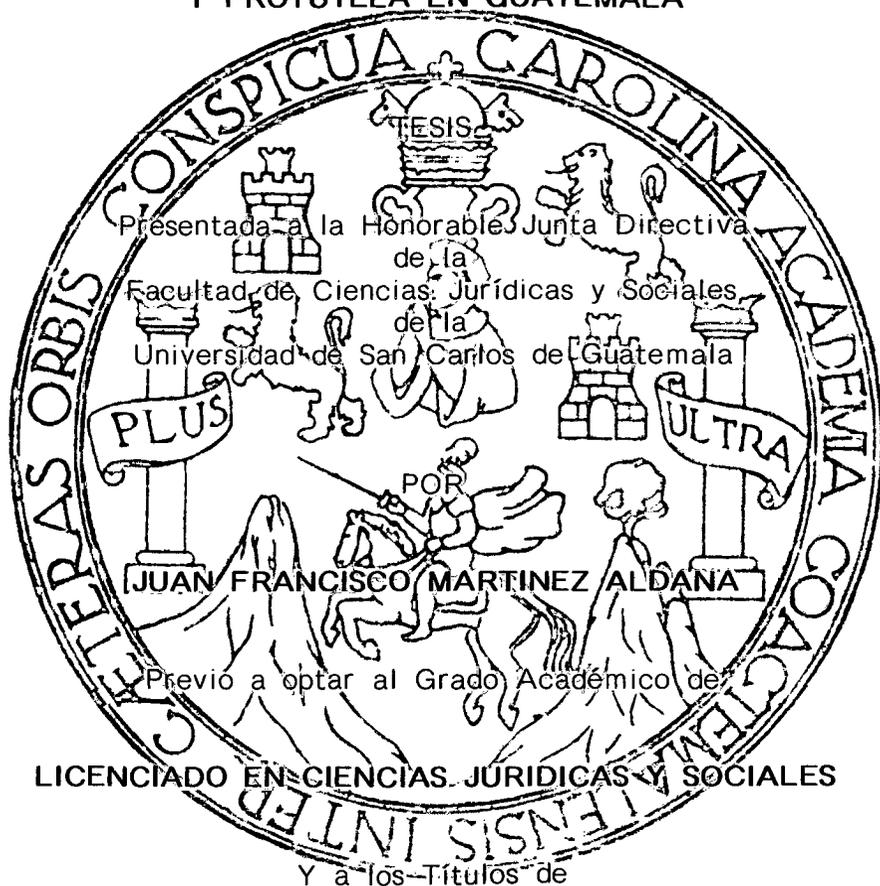


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

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
JPR

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...

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 Organo 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 9ª 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.

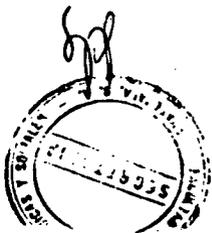
Atentamente pade al licenciado ROLANDO SEGURA GRAJEDA, para que proceda a revoan el trabajo de teaa del Bachiller JUAN FRANCISCO MARTINEZ ALDANA y en su oportunidad emita el dicta

 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
R

295-93

Guatemala, 20 de enero de 1993

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

26 ENE 1993

RECIBIDO

Horas 14 minutos 10
OFICIAL

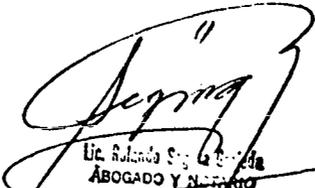
Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Ciudad Universitaria, Guatemala.-

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 Organo - 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.-

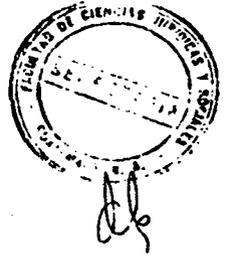
Sin otro particular me suscribo del señor Decano, como su atento y deferente servidor.-


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

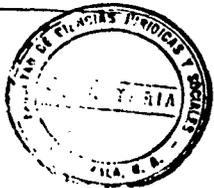


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, enero veintiseis, de mil novecientos noventa-
tres. -----

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

Handwritten signature



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."¹

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."²

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.¹

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." ¹ 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".² 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."¹

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."²

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."³

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."¹, 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."¹ 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.¹ 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."¹ 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."¹

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.¹

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.²

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.¹

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 Cabanellas¹ 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."¹

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 Guasp¹ 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

voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes determinadas. Por otra parte, también dispone el artículo 403 del cuerpo legal referido, que: "Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de Primera Instancia."

4. Instituciones Con Programas de Ayuda:

Creo que antes de conocer del tema es conveniente que se defina el término Institución el cual lo define el tratadista Cabanellas¹ como : "Establecimiento, fundación, creación, erección. Lo fundado o establecido. Cada una de las organizaciones principales del Estado. Cada una de las materias principales del Derecho, o de algunas de sus ramas como la familia."

