	Lic. Jorge Mario Castillo González
SECRETARIO	Lic. Nery Roberto Muñoz

**NOTA:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de tesis.)

Lic. JOSE ALBERTO REYES GARCIA  
ABOGADO Y NOTARIO



CALLE 9a. AVENIDA 10-72, ZONA 1  
TELEFONO 29386 - APTO. 24

26/11/92  
JRM

4391-92

Guatemala,  
25 de noviembre de 1992

Señor Decano  
de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales  
Lic. Juan Francisco Flores J.  
Ciudad Universitaria, zona 12  
Ciudad.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

26 NOV 1992

RECEBIDO  
HORA... 15:40  
OFICIAL... JRM

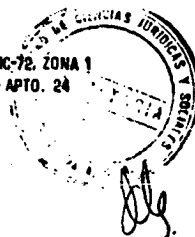
Señor Decano:

En cumplimiento de la providencia de fecha 21 de agosto del año en curso, por la cual se me nombra Asesor - del trabajo de tesis del Bachiller JUAN FRANCISCO MARTINEZ ALDANA, cuyo título original fue modificado por el de "PRO PUESTA PARA LA CREACION DE UN ORGANO SUPERVISOR DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PROTUTELA EN GUATEMALA", me permito dictaminar de la siguiente manera:

1. El trabajo desarrollado por el Br. Martínez Aldana, tiene su justificación y como el título lo indica, en la creación de un órgano Supervisor de la función encomendada al Tutor y Protutor, pues en la mayoría de los casos, esta función no satisface a cabalidad, toda vez que ni los Jueces ni el Ministerio Público ejercen un control para determinar si las personas nombradas como tales cumplen o no con la misma, derivándose de ello, que los menores o pupilos e incapaces en el ejercicio de sus derechos civiles, no sean protegidos en su persona íntegramente ni en sus bienes.
2. El Br. Martínez Aldana incluye en su trabajo un anteproyecto para la creación de este Órgano Supervisor y considero que de lograrse lo que propone, se estaría garantizando el cumplimiento de las funciones del Tutor y Protutor y mayores beneficios para las personas bajo esta Institución.

Lic. JOSE ALBERTO REYES GARCIA  
ABOGADO Y NOTARIO

OFICINA 94. AVENIDA 10-72. ZONA 1  
TELEFONO 29388 - APTO. 24



3. El trabajo del Br. Martínez Aldana, es aceptable y llena los requisitos reglamentarios, para que salvo, mejor criterio del señor Revisor de Tesis, pueda ser discutido en el examen público correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme del señor Decano, con las muestras de mi consideración y respeto.

Lic. José Alberto Reyes García  
asesor

JARG/eyll.

c.c. archivo.



*[Handwritten signature]*

-----  
 men correspondiente.

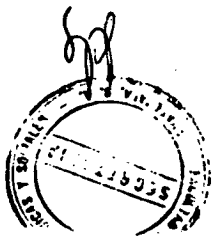
Atentamente pade al licenciado ROLANDO SEGURA GRAJEDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de Bachiller Juan FRANCISCO MARTINEZ ALDANA y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.

-----  
 dos.  
 Guatemala, noviembre veintiseis de mil novecientos noventa y  
 DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;

FACULTAD DE CIENCIAS  
 JURIDICAS Y SOCIALES  
 Ciudad Universitaria, Zona 13  
 Guatemala, Guatemala



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
 DE GUATEMALA




Lic. Rolando Segura Grajeda

ABOGADO Y NOTARIO

7a. Avenida 15-13 Zona 1 EDIFICIO EJECUTIVO  
OFICINA 58 5to. NIVEL  
TELEFONOS 516078 512784

26/1/93  
RS

  
295-93

Guatemala, 20 de enero de 1993

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

26 ENE 1993  
RECEBIDO  
Horas 14 minutos  
OFICIAL RS 10

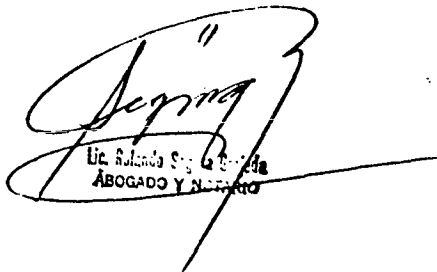
Señor Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Lic. Juan Francisco Flores Juárez  
Ciudad Universitaria, Guatemala.-

Señor Decano

En atención a la resolución emanada de ese decanato, con fecha 26 de noviembre de mil novecientos noventa y dos, procedí a revisar el trabajo de tesis del Br. Juan Francisco Martínez Aldana, sobre el tema: "Propuesta para la Creación de un Organismo Supervisor del Ejercicio de la Tutela y Protutela en Guatemala", asesorado por el Lic. José Alberto Reyes García.-

El trabajo escrito por el Br. Martínez Aldana, es de suma importancia, toda vez que propugna por la creación de una entidad que fiscalice y controle el cumplimiento de los fines perseguidos por la tutela y la protutela en Guatemala, en virtud de que actualmente no se ejerce ningún tipo de control sobre estas instituciones jurídicas, por lo que considero que cumple con los requisitos reglamentarios para ser sometido al examen público respectivo.-

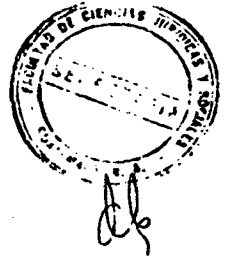
Sin otro particular me suscribo del señor Decano, como su atento y deferente servidor.-

  
Lic. Rolando Segura Grajeda  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, enero veintiseis, de mil novecientos noventa-  
tres. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la  
impresión del trabajo de tesis del Bachiller JUAN FRANCIS-  
CO MARTINEZ ALDANA intitulado "PROPUESTA PARA LA CREACION  
DE UN ORGANO SUPERVISOR DEL EJERCICIO DE LA TUTELA Y PRO-  
TUTELA EN GUATEMALA". Artículo 22 del Reglamento para Exá-  
menes Técnico Profesionales y Público de Tesis. -----

Handwritten signature or initials.

Large handwritten signature or initials.



## DEDICATORIA

A DIOS:

Supremo Creador del Universo.