4.1. Niños Huérfanos:

Uno de los preceptos fundamentales de la constitución y por el cual el Estado debe velar, es la protección integral de la infancia, su aseguramiento y bienestar en todos aspectos. Y si hacemos una pequeña reseña histórica y nos remontamos a la

1. Cabanellas, Guillermo. Obra Citada, página 400.

Constitución de la República de Guatemala de 1965 en su artículo 85 expresa que, "El Estado velará por la salud física, mental y moral de los menores de edad, dictará las leyes y creará las instituciones necesarias para su protección y educación. Se declarará de utilidad pública y gozará del apoyo, los centros de asistencia social establecidos y costeados por entidades particulares. Las leyes de protección de los menores de edad son de orden público.

Lo anterior, se encontraba también plasmado en el decreto 23-82 Estatuto Fundamental de Gobierno, así: El artículo 30 en su parte conducente establecía que : "La ...Niñez...será objeto de especial protección", a su vez el artículo 33 del mismo cuerpo legal contenía "El Estado protegerá especialmente los centros de asistencia social, sean privados o particulares a los declarados de utilidad pública".

La actual Constitución Política de la República de Guatemala, en el Capítulo II, Derechos Sociales, en su artículo 51 en su parte conducente establece que: "El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad...les garantizará su derecho de alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social". Y el artículo 54 del mismo cuerpo legal señala que:"...Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos."

De estos preceptos constitucionales podemos observar que el Estado en forma progresiva ha legislado, habiendo tomado

conciencia de la necesidad que existe de proteger jurídicamente a la infancia guatemalteca y en forma especial a los que carecen de sus padres naturales, en virtud de las necesidades que les imponen sus limitaciones físicas y mentales; tal preocupación tiene como propósito estimular su desarrollo físico y espiritual.

Del análisis de tales preceptos constitucionales considero que este deber del Estado puede resumirse en tres aspectos fundamentales:

- 1) Velar por la salud física, mental y moral de los menores de edad.
- 2) Creación de leyes de orden público de protección de la infancia.
- 3) Creación de instituciones de asistencia social y de protección a la niñez.

El ministerio encargado de llevar un control sobre estas instituciones es el de Gobernación, y a las cuales se les ha denominado ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES ONG's, y registradas hasta la fecha hay aproximadamente tres mil y algunas más funcionan sin su personalidad jurídica ya que en el Ministerio no se encuentran registradas; en base a esto hemos tratado de tomar a las instituciones más antiguas y que gozan de cierta credibilidad.

Estas Instituciones públicas y privadas que toman relevancia en este sentido y que han iniciado actividades para estudiar este problema emergente de la infancia huérfana de Guatemala, son las siguientes:

DIRECCION DE BIENESTAR INFANTIL Y FAMILIAR:

Es una entidad estatal, y la cual es una dependencia de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República. Su finalidad es propugnar el bienestar del niño y de la familia, a través de centros que prestan protección tutelar en forma temporal o permanente a menores de 0 a 18 años por las causas de orfandad, abandono o por encontrarse en riesgo moral o material, hospitalización o prisión de los padres, mientras permanezca esta situación.

Organización:

Cuenta con varias clases de hogares:

1. El Hogar Rafael Ayau que atiende a niños de 7 a 18 años.
2. Hogar temporal "Elisa Martinez", atiende niños de 0 a 7 años.
3. Hogar de tránsito, en San Pedro Sacatepéquez, de 0 a 12 años.
4. Hogar temporal de Quezaltenango, de 4 a 14 años.
5. Hogar temporal y convalecientes de Zacapa, de 4 a 14 años.

Los Programas que desarrollan son los siguientes:

A. Hogar Permanente: Atiende a niños huérfanos, abandonados o que se encuentren en riesgo moral o material, y que permanecen en el centro hasta el cumplimiento de la mayoría de edad o que sean adoptados o valerse por si mismos.

B. Hogar Temporal y de Convalecientes: En el cual los menores ingresan temporalmente, atendiendo a circunstancias especiales de su familia natural.

C. Hogar de Tránsito: Atiende a menores no transgresores entre las edades de 9 a 12 años en forma temporal, mientras se investiga su situación socio-familiar.

D. Hogar Subsustituto: Constituido por familias de la comunidad, seleccionada por el servicio social de la institución que recibe a menores carentes de padres y que tienen una situación social definida, en forma temporal, con una subvención o sin ella, con el objeto de proporcionarles una vida familiar que les permita satisfacer sus necesidades físicas y emocionales.

E. Programas de Adopciones: Es un programa creado por la Dirección de Bienestar Infantil y Familiar, con el propósito de poder brindar a un niño carente de hogar natural como sustituto un hogar adoptivo que favorezca a su desarrollo integral dentro de las más óptimas condiciones.

Las actividades que desarrolla éste programa se resúmen en las siguientes:

1. Efectuar estudios socio-económicos de los padres candidatos.
2. Estudios del menor mediante evaluación.
3. Entrevista con los padres candidatos para efectuar la evaluación.

4. Realizar el trámite de adopción, ya sea en la vía notarial o judicial.

Un elevado porcentaje de adopciones se dan a nivel internacional en menores de edad comprendidas de 0 a 7 años y para estos casos se cuenta con la colaboración del Servicio Social Internacional en todo el mundo.

INSTITUTO MATER ORPHANORUM:

1. Inicio de Actividades:

Fue creado en el año 1964, a petición del Arzobispo de Guatemala con el fin de contar con un internado para niños huérfanos, que realmente brindara un calor de hogar a los menores, encomendándose esta misión a las madres oblatas de Mater Orphanorum.

2. Objetivos:

El Instituto persigue dar asistencia integral a niños huérfanos, como también a aquellos otros niños que tengan problemas familiares. La idea es brindar instrucción personalizada tanto a los internos su desenvolvimiento en el futuro.

3. Programas Desarrollados:

El instituto ha puesto en funcionamiento el "Hogar Internado", donde asisten más de 150 niños de 3 a 12 años de edad, también funciona la "Escuela Primaria y Básica", donde asisten 270 niños y aproximadamente 680 externos, el "Noviciado", donde se preparan a las madres que prestan sus servicios tanto en Guatemala como en otras regiones del mundo.

4. Estado Actual de la Institución: La institución está llevando a cabo todos los programas planteados en concordancia con los objetivos propuestos.

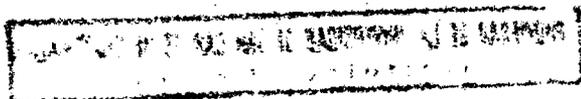
5. Financiamiento: Sus actividades son financiadas, a través de donativos de particulares y de la casa matriz, que es la que colabora en mayor medida. Además realiza rifas así como un bazar y varias actividades para recaudar fondos; otro financiamiento es el de la escuela ya que se sostiene por las cuotas establecidas y por las actividades que realizan los niños huérfanos internos.

6. Cobertura: El plan piloto solo se desarrolla en la ciudad capital.

ALDEAS INFANTILES S.O.S.

1. Fecha de Inicio de la Institución:

Su fundador es Herman Gneiner, austriaco fueron iniciadas



inmediatamente después del terremoto en el mes de febrero de 1976 en las ciudades de Quezaltenango y San Juan Sacatepéquez.

2. Objetivos que Persigue:

Acoger a niños que perdieron sus padres y quedaron al desamparo.

3. Programas Desarrollados:

Son centros educativos en los cuales estos niños, en pequeños grupos de carácter familiar, encuentran un hogar permanente. En cada familia de aldeas SOS viven hasta nueve niños de ambos sexos y diferentes edades que crecen juntos como hermanos, así como que cada familia tiene su propia casa, la cual es encabezada por la madre de la Aldea Infantil la cual está compuesta de alrededor de 15 a 20 casas de familia y está dirigida por el Director de la Aldea quién a su vez es el consejero.

4. Recursos:

es financiado a través de donativos por distintas entidades privadas que contribuyen en forma voluntaria y que prefieren estar en el anonimato.

5. Ambito Territorial:

Esta entidad presta sus servicios en varios departamentos siendo éstos Chiquimula, Jocotán, Quezaltenango, Retalhuleu y San Juan Sacatepéquez.

CAPITULO III

1. Resultados de la Investigación de Campo:

1.1. Registro Civil de la Capital

Antes de entrar al análisis de la creación del órgano supervisor es importante tomar en cuenta los datos estadísticos proporcionados por el Departamento de Estadística del Organismo Judicial y el Instituto Nacional de Estadística, en cuanto a las tasas de niños huérfanos a nivel departamental y los cuales deben ser cuantificados siendo los siguientes:

TASAS DEPARTAMENTALES DE NIÑOS HUÉRFANOS

No. de Orden	Departamento	1. total de Niños de 0 a 14 años	2. Niños Huérfa- nos	% de Orfandad
1	ALTA VERAPAZ	151,265	1,193	0.79
2	BAJA VERAPAZ	54,148	1,924	3.55
3	CHIMALTENANGO	105,565	4,855	4.60
4	CHIQUMULA	74,894	2,117	2.83
5	EL PETEN	65,328	1,474	2.26
6	EL QUICHE	157,736	6,331	4.01
7	EL PROGRESO	37,695	1,172	3.11
8	ESCUINTLA	150,130	2,032	1.35
9	GUATEMALA	505,249	3,307	0.65
10	HUEHUETENANGO	206,377	6,486	3.14
11	IZABAL	68,144	776	1.14
12	JALAPA	65,050	1,556	2.39
13	JUTIAPA	120,099	5,238	4.36
14	QUETZALTENANGO	166,256	3,449	2.07
15	RETAHULEU	69,817	1,170	1.68
16	SAN MARCOS	225,652	5,892	2.61
17	SANTA ROSA	90,339	1,773	1.96
18	SACATEPEQUEZ	51,709	493	0.95
19	SOLOLA	72,187	2,705	3.75
20	SUCHITEPEQUEZ	107,734	563	0.52
21	TOTONICAPAN	94,335	654	0.69
22	ZACAPA	51,592	1,572	3.05
TOTAL		2,691,300	156,732	5.82

1 Información recolectada por el Organismo Judicial 1,984.

2 Tabulación de Computación IDN, censos 1,981-1,984, CTI 201-201A INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.