A MIS PADRES:

Manuel de Jesús Martínez Martínez  
Rocelia Aldana Marroquín de Martínez

A LA MEMORIA DE:

Mi hermana Marinita.

A MIS HERMANOS:

Lic. Lázaro  
Lic. Blanca Elizabeth  
Lic. Jesús Abrahan  
Rosalina

A MI ABUELA:

Natalia Marroquín

A MI CUÑADO:

Lic. Jorge René Valle Juárez

ESPECIALMENTE AL:

Lic. Elder Morales Aldana

A LA:

Universidad de San Carlos de Guatemala.

A LA:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A MIS FAMILIARES

Y AMIGOS.



## INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I:	
FUNDAMENTOS TEORICO-LEGALES DE LA TUTELA.....	5
1. Aspectos Históricos de la Tutela:.....	5
1.1. Derecho Romano.....	5
1.2. Derecho Español.....	9
CAPITULO II:	
LA TUTELA EN GUATEMALA.....	10
1. Clases de Tutela.....	14
1.1. En Forma General.....	14
1.1.1. Por la forma como se establece.....	14
1.1.2. Por los que no necesitan discernimiento para ejercerla.....	14
1.1.3. Por la Forma de Ejercerla.....	15
1.1.4. Por los Organos que la Integran.....	18
1.2. En Nuestro Ordenamiento Juridico:.....	19
1.2.1. Testamentaria.....	19
1.2.2. Legitima.....	20
1.2.3. Judicial.....	22

2. Organos de la Tutela:.....	23
2.1. Tutor:.....	23
2.1.1. Caracteres.....	24
2.1.2. Obligaciones y Derechos.....	24
2.1.3. Extinción del Cargo.....	26
2.1.4. Responsabilidades.....	28
2.2. Protutor:.....	30
2.2.1. Caracteres.....	30
2.2.2. Obligaciones y Derechos:.....	30
2.2.3. Extinción del Cargo.....	32
2.2.4. Responsabilidades.....	32
2.3. Pupilo:.....	33
2.3.1. Caracteres.....	33
3. Aspecto Procesal:.....	34
3.1. Jurisdicción.....	34
3.2. Legitimación para Pedirla.....	35
3.3. Trámite Judicial.....	36
4. Instituciones con Programa de Ayuda.....	37
4.1. Niños Huérfanos.....	37

### CAPITULO III

1. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.....	45
1.1. Registro Civil.....	45
1.1.1. Tutores y Protutores en Ejercicio de sus Cargos.....	47
2.1. Cuadros Estadísticos Realizados en los Tribunales de Familia de la Ciudad de Guatemala.....	48

### CAPITULO IV

PROPUESTA DE CREACION DE UNA ENTIDAD SUPERVISORA DEL VINCULO JURIDICO-ECONOMICO Y SOCIAL DE LA TUTELA PARA ASEGURAR SUS FINES EN GUATEMALA.....	55
1. Forma de Creación.....	57
2. Organización.....	57
3. Características.....	60
4. Facultades Generales.....	61
5. Funciones y Atribuciones Especiales.....	61
6. Objetivos.....	62
7. Ante Proyecto de Ley.....	63

CONCLUSIONES:..... 72

BIBLIOGRAFIA:..... 74

## INTRODUCCION

El presente trabajo plantea la problemática que presenta en nuestro medio la forma en que el tutor y protutor desempeñan sus funciones, ya que, puede decirse que en casi la totalidad de los casos no tiene una fiscalización o supervisión adecuada que proteja los intereses de la persona y sus bienes que están bajo esta institución.

Los objetivos que se pretendieron alcanzar en el desarrollo de la investigación fueron los siguientes:

- 1) La creación de una entidad multisectorial controladora del vínculo existente entre el Tutor-Pupilo-Protutor.
- 2) Que a través de ésta fiscalización se adquiera más certeza jurídica y se cumpla con los fines de las instituciones de la tutela y protutela, estableciéndose realmente si el tutor y el protutor cumplen efectivamente con la función que les fue asignada.
- 3) Que de la experiencia que se adquiera en lo conserniente a fiscalización ayude a los órganos jurisdiccionales en cuanto a pedir un informe inventariado de los bienes del pupilo para su correcta administración.

Además de los objetivos anteriores se plantea el que a mi juicio es el de más relevancia y sería el siguiente: La inmediata creación de un órgano supervisor de la tutela y protutela para asegurar el cumplimiento de sus fines en Guatemala.

La hipótesis utilizada para desarrollar el plan de investigación se planteó de la siguiente forma: SI,

ES NECESARIO LA CREACION DE UNA ENTIDAD SUPERVISORA O FISCALIZADORA DE LAS FUNCIONES QUE REALIZA EL TUTOR Y EL PROTUTOR SOBRE LOS BIENES DEL PUPILO, ASI COMO DE SU PERSONALIDAD, PARA QUE REALMENTE LA DESEMPEÑEN DE ACUERDO A NUESTRO CODIGO CIVIL Y SE PROTEGA EN REALIDAD A LA PERSONA Y SUS BIENES QUE SE ENCUENTREN SUJETOS A ESTA INSTITUCION.

Para desarrollar el contenido del presente trabajo de investigación se ha tomado de base el análisis personal que se ha desarrollado a través del conocimiento de la tutela y protutela y sus incidencias en nuestro Derecho de Familia ya que no se cumple con lo estipulado por la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto a la persona y a la familia, en consecuencia la protección de menores de edad en relación a su derecho de alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social o sea todo lo referente a su desarrollo físico-mental y si bien es cierto que el Código Civil contempla la institución de la tutela y protutela hay casos en que se carece de medios de toda índole que puedan eficazmente fiscalizar el ejercicio de esta institución en Guatemala.

El trabajo fue orientado tomando en cuenta lo que sobre ésta institución manifiesta Brugi Baggio en su obra Instituciones de Derecho Civil, así como de la utilización de los métodos Inductivo-Deductivo, Analítico, Estadístico y siendo complementados éstos con la técnica de encuesta abierta las cuales considero fundamentales para establecer un panorama de ésta institución en Guatemala por lo que se dividió el trabajo de investigación en cuatro capítulos que son:

CAPITULO I: FUNDAMENTOS TEORICO-LEGALES DE LA TUTELA; circunscribiéndose el mismo en los antecedentes históricos de la institución y su evolución en el derecho.