NIÑOS HUÉRFANOS EN LA REPUBLICA DE GUATEMALA

El presente cuadro estadístico representa la cantidad de niños huérfanos existente en la República, por aldeas, cabeceras municipales y departamentales, información aportada por los Alcaldes y Jueces de Paz respectivos. (de 0 a 15 años) de 1,981-1,984.

!Codigo !	!Rep.	!No.	!Rep.	!No.	! Reporte !		
!Computa! Departamento	!Cabec.	!de	!Cab.	!de	! de las	!TOTAL	
!rizado !	!Depart.	!Munis	!Munic.	!Aldeas!	Aldeas	!	
1	ALTA VERAPAZ	-	14	6	127	24	1,193
2	BAJA VERAPAZ	1	8	1	108	62	1,924
3	CHIMALTENANGO	1	16	10	98	74	4,855
4	CHIQUIMULA	1	11	5	231	89	2,117
5	EL PETEN	1	12	8	28	11	1,474
6	EL QUICHE	1	19	10	79	33	6,331
7	EL PROGRESO	1	8	4	105	62	1,172
8	ESCUINTLA	1	13	9	41	20	2,032
9	GUATEMALA	-	17	10	147	86	3,307
10	HUEHUETENANGO	-	31	23	314	195	6,486
11	IZABAL	-	5	2	59	13	776
12	JALAPA	-	7	3	122	59	1,556
13	JUTIAPA	1	17	13	235	161	5,238
14	QUETZALTENANGO	1	24	16	91	62	3,449
15	RETAHULEU	-	9	7	28	9	1,170
16	SAN MARCOS	1	29	16	240	114	5,892
17	SANTA ROSA	-	14	9	121	62	1,773
18	SACATEPEQUEZ	-	16	10	23	14	493
19	SOLOLA	-	19	15	38	19	2,705
20	SUCHITEPEQUEZ	-	20	4	21	3	563
21	TOTONICAPAN	1	8	1	64	9	654
22	ZACAPA	-	10	8	153	78	1,572

TOTAL		! 11	! 327	! 190	! 2,473	! 1,259	! 56,732

1.1. Registro Civil :

Definición Legal: Según el artículo 369 Código Civil "Es la institución pública encargada de hacer constar todos los actos concernientes al estado civil de las personas." Asimismo el artículo 430 de la ley citada establece que: "los tutores, protutores y guardadores están obligados a presentar al Registro Civil el documento que acredite su cargo y la certificación del acta en que se les hubiere discernido, para su inscripción."

1.1.1. Tutores y Protutores en Ejercicio de sus Cargos

Estos dos conceptos ya han sido explicados en capítulos anteriores, por lo que transcribimos los datos obtenidos por la investigación realizada en el Registro Civil y el cual refleja los datos siguientes:

AÑO:	TUTORES Y PROTUTORES:
1980	12
1981	6
1982	8
1983	14
1984	17
1985	17
1986	12
1987	28
1988	15
1989	16
1990	14
1991	19
1992	13

TOTAL	191

NOTA:

Se aclara que dentro de ésta cifra estan comprendidas un número de 40 tutelas y protutelas inscritas de personas mayores de edad, y 4 tutores y protutores testamentarios.

COMENTARIO:

Considero conveniente aclarar que de acuerdo a la encuesta realizada en los tribunales de familia del Departamento de Guatemala, aparece que en dichos tribunales conocieron o se tramitaron 297 Tutelas y Protutelas, sin embargo este dato no concuerda con la estadística del Registro Civil de la Ciudad de Guatemala; ya que en el mismo es de 191 Tutelas y Protutelas inscritas, estimando que esto se debe a que las personas que fueron encuestadas dieron un dato posiblemente no exacto.

2. Cuadro Estadístico realizado en los Tribunales de Familia del Departamento de Guatemala.

De acuerdo a la encuesta realizada en los tribunales de Familia del Departamento de Guatemala y cuya muestra fue sobre diecisiete (17) personas, entre las cuales se contó con JUECES, SECRETARIOS, OFICIALES y TRABAJADORAS SOCIALES, se establece lo siguiente:

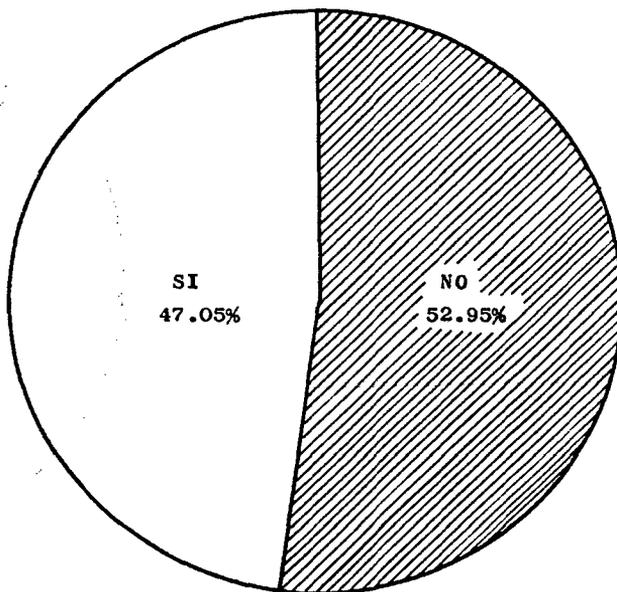
PRIMERA PREGUNTA:

Cuántas Tutelas y Protutelas han pasado por su conocimiento?