CAPITULO II: LA TUTELA EN GUATEMALA; El cual es un análisis tanto doctrinario como legal de ésta institución y su desarrollo en Guatemala.

CAPITULO III: RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO; La cual abarcó el Registro Civil y los Tribunales de Familia de la Ciudad de Guatemala, lo que aportó datos estadísticos que contribuirán a que se tenga una idea gráfica del desarrollo de ésta institución dentro del Derecho de Familia, ya que la misma aporta datos cuantitativos que son de suma importancia.

CAPITULO IV: QUE ES LA PROPUESTA DE CREACION DE UNA ENTIDAD SUPERVISORA DEL VINCULO JURIDICO ECONOMICO Y SOCIAL DE LA TUTELA Y PROTUTELA PARA ASEGURAR SUS FINES EN GUATEMALA.

De la investigación realizada se puede determinar que para que la tutela y protutela cumplan realmente con sus fines y proteja a los menores de edad así como de las personas incapacitadas para el ejercicio de sus derechos civiles y de sus bienes se establece la necesidad de la creación de una entidad u organismo fiscalizador tal y como se propone en el contenido del trabajo de investigación desarrollado, esperando que con el mismo se contribuya para legislar en mejor forma en beneficio de las personas sometidas a las instituciones de la tutela y protutela.



## CAPITULO I

## FUNDAMENTOS TEORICO LEGALES DE LA TUTELA

## 1. Aspectos Históricos de la Tutela

sobre los fundamentos teóricos legales de la Tutela y Protutela se hace necesario tomar en consideración sus aspectos históricos lo cual se hace de la siguiente forma:

## 1.1. Derecho Romano:

Como es de nuestro conocimiento la mayoría de civilizaciones occidentales, están inspiradas en el Derecho Romano. no digamos nuestra legislación; nos narran los historiadores que en la antigüedad de los pueblos anteriores a la civilización romana, no acepta la idea de la tutela; ya que en esos tiempos, la familia se organizaba en forma patriarcal, los hijos eran considerados como una propiedad del padre o en definitiva del grupo y carentes por lo tanto, de los derechos inherentes a la persona individual. En base a esto encontramos según la historia que el origen de la tutela se inicia en la civilización romana, y en este primer momento se acepta la institución tutelar como un oficio público cristalizándose en una potestad en el cual se defiendan los intereses del grupo, asegurando su derecho hereditario.

La institución tutelar se configura en Roma como una protección hacia la incapacidad normal que se daba en los menores que no están bajo la patria potestad y a las mujeres

púberes sui-juris, ya que a éstas también se les atribuía ese estado. En el Derecho Romano se conocieron dos instituciones por aparte la TUTELA Y LA CURATUTELA, ambas se referían a la asistencia y protección pero se diferencian en que, según los juristas romanos, en que la tutela implicaba el cuidado de la persona y la curatutela el cuidado de los bienes, y al pasar del tiempo y las experiencias y el desarrollo de la institución de la tutela ésta abarcó a la persona y a los bienes, mientras que la curatutela sólo se dedicaba al cuidado de los bienes.

En la Roma primitiva y según narra la historia, se hizo una comparación entre ésta y las tribus germánicas, y en la cual se estableció que la tutela era una potestad parecida a la patria potestad que se estableció en beneficio del heredero varón; su principal objetivo fue el salvaguardar el patrimonio e impedir que el incapaz pudiera por su impericia dilapidar sus bienes que ha recibido de la herencia de los padres y que por lo mismo es necesario conservar la familia civil. Esta concepción se fue borrando entre los romanos y dio lugar a la idea moderna de que en la tutela el fin esencial es el de la protección del hijo, por lo tanto la tutela ya no solo salvaguarda el patrimonio del menor o incapaz sino que además le daba formación y educación.

Los tratadistas Ambrosio Colim y H. Capitant nos refieren sobre la diferenciación que existió entre la tutela romana y la francesa : "La Tutela Romana ofreció siempre un aspecto distinto de la tutela francesa en las siguientes formas:

a) El Derecho Romano no instituyó nunca un órgano de alta tutela encargado de vigilar e inspeccionar al tutor.

b) La Tutela no se constituía en Roma más que cuando el hijo se convertía en sui juris (de derecho suyo), es decir quedaba sustraído a la patria potestad por la muerte del padre y de sus ascendientes paternos o por la emancipación.

c) La tutela terminaba con la impubertad, es decir a los doce y catorce años de edad."<sup>1</sup>

El tratadista Cirilo Pavón nos dice: "Que la definición sobre la tutela que se tenía en el Derecho Romano se caracterizaba en que se trata de una potestad que una persona con autoridad tiene sobre otra libre, que el derecho civil acuerda para amparar a ésta última, quien no puede protegerse sólo en virtud de su edad."<sup>2</sup>

Así de un simple análisis determinamos que los elementos de la tutela en el Derecho Romano eran: poder, autoridad, protección y defensa que resultan con claridad de la actividad de los tutores que tienen esa autoridad y es por ello que se les llama protectores o defensores.

1. Ambrosio Colin y H. Capitán. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo II, Página 97.

2. Cirilo Pavón. "Tratado de la Familia". Tomo III, Página 210.

Las clases de tutela que se conocieron en el Derecho Romano son:

1.) La Tutela Testamentaria: La cual consistía en que el tutor era designado por testamento.

2.) La Tutela Dativa: Era la que prestaban los pretores (jueces) urbanos y la mayoría de los tribunales de los plebeyos, es decir, por los magistrados en virtud de la Ley de Atila, a todas aquellas personas que se encontraban sin tutor.

3.) La Tutela Legítima de los Ascendientes: Era aquella en que el emancipado era designado tutor de su hijo, hija, nietos, nietas; moría y quedaban hijos varones, éstos desempeñaban el cargo de tutor fiduciario de sus hermanos, hermanas u otros.

4.) La Tutela Legítima de los Patronos: Es la que se confería a éstos y a sus hijos sobre los libertos de ambos sexos que necesitaban de tutor.

5.) La Tutela Legítima: Es aquella en que el tutor era designado por la ley (en caso de no haber tutor testamentario), y que era dado a los parientes más cercanos o próximos de la persona que lo necesitaba, salvo que ese pariente no reuniera las condiciones necesarias.

6.) La Tutela Fiduciaria: Consistía en que si un descendiente emancipado tutor de su hijo, hijo o nietos, moría y quedaban hijos varones, éstos desempeñaban el cargo de tutor fiduciario de

sus hermanos u otros.

### 1.2.) Derecho Español:

Siendo este derecho hondamente influenciado por el Derecho Romano, y el cual a su vez influenció en nuestra legislación, creemos que es importante hacer una pequeña reseña de esta influencia, en cuanto a este derecho tiene tres clases de tutela y son: a) Tutela Testamentaria, b) Tutela Legítima y c) Tutela Dativa, de las que no hacemos un análisis ya que traen fuerte influencia del Derecho Romano y las cuales ya fueron explicadas.

En cuanto a sus elementos personales encontramos los siguientes:

Tutor: Es la persona que representa al menor, obra en su nombre, maneja y dirige su patrimonio.

Protutor: Persona designada por el consejo de familia, encargado de vigilar la gestión del tutor y algunas veces suplirlo.

Un Consejo de Familia: Que está compuesto de parientes, afines, amigos, encargados de deliberar sobre las cuestiones más importantes que interesan al menor y además autorizar al tutor a cumplir los actos más graves relativos al matrimonio y a su persona.

## CAPITULO II

## LA TUTELA EN GUATEMALA

Antes de conocer este capítulo, es conveniente hacer mención de lo siguiente:

## Definición de Tutela:

Es una institución que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y sus bienes, o solamente de los bienes, tanto de menores no sujetos a la patria potestad, como de los mayores que se encontraren temporal o definitivamente incapacitados para regir por si mismos su persona y bienes.<sup>1</sup>

## Aspecto Legal:

La ley claramente establece quiénes están sujetos a la tutela, lo cual encontramos específicamente en el artículo 293 del Código Civil el que señala lo siguiente: "El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad quedará sujeto a la tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuera mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres."

Como se podrá observar esta institución se remonta al Derecho Romano, en cuanto a la tutela y la curatutela, de las cuales nos ocuparemos más detenidamente en los siguientes capítulos.

1. Beltranena de Padilla, María. "Lecciones de Derecho Civil". Primera Edición, Guatemala, 1982, Página 249.

Es conveniente hacer mención de las definiciones que algunos tratadistas desarrollaran sobre esta institución, por lo que a continuación transcribiremos algunas de ellas y son las siguientes:

Planiol y Ripert, la definen "Como una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz representarlo y administrarlo." <sup>1</sup> Esta definición tiene sus limitaciones y es bastante restringida ya que no amplía el término de administración pues en mi criterio lo que administrará será el patrimonio del pupilo.

Rugiero afirma que: "La tutela es un cargo público, fundándose en que es una manera que el Estado tiene de otorgar la protección a la infancia".<sup>2</sup> El inconveniente de esta definición es que solo habla de la infancia, y deja fuera a los mayores de edad que por su estado de incapacidad, no pueden gobernarse por si mismos.

Rafael de Pina, la define de la siguiente manera: "Es una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual prevee a la representación, a la protección, a la asistencia y al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por si mismos, para regir en fin su actividad

1. Planiol y Ripert. "Tratado Práctico de Derecho Civil". Tomo I, Página 416.

2. De Rugiero, Roberto. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II, Página 255.

jurídica."<sup>1</sup>

Diego Espín Cánovas nos dice que: "La tutela es la guarda de las personas y bienes o solamente de los bienes, de los que no estando bajo patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismos."<sup>2</sup>

Federico Puig Peña, la define diciendo que la tutela es: "Aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos."<sup>3</sup>

Después de un análisis detenido de las definiciones anteriores, expondremos la nuestra y es la siguiente: Es una institución jurídica, confiada a una persona individual o jurídica, para que preste la protección y cuidado de la persona o su patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse así mismos. Después de un detenido estudio de esta definición establecemos tres elementos fundamentales que son los siguientes:

A) Es una institución jurídica: Como se desprende de los conceptos anteriores unos hablan de poder jurídico, otros de

1. De Pina, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Página 385.

2. Espín Cánovas, Diego. "Manual de Derecho Civil". Volumen IV, Página 476.

3. Puig Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil". Tomo III, Página 403.



función jurídica, pero consideramos que lo correcto es "INSTITUCION JURIDICA", porque la tutela está contemplada en un conjunto de normas y preceptos legales debidamente establecidos que llevan por fin primordial la asistencia normal a los jurídicamente incapaces.

B) El cuidado y protección de la persona o patrimonio: ha de referirse siempre a un incapaz declarado legalmente carente de patria potestad, ya es conocido que ésta institución protege, dirige y representa a un menor de edad o a un mayor de edad declarado incapaz legalmente, siempre y cuando, que sobre ambos no exista patria potestad; ampliando un poco más diremos que el menor de edad, según nuestro Código Civil vigente, en su artículo octavo párrafo segundo, establece que: "Son mayores de edad los que han cumplido los dieciocho años."<sup>1</sup>, entonces si no los han cumplido son menores de edad, y si no tienen padres, el Ministerio Público o cualquier persona capaz puede denunciar este hecho a la autoridad, para que por medio de la declaración judicial se les nombre tutor, para la dirección de su persona y administración de sus bienes si los tuviere; y con los mayores de edad, que por cualquier circunstancia son incapaces para actuar en la vida jurídica, también deben denunciarse estos hechos ante la misma autoridad, para que previo estudio de esta persona mayor de edad, haga la declaración de su interdicción civil y se le nombre al mismo tiempo tutor.

1. Código Civil, Decreto Ley 106.

C) Confiada a una persona jurídica o individual: Ya que la tutela está contemplada dentro del Código Civil, el Estado, por medio de sus instituciones de orden social toma al menor o incapaz para su cuidado, y en este caso el establecimiento es persona jurídica; y el segundo caso es cuando recae esta obligación de protección y dirección del menor o incapaz a una sola persona física; generalmente las tutelas testamentarias, legítimas y judiciales son concedidas a personas individuales.