-Las personas que contestaron afirmativamente fueron ocho (8) lo cual equivale al 47.05%, haciendo UN TOTAL DE 297.

-Las personas que contestaron negativamente fueron nueve (9) lo cual equivale al 52.95%; dentro de éste porcentaje se incluyeron las personas que se abstuvieron de responder la pregunta.

17=100%



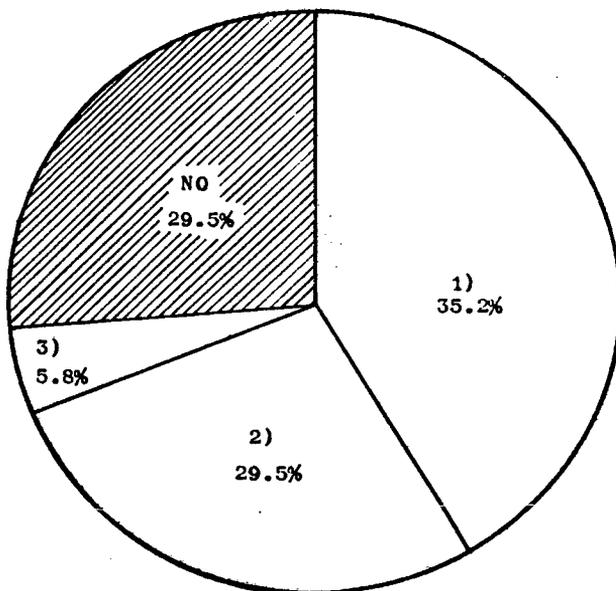
SEGUNDA PREGUNTA:

Cual cree Usted, que es la causa principal de que inicien el trámite de la Tutela?

Y LA MAYORIA DE RESPUESTAS BASICAMENTE SE CIRCUNSCRIBIERON A TRES RAZONES QUE SON LAS SIGUIENTES:

- 1) **ABANDONO O MUERTE DE LOS PADRES:**
Las personas que dieron esta causa fueron seis (6) lo que equivale al 35.2%.
- 2) **FACTORES ECONOMICOS**
Las personas que dijeron que esta era la causa principal fueron cinco (5) lo cual equivale al 29.5%.
- 3) **NO TIENEN QUIEN LOS REPRESENTE**
Las personas que dieron esta causa fue una (1) lo que equivale al 5.8%.

Las personas que contestaron negativamente fueron cinco (5) lo cual equivale al 29.5%; dentro de este porcentaje se incluyeron las personas que se abstuvieron de responder la pregunta.

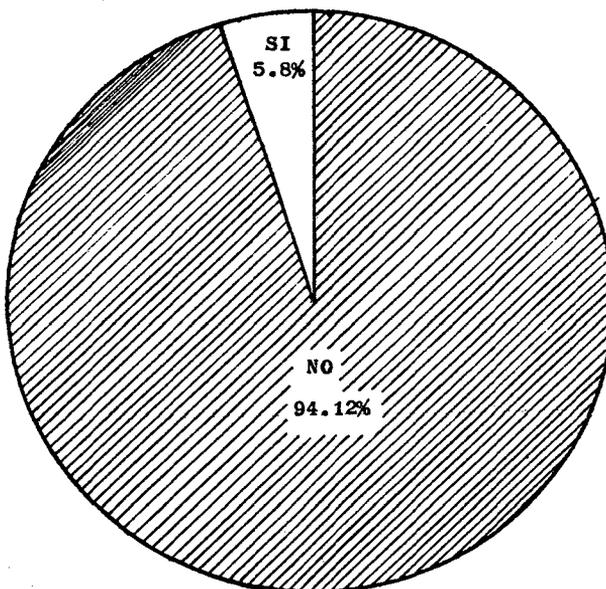


TERCERA PREGUNTA:

Se ha vuelto a reabrir algún expediente de tutela?

-La persona que contestó afirmativamente fué una (1) lo que equivale al 5.8%.

-Las personas que contestaron negativamente fueron dieciseis (16) lo cual equivale al 94.12%; dentro de éste porcentaje se incluyeron las personas que se abstuvieron de responder la pregunta.



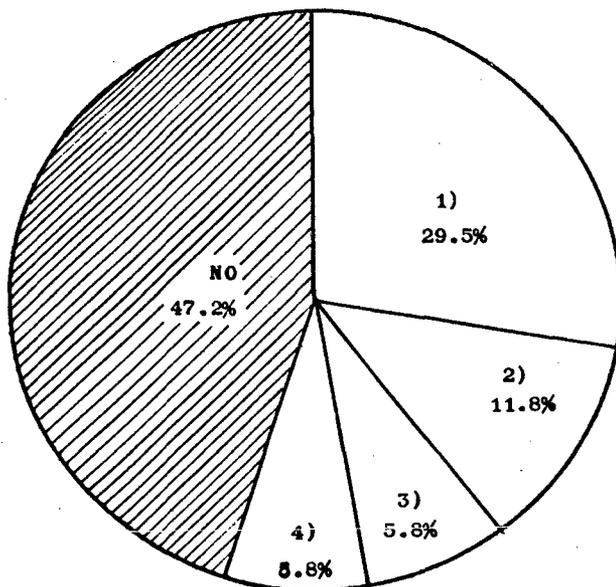
CUARTA PREGUNTA:

Ha tramitado alguna tutela (LEGITIMA, JUDICIAL o TESTAMENTARIA)

-Las personas que contestaron afirmativamente fueron nueve (9) lo cual equivale al 52.95% y se distribuyeron de la siguiente forma:

- | | |
|---|-------|
| 1) TUTELAS JUDICIALES (cinco personas) | 29.5% |
| 2) TUTELAS LEGITIMAS (dos personas) | 11.8% |
| 3) TUTELAS TESTAMENTARIAS (una persona) | 5.8% |
| 4) VARIAS (una persona) | 5.8% |

-Las personas que contestaron negativamente fueron (8) lo cual equivale al 47.5% ; dentro de éste porcentaje se incluyeron las personas que se abstuvieron de responder la pregunta.

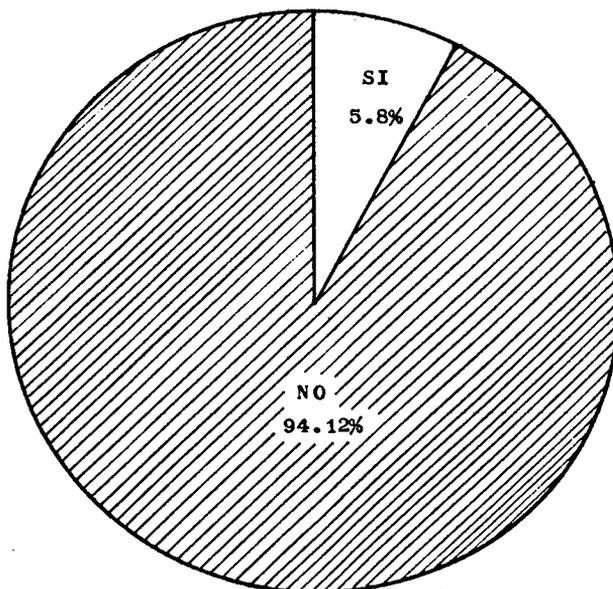


QUINTA PREGUNTA:

Se ha reabierto alguna tutela nuevamente para cancelar la misma, o sea el cargo de Tutor o Protutor por alguna causa?

-La persona que contestó afirmativamente fue una (1) lo que equivale al 5.8%.

-las personas que contestaron negativamente fueron dieciseis (16) lo que equivale al 94.12%; dentro de éste porcentaje se incluyeron las personas que se abstuvieron de responder la pregunta.



SEXIA PREGUNTA:

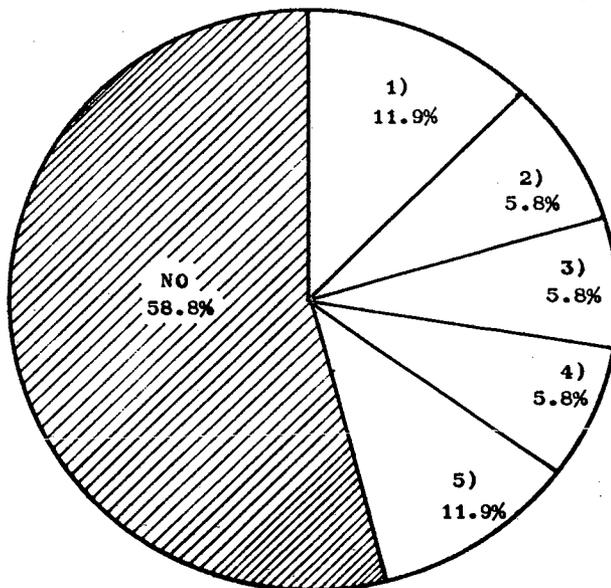
Tiene algún comentario o experiencia sobre la Tutela que le gustaría poner en nuestro conocimiento?

-Las personas que constataron afirmativamente fueron siete (7) lo cual equivale al 41.2%.

los comentarios basicamente se circunscribieron en lo siguiente:

1. QUE NO SE CUMPLE CON LO QUE ESTABLECE LA LEY.(2 personas)11.9%
2. QUE ESTA SE TRAMITA REGULARMENTE PARA COBRAR SEGUROS, MONTEPIOS, ETC.(UNA PERSONA)..... 5.8%
3. QUE EL TUTOR NO ES FISCALIZADO POR EL TRIBUNAL DE FAMILIA..(UNA PERSONA)..... 5.8%
4. NO SE SABE SI REALMENTE EL PROTUTOR CUMPLE CON LA FUNCION PARA QUE FUE PROPUESTO..(UNA PERSONA)..... 5.8%
5. QUE SE PONGA MUCHO ENFASIS EN LA INVESTIGACION SOBRE LA VIDA HONORABLE DEL TUTOR Y PROTUTOR.(2 PERSONAS) 11.9

Las personas que constataron negativamente fueron diez (10) lo cual equivale al 58.8%; dentro de este porcentaje se incluyeron las personas que se abstuvieron de responder la pregunta.