#### 1. CLASES DE TUTELA:

##### 1.1. En Forma General:

###### 1.1.1. Por la Forma como se Establece:

Testamentaria: Como su nombre lo indica es aquella que es instituida en el testamento.

Legítima: A ésta se le denomina así, porque en la ley se determina a través del parentesco, a quién corresponde ejercerla.

Dativa: Llamada también judicial y es la que el juez designa a la persona en que recaerá el cargo. Estas clases de tutela serán analizadas posteriormente.

###### 1.1.2. Por los que no necesitan discernimiento para ejercerla:

Legal: Es la que está regulada por la ley, y la cual no necesita mayor explicación, la misma es contemplada en los

artículos 308 y 309 de nuestro Código Civil vigente; el 308 señala que: "Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento."

En mi opinión es acertada esta norma, ya que si no fuera así; los directores tendrían que iniciar acciones legales para que se les nombrara tutores legales, lo cual vendría en detrimento de los menores desvalidos porque limitaría el campo de acción en cuanto a estas instituciones ya que su fin primordial es ayudar al menor y tratar de colocarlo en un hogar adoptivo que le pueda brindar seguridad y estabilidad.

#### 1.1.3. Por la Forma de Ejercerla:

a) De Hecho: El Tratadista Guillermo Cabanellas nos dice que la tutela de hecho se da cuando "El cuidado de un menor o incapaz y la administración de sus bienes es hecha por quien carece de derecho o título legal para tal potestad y representación."<sup>1</sup> Esta persona que la ejerce de esta manera asume las mismas responsabilidades de un tutor legal.

Dentro de esta clase podemos citar los siguientes ejemplos:

- El tutor judicial, que haya actuado antes de su nombramiento y discernimiento.

- El tutor declarado incapaz por la autoridad judicial y que sigue no obstante desempeñando el cargo, hasta el nombramiento del sustituto.

- El tutor que sigue ejerciendo la tutela sobre su pupilo, a pesar de que este no ha sido declarado en estado de interdicción. (protutela)

b) De Derecho: Esta es la tutela por excelencia, en la cual el tutor cuida del menor y administra sus bienes en base a un título legal por el cual se le ha nombrado y discernido el cargo por la autoridad judicial competente, y esta puede dividirse en General y Especial.

1) General: Dentro de éstas, se encuentran las ya explicadas como lo son la testamentaria, legítima y judicial, por lo que creo que no es necesario analizarlos nuevamente.

2) Especial: Es aquella que se da cuando el tutor general por así decirlo no puede realizar o estar presente en un acto determinado en representación de su pupilo por lo que el juez le nombra tutor especial para el acto determinado. Este nombramiento es de carácter excepcional, y que además puede darse cuando el tutor general esta impedido por la oposición de sus intereses con los del menor, para representar a éste, es el protutor el que debe representar al pupilo, por lo tanto no hay necesidad de nombrar tutor especial más que en los casos en que

la ley los exija. El artículo 306 de nuestro Código Civil expresa que: "Se nombrará tutores específicos cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela."

Asimismo se da esta figura cuando hay conflicto entre los hijos con los que ejercen sobre los mismos la patria potestad, lo cual se regula en el artículo 268 del Código Civil al indicar lo siguiente: "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", aunque también debemos tener presente que el nombramiento de un tutor especial se impone algunas veces, sin que lo diga el texto legal, cuando se trata de un acto en el que se encuentran impedidos el tutor y el protutor para representar al menor por tener los dos un interés opuesto al suyo.

Al respecto de la investigación que se ha hecho sobre la tutela se establece en qué casos procede ésta y son los siguientes:

- 1- Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres.
- 2- En el caso de que el padre y la madre perdieren la administración de los bienes de sus hijos.
- 3- Cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.
- 4- Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los del tutor general.
- 5- Cuando los intereses estuvieren en oposición con los del otro pupilo, que con ellos se hallase con un tutor común.

6- Cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, o de no ser administrados por su tutor.

7- Cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no pueden ser convenientemente administrados por el tutor.

8- Cuando hubiese negocios o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales o una administración distinta.<sup>1</sup> Creemos que por la claridad de cada inciso no es necesario hacer mayor análisis de los mismos.

#### 1.1.4. Por los Organos que la Integran:

a) Tutela Plena: Según la doctrina romana la considera como la tutela normal, pues está integrada por todos los órganos tutelares, haciendo un análisis en base al derecho comparado en otras legislaciones se compone de Tutor, Protutor y Consejo de Familia; en nuestro medio solo está compuesta por el Tutor y Protutor.

b) Tutela Restringida: Es aquella que solo requiere la intervención del tutor y no de los demás órganos tutelares y que se ejerce en forma discontinua, por no ser necesaria sino únicamente para ciertos actos especificados en la ley.

1. Pavón, Cirilo. Obra citada, página 240.

## 1.2. En Nuestro Ordenamiento Jurídico:

1.2.1. Testamentaria: Para Cabanellas es: "La discernida de acuerdo con el nombramiento, que el padre o la madre hacen en su testamento, y que puede recaer sobre cualquier persona con capacidad de obrar y que no esté excluido por la ley."<sup>1</sup> En resumen diremos que es un derecho individual que le asiste a los padres de elegir a un Tutor entre sus parientes o a un extraño, facultad que corresponde a los padres como acto de última voluntad y se le llama testamentario porque esta acaece hasta el fallecimiento de los padres, por lógica se deduce que este sólo procede en caso de fallecimiento del padre y la madre, porque al vivir alguno de los padres no puede haber tutela. Según nuestra legislación, el padre sobreviviente seguirá ejerciendo la patria potestad sobre el menor o incapaz y ninguno de los padres puede privar a su cónyuge de este ejercicio.

Aquí en este tipo de tutela encontramos un problema y es que algunas veces el testador designa a varios tutores, cuando la tutela es ejercida generalmente por una sola persona, y en caso se hiciera así el nombramiento subsiste, pero los nombrados deben ejercer la tutela en el orden en que fueron designados, es decir en caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos.

Analizando el aspecto legal, nuestro Código Civil establece lo

siguiente: "La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que están bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que están sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo." "Los padres y los abuelos, en su caso pueden nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación." (Arts. 297 y 298 del Código Civil)

1.2.2. Legítima: Se llama así a la establecida por la ley, está puede recaer sobre los menores, sobre los dementes, idiotas, sordomudos, ebrios y personas que habitualmente abusan de drogas y sobre los menores abandonados o acogidos por alguna persona o depositados en algún establecimiento de beneficencia. Podemos decir que esta tiene lugar cuando no hay quien ejerza sobre el menor o incapaz la patria potestad, ni tiene tutor testamentario. La doctrina Romana no refiere que esta tutela corresponde a los hermanos, y solo por falta de capacidad de los hermanos, a los otros colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad. Cuando haya varios parientes del mismo grado el juez debe elegir entre ellos el que parezca más apto para el cargo, pero si el menor hubiere cumplido los dieciséis años, el debe hacer la elección.



El tratadista Cirilo Pavón nos dice que la tutela legítima, tiene lugar cuando "Los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o dejan de servirlo."<sup>1</sup>

Por último debemos puntualizar que en esta clase de tutela no basta el cariño que puede tener un pariente a un menor o incapaz, para ejercer el cargo de tutor. Puede tenerle gran afecto, pero no es apto para la dirección y administración de los bienes del menor o incapaz, entonces no se les debe nombrar a estas personas que carecen de esta aptitud, es por ello que la propia autoridad debe tener mucho cuidado, plenos conocimientos y medios de información amplia sobre la aptitud de la persona que se va a nombrar para este cargo.

El Código Civil establece, esta clase de tutela en su artículo 299 de la siguiente manera: "La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente: 1o. Al abuelo paterno; 2o. al abuelo materno; 3o. a la abuela paterna; 4o. a la abuela materna; y 5o. a los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos al de mayor edad y capacidad." y el artículo 301 señala el orden de las tutelas legítimas de los declarados en estado de interdicción en la forma siguiente: "La tutela de los mayores de edad declarados en estado de interdicción corresponde: 1o. al cónyuge; 2o. al padre y a la madre; 3o. a los hijos mayores de edad y 4o. a los abuelos, en el

1. Pavón, Cirilo. Obra citada, página 230.

orden establecido en el artículo 299 del citado cuerpo legal."

1.2.3. Judicial: Es aquella que es nombrada por el órgano jurisdiccional competente, en nuestro caso los tribunales de familia. Constituye pues el recurso final cuando los ascendientes no nombran tutor a sus hijos, y cuando estos menores o incapaces, carecen de parientes cercanos en quienes instituirse la tutela legítima o éstos pueden ser que sean incapaces o se excusen para ejercerla.

Características:

- a) Que el tutor judicial es nombrado por la autoridad judicial.
- b) Que es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima, aclarando que a falta de cualquiera de las dos anteriores, entrará ésta en función.
- c) Que puede recaer en cualquier persona, pero se debe tener muy en cuenta la capacidad y aptitud de la persona que debe ser designada la que debe tener un grado de cultura excelente, solvencia económica, etc.

A este respecto el tratadista Laurent nos enumera los casos en que puede darse la tutela judicial; siendo estos los siguientes:

- 1o. Cuando el menor queda sin padres y el último que muere de ellos no nombró tutor testamentario, ni hay ascendientes varones.
- 2o. Cuando la madre sobreviviente rehusa la tutela.

30. Cuando el padre sobreviviente, el tutor testamentario o el ascendiente llamado a la tutela legítima se han excusado.

40. Cuando debe reemplazarse por cualquier motivo a un tutor judicial.<sup>1</sup>

En nuestro medio la tutela judicial es designada por la autoridad jurisdiccional, de donde proviene el nombre de la tutela judicial y que es discernida por el juez de familia. Debemos tener muy presente en este tipo de Tutela lo prescrito en el artículo 300 del Código Civil, ya que un juez no puede ejercer control sobre todas las personas para comprobar si necesitan de tutela o no y es por ello que el artículo mencionado señala que el Ministerio Público y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista.

## 2. Organos de la Tutela:

2.1. Tutor

2.2. Protutor

2.3. Pupilo

### 2.1. Tutor:

Definición: Es aquella persona que cumple en forma personal y directamente los fines de la tutela en cuanto al menor y sus bienes, y además la función que ejerce es de interés público.<sup>2</sup>

1. F. Laurent. "Derecho Civil". Tomo IV, Página 588.

2. Beltranena de Padilla, Maria. Obra Citada, Pagina 249.

### 2.1.1. Caracteres:

a) Es Obligatoria: Adquiere esta característica ya que el que es designado para este cargo, ya sea por la ley o la autoridad judicial, no puede rehusar el cargo, a menos que se encuentre dentro de algunas de las excusas que señala la ley.

b) Es Remuneratoria: Ya que ésta da derecho a una retribución, la cual será pagada anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

c) Es Personal: Es un cargo personal por lo que no pasa a los herederos del tutor en función. Sin embargo debemos aclarar que si los herederos son mayores están obligados a continuar la gestión de su causante hasta el nombramiento del nuevo tutor.

d) Es público: Todas las personas en pleno goce de sus derechos civiles tienen la ineludible obligación de desempeñarlos, sin embargo la ley señala causas taxativas de prohibición o inhabilidad y de excusas para su ejercicio.

### 2.2.2. Obligaciones y Derechos:

#### Obligaciones:

a) Discernimiento del cargo: Este es el acto procesal por medio

del cual el juez le da legitimidad a la persona para el ejercicio del cargo de tutor.

b) Avalúo de los bienes del pupilo: Esto es previo al discernimiento del cargo y si el pupilo tuviere bienes estos deben ser valuados por experto en la materia.

c) Inventario de los bienes del pupilo: Este es el acto por medio del cual se asientan en forma escrita los bienes pertenecientes a una persona y se les avalúa en precio real.

d) Constitución de garantía suficiente: Esta es calificada por el juez, para responder de la fiel y correcta administración de la tutela, esta garantía no será necesaria cuando no haya bienes.

e) Rendición de cuentas: Como es obvio, como administrador de bienes ajenos el tutor, tiene la obligación ineludible de llevar cuentas y rendirlas; esta rendición podrá ser anualmente, al concluir la tutela y al sustituir al tutor, quien debe rendir inmediatamente las cuentas llevadas en contabilidad comprobada y exacta de todas y cada unas de las operaciones de su administración en libros autorizados. Este acto de rendición se hará ante el juez competente, con intervención del protutor y del Ministerio Público.