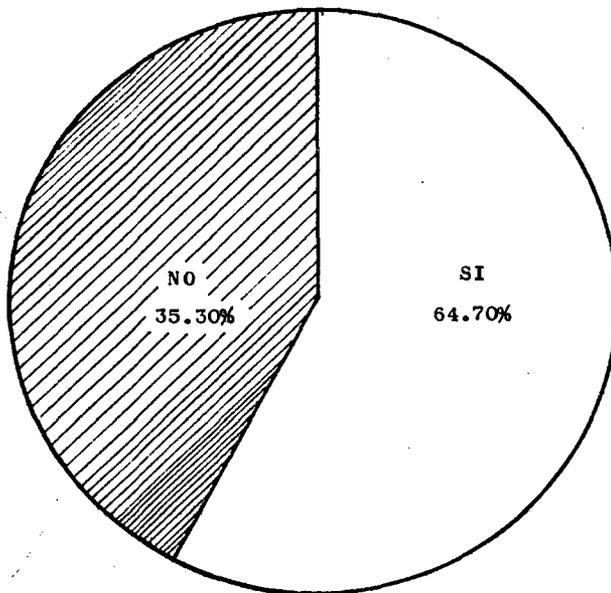


SEPTIMA PREGUNTA:

Cree Usted, conveniente la creación de un ente que supervise la función del Tutor y Protutor?

- Las personas que contestaron afirmativamente fueron once (11) lo cual equivale al 64.70%.

- Las personas que contestaron negativamente negativamente fueron seis (6) lo cual equivale al 35.30%.



COMENTARIO:

DE ACUERDO AL RESULTADO OBTENIDO EN LA ENCUESTA REALIZADA EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA, PUEDE AFIRMARSE QUE SI ES NECESARIO LA CREACION DE UNA ENTIDAD SUPERVISORA DE LAS FUNCIONES A QUE ESTAN OBLIGADOS EL TUTOR Y PROTUTOR CON RESPECTO DE SU PUPILO.

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

He tratado en los capítulos anteriores los aspectos más relevantes de la institución de la tutela y protutela, se ha examinado lo concerniente a los elementos subjetivos, objetivos y formales del vínculo de la misma, concretando con ello un panorama teórico de dicha figura, asimismo hemos presentado una relación estadística del fenómeno de orfandad en nuestro medio.

Pretendo ahora formular un señalamiento que a mi juicio incide en un aspecto fundamental de la vinculación jurídica que he tratado de desarrollar a través del estudio realizado.

Dentro del ciclo vital de la institución multicitada, considero que se pueden evidenciar dos etapas muy bien diferenciadas, y las cuales son:

- a) La fase vinculatoria, referida al génesis de la tutela y protutela su constitución jurídica.
- b) El desarrollo de la relación creada.

Estimo, y ha sido discutido con anterioridad, que los mayores esfuerzos de los tratadistas y legisladores se circunscriben en la primera de la etapa citada, en la que proveen -repito- los procedimientos de constitución y extinción de la tutela y

protutela, pero no se ha sometido a consideración el punto medio entre ambos extremos, o sea el ejercicio verdadero de la institución, careciéndose entonces, de momento, de un mecanismo efectivo o sea fiscalizador o contralor de la eficiencia de la tutela.

Estimo que dicho extremo constituye una verdadera omisión en nuestra legislación y un incumplimiento con los principios constitucionales a que hemos hecho referencia, y la cual claramente establece la obligación del Estado de velar por la niñez desprotegida.

Ciertamente, podría señalarse la existencia de algunas alternativas que podrían permitir la solución de la problemática de los niños en estado de abandono a través de la intervención de los tribunales de menores (Decreto 78-79 del Congreso de la República) y del Ministerio Público, pero también podría señalarse el carácter general de tales alternativas y la necesidad de implementar medidas específicas que más adelante se mencionan para la solución de la problemática surgida durante el ejercicio de la Tutela.

De qué manera, entonces, puede proveerse de esos medios a la Institución de la Tutela y Protutela que a nuestro juicio hace falta?

Abogamos por la creación de un órgano multisectorial supervisor de la relación Tutor-Pupilo-Protutor, para asegurar su finalidad en cuanto a la verdadera razón de ser de la misma; dicho órgano,

a nuestro juicio, tendría que enmarcarse en un programa desarrollado por las instituciones que deban y que tengan interés en el mismo, ocupando un papel muy relevante la Secretaría de Bienestar Social, ya que dentro de sus órganos esta la Dirección de Bienestar Infantil y Familiar, por lo que es la institución idónea para llevar la dirección de esta entidad por la experiencia que tiene en el ramo, ya que de conformidad con el Acuerdo Gubernativo del 31 de Agosto de 1,978 es la encargada de dirigir, coordinar y desarrollar los programas de bienestar social a nivel nacional, y por ser el único órgano coordinador de la labor social estatal y privada.