En mi opinión personal las obligaciones del tutor deben basarse en la elaboración de un presupuesto de gastos de administración, para cada ejercicio anual, así como la proposición de la pensión alimenticia del pupilo, la cual la fijará el juez tomando en

consideración el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de ser modificada según razones especiales las cuales serán determinadas por aumento o disminución del patrimonio del pupilo y procurar que el menor siga la carrera, oficio o profesión que éste elija de acuerdo a sus capacidades y las circunstancias, claro está, bajo el asesoramiento del tutor.

Derecho:

a) Retribución: O sea que el ejercicio del cargo debe ser remunerado, ya que además del cúmulo de obligaciones anteriormente descritas, éstas deben ser remuneradas. Esta clase de retribución la encontramos regulada en el Código Civil en el artículo 340 el cual señala: "Una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo"

### 2.1.3. Extinción del Cargo:

Debemos entender por extinción del cargo la terminación de algo o sea la conclusión de la protección o asistencia del pupilo y la cual se extingue por la desaparición del supuesto o del hecho que da origen a la institución de la tutela. A continuación se indican las causas que extinguen la institución de la tutela en base a la desaparición del supuesto de hecho que dio origen a la misma:

a) -Por haber cesado la causa que la motivó: O sea que el pupilo protegido era incapaz legalmente y ha logrado volver a su capacidad por lo que deja de ser necesaria la tutela.

b) -Por llegar el menor a su mayoría de edad: Esta mayoría de edad produce dos efectos: 1) Que termina la tutela en forma automática por el solo hecho de llegar a su mayoría de edad. 2) Que el hecho de adquirir la mayoría de edad, le da el derecho de solicitar del tutor la entrega de los bienes y la correspondiente liquidación de las cuentas.

c) -Por la Adopción: En este caso se extingue la tutela y el adoptante tiene plena facultad de pedir al tutor la rendición de cuentas.

d) -Por Reintegración de los padres en la patria potestad: Sobre lo mismo se establece que los padres con anterioridad perdieron el derecho o fueron suspendidos en el ejercicio de la misma y por lo tanto se les nombró tutor a los menores. Ampliando un poco más diremos que las causas de suspensión las contemplan los artículos 273 y 274 del Código Civil. Posteriormente si estas personas logran llenar los requisitos exigidos por el artículo 277 del mismo cuerpo legal, vuelven nuevamente al ejercicio de la patria potestad y entonces la tutela constituida con anterioridad, desaparece o sea que la tutela no se extingue por el solo hecho de la desaparición del tutor, por la circunstancia de que el tutor no es la razón de ser de esta institución, sino que lo es la extinción del supuesto, hecho que le dio origen. Creemos que

es conveniente establecer que la extinción de la relación jurídica entre el tutor y el pupilo puede darse por las siguientes causas:

- a) Por la muerte del tutor.
- b) La declaración de incapacidad del tutor.
- c) Cuando surgiere una excusa de parte del tutor o diere lugar ésta a su remoción; o sea que en cualquiera de estas situaciones también se extingue el cargo.
- d) Por la Muerte del Pupilo.

#### 2.2.4. Responsabilidades:

a) Civil: Esta se enmarca dentro de la llamada rendición de cuentas, ya que como hemos expuesto el tutor es el administrador de los bienes del pupilo, y para limitar esto la ley señala los actos en los que el tutor deber pedir autorización judicial, los mismos se establecen en el artículo 332 del Código Civil, en este caso la vía procesal para pedir rendición cuentas es el juicio oral, y el ordenamiento sustantivo (artículo 350 del citado cuerpo legal.) solo habla de saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal; es mi opinión personal que esta responsabilidad se proyecta más allá de esta situación, porque en el caso de que el tutor celebre contratos o deudas sin autorización judicial es él quien responde de esas obligaciones con su patrimonio, así como los daños y perjuicios que cause el pupilo por su mala administración.



Creo que es conveniente hablar de la prescripción de las acciones en materia civil, y el ordenamiento civil establece que estas prescriben a los cinco años de concluida ésta, entre estas acciones que pudieran originarse entre el tutor y el pupilo podemos mencionar las siguientes:

- a) La acción de rendición de Cuentas.
- b) La acción de responsabilidad por la mala administración.
- c) La acción de restitución de frutos.
- d) La acción de reclamar daños y perjuicios.
- e) La acción de rectificación de cuentas por omisión en los ingresos o exageración en los gastos.
- f) La acción que compete al tutor para pedir su retribución o la indemnización que en algún caso pudiera resultar a su favor, por razón de la tutela.<sup>1</sup>

b) Penal: Esta básicamente se circunscribirá entre los delitos contra el patrimonio del pupilo en los cuales incurrirá el tutor, tales como el hurto, la estafa mediante informaciones contables, ésta en cuanto a su complicidad con el Perito Contador al llevar la contabilidad y éste la altere; y en cuya materia no ahondamos más ya que es otro tema de estudio, y según la actividad desenvuelta por el tutor puede incurrir en otros delitos.

## 2.2. Protutor:

Definición: según el tratadista Cabanellas<sup>1</sup> lo define como "El cargo creado por el Código Civil Español para ejercer funciones de intervención o vigilancia en la tutela de menores."

### 2.2.2. Caracteres:

a) Es Personal: Porque solo puede ser ejercido el cargo por la persona legitimada para ello, y su actividad es fundamentalmente vigilar los actos del tutor.

b) Es Obligatoria: En el sentido de que una vez aceptado el cargo, éste pasa a ser de carácter público y no se puede renunciar al mismo sin justa causa.

c) Es Remuneratoria: O sea que por el desempeño del cargo el protutor recibirá a cambio una retribución en dinero (Artículo 340 del Código Civil)

### 2.2.3. Obligaciones y Derechos:

El ejercicio del cargo del protutor, conlleva ciertas obligaciones y derechos y tales como las siguientes:

1. Cabanellas, Guillermo. Obra Citada, página 419.

**Obligaciones:**

a) Del Inventario: Intervenir en el faccionamiento del inventario y su anterior avalúo de los bienes del menor, en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor.

b) La Representación: Defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor; así como iniciar cualquier acción legal pertinente para proteger los intereses del menor.

c) La Remoción del Tutor: Promover ésta cuando proceda la remoción del que estuviera ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada, así como proponer el nombramiento del tutor.

d) La Fiscalización: Intervenir en la rendición de cuentas del tutor.

**Derecho:**

a) Retribución: Recibir su pago en dinero por el ejercicio de su cargo.

#### 2.2.4. Extinción del Cargo:

Este se llevará a cabo por las mismas causas que la extinción del cargo del tutor, que fueran expuestos por lo que considero innecesario hacer mención a ellas.

#### 2.2.5. Responsabilidades:

a) Responsabilidad Civil: Está será básicamente sobre el incumplimiento de sus funciones y son las siguiente:

1-) Como Contralor: si no cumple las obligaciones que le impone la ley, no inspecciona la gestión del tutor, si no pide la destitución del mismo, cuando subsista causa justificada, es igualmente responsable por su negligencia, si por ello causa perjuicio al menor o incapaz.

2-) Cuando exista oposición de intereses entre el tutor y el pupilo, el protutor deberá representar al menor y en consecuencia es responsable del acto que ha realizado, como lo sería el tutor, si no ha puesto en la realización del acto la diligencia debida y si es perjudicial a los intereses del pupilo, deberá pagar los daños sufridos.

Ahora hay que reconocer que estas obligaciones del protutor son teóricas ya que al no cumplirlas no existen reglas que obliguen su cumplimiento, por lo tanto el protutor puede perfectamente evadir responsabilidades y no caer en la remoción. siendo éste

el llamado a vigilar la administración de la tutela. Ahora nos hacemos la pregunta, ¿De que forma ejercerá esa vigilancia? la ley no especifica nada al respecto, o sea que queda a discreción del protutor en la forma que lo hará.

b) Responsabilidad Penal: Al igual que en la del tutor, deberá establecerse según el grado de participación en el hecho que pueda o haya perjudicado el patrimonio del pupilo y como consecuencia determinar su responsabilidad.

### 2.3 Pupilo:

Definición: El tratadista Cabanellas lo define como : "El huérfano menor de edad o incapacitado, en relación con su tutor."<sup>1</sup>

#### 2.3.1. Caracteres:

- a) Menor de edad, que no este bajo patria potestad.
- b) Mayor de edad, incapacitado para el ejercicio de sus derechos civiles.
- c) Que sea huérfano menor de edad.

1. Cabanellas, Guillermo. Obra Citada, página 435; tomo IV.

### 3. Aspecto Procesal de la Tutela:

#### 3.1. Jurisdicción:

Al empezar el análisis de la misma, establecemos que las divisiones comunmente explicadas por la doctrina y aceptada en las legislaciones (códigos procesales) es la jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria; a la primera se le caracteriza primordialmente por la existencia del contradictorio, o sea, la disputa de partes sobre determinados asuntos, cuya resolución se persigue mediante la actividad de los órganos estatales.

Por el contrario, lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión entre partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto, estos procedimientos son esencialmente revocables y modificables por el juzgador, o sea que se establece que hay conformidad de las personas que intervienen en las diligencias y ésta concluye con un pronunciamiento que solo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma, y por eso se dice que el juez hace un conocimiento meramente informativo, y precisamente ésta es la que nos interesa ya que en esta vía se lleva el trámite correspondiente a la tutela.

### Definición:

El término Jurisdicción, tiene diferentes significados, ni siquiera sobre sus alcances etimológicos hay unidad de criterio, por lo que citaremos al profesor Guasp<sup>1</sup> y la doctrina que sobre tal instituto recoge nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse que la jurisdicción es una función, pública estatal, por medio de la cual se inviste a ciertos órganos, (Los órganos jurisdiccionales), de la potestad para juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

### 3.2. Legitimación para Pedirla:

Antes de discutir sobre el fondo de la legitimación para solicitar la tutela, es conveniente explicar que la legitimación consiste en aquel derecho que corresponde a cierta persona para poder pedir la tutela. La legitimación está regulada en la ley, generalmente en lo preceptuado por los artículos 44 y 51 del Código Procesal Civil y Mercantil y especialmente en los artículos 401 y 403 del citado cuerpo legal.

Para que se constituya la tutela, lo pueden hacer distintas personas, claro está que depende de la clase de tutela, así por ejemplo:

a) Si es testamentaria la solicitarán: a) El Albacea; b) Los herederos y c) Tutor Testamentario, si estuviere enterado. En el testamento el causante nombra al tutor y protutor de su elección,

1. Guasp, Jaime. "Derecho Procesal Civil". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, Página 109.

al radicarse el testamento se establece el nombre de ambos y previo a entrar en funciones se les debe discernir los cargos por la autoridad judicial respectiva.

b) -Si es legítima la solicitarán: Los parientes del menor o incapaz, como lo establece el artículo 299 del Código Civil.

c) -Si es judicial la solicitarán: Cualquier persona interesada en el menor o incapaz, como también podrá hacerlo el Ministerio Público, éste último en cuanto a poner la denuncia, para que se le nombre tutor y esto lo señala el artículo 300 del Código Civil.

### 3.3. Trámite Judicial:

Los Tribunales de Familia están instituidos para conocer de todos los asuntos y controversias relativos a la familia y cualquiera que sea la cuantía. Artículo 1 y 2 de la Ley de Tribunales de Familia.

En atención a las anteriores normas legales y considerando que la tutela es un asunto relativo a la familia deber ser conocida por los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa sobre esta materia, sin perjuicio de tomar en consideración lo relativo a que la jurisdicción es única según el artículo 58 de la Ley del Organismo Judicial.

Habiendo explicado quienes pueden solicitar la constitución de la tutela, diremos que estas diligencias deben ejercitarse en la jurisdicción voluntaria de acuerdo al artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece que : "La jurisdicción