1. Forma de Creación:

En todo proceso de organización de que se trate, se hace necesario contar con los fundamentos legales, y al no existir los mismos, propongo para dar inicio a la creación de este órgano supervisor, la promulgación de un Acuerdo Gubernativo, a través del cual se establezcan sus facultades, funciones y atribuciones.

2. Organización:

Daremos una breve definición del término y es el siguiente: "Acción y efecto de organizar u organizarse, lo cual conlleva disposición, arreglo, orden." ¹

1. De Pina, Rafael. "DICCIONARIO DE DERECHO". 4ta. Ed., Editorial Porrúa, Mexico 1,975.

JUNTA DIRECTIVA:

Esta será el órgano superior y sobre el cual recaerá el mando de la institución, con lo cual estamos diciendo que es la autoridad suprema de la Institución y en consecuencia, le corresponderá la dirección general de las actividades de esta y la cual estará integrada de la siguiente forma: Un propietario y un suplente nombrados por la Secretaría de Bienestar Social, un propietario y un suplente nombrados por el Procurador General de los Derechos Humanos, un propietario y un suplente nombrados por el Procurador General de la Nación, un propietario y un suplente nombrados por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y un propietario y un suplente nombrados por las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) por términos de un año y los cuales se rotaran dentro de las instituciones de mayor prestigio a nivel nacional, claro esta que deben estar registradas en el Ministerio de Gobernación.

DIRECTOR:

Es el encargado y representante legal de la institución y el cual es nombrado por la junta directiva, y este es el órgano ejecutivo de la institución y a su vez debe tener una especialización en cuanto a trato de menores, con lo que estamos diciendo que debe ser una persona con título de Psicólogo y versada sobre el asunto de personas incapacitadas para el ejercicio de sus derechos civiles.

CONSEJO TECNICO:

Debe estar integrado por un grupo de asesores, de funciones consultivas, quienes bajo su estricta responsabilidad, deben sujetar sus actuaciones y comportamientos en base a normas científicas y modernas que regulen sus respectivas especialidades.

SECRETARIA:

Que será la encargada de darle trámite a todas las cuestiones administrativas en fin, lo que le corresponde a una secretaría, y la cual coordinará cuatro secciones que son la de: Trabajo Social, Asesoría Jurídica, de Evaluación y de Archivo.

Sección de Trabajo Social: Esta será conformada por trabajadores sociales, las cuales verificarán la situación socio-económica tanto del pupilo como del tutor, y cual es su comportamiento social para tener control sobre los mismos.

Sección de Asesoría Jurídica: Esta será la encargada de emitir opiniones y acciones legales en contra de los que transgredan los fines de la institución en cuanto al pupilo, a sus bienes y de reunir las pruebas necesarias para dejar sin efecto el ejercicio del cargo, a su vez la misma estará a cargo de un Abogado quien podrá asistirse del personal necesario para cumplir con su cometido.

Sección de Evaluación: Esta será la encargada de evaluar en forma contable la capacidad económica del tutor en cuanto a las obligaciones contraídas, su comportamiento, así como en cuanto a

la administración de la tutela, y buen manejo de los bienes del pupilo ya sean estos muebles o inmuebles y los técnicos que intervengan con sus informes y que dichos informes deben ser revisados por esta sección para que den el visto bueno.

Sección de Archivo: Esta será la encargada de llevar todos los registros de Tutelas y Protutelas, rendir cuadros estadísticos, llevar controles de todos los solicitantes del trámite de Tutelas y Protutelas.

3. CARACTERISTICAS

- a) - Cubrir un área geográfica a nivel departamental, con crecimiento progresivo según las tasas de orfandad existentes en el país por cada departamento, ya que el crecimiento de el número de niños huérfanos, contando con la colaboración de personal especializado en el trabajo social, tanto en las dependencias estatales como privadas, estableciéndose la obligación de informar anomalías relacionadas con los niños huérfanos.
- b) - Que tenga conexión directa con los tribunales de Menores y el Ministerio Público, para que en caso de que se tenga información que no se cumple con las normas establecidas en la relación de tutela y que se le pueda brindar la protección necesaria en auxilio del menor.

- c) - Que sea eminentemente una Institución con carácter de ser multisectorial haciendo de la misma una entidad mixta, con lo cual se dinamizará sus funciones, las cuales por esta característica la harán funcional.

- d) - Que sea la entidad que preste consultoría y asesoría en cuanto a la legislación que se pretenda implementar en cuanto a personas incapacitadas en el ejercicio de sus derechos civiles, ya que con la experiencia adquirida será de mucho beneficio los conocimientos adquiridos.

4. FACULTADES GENERALES:

- a) - Velar por el completo cumplimiento de los fines de la Institución en cuanto a la persona incapacitada para el ejercicio de sus derechos civiles y a sus bienes con lo cual no puede desampararla y sus bienes sean protegidos.

- b) - Velar por el desarrollo físico, intelectual y cultural del pupilo y que éste se lleve a cabo en un ambiente propicio y favorable a la formación de su personalidad integral, a través de una supervisión y fiscalización periódica.

- c) - Brindar seguridad y protección jurídica al pupilo.

5. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES ESPECIALES:

- a) - Dirigir, coordinar y supervisar el trabajo social de la fiscalización de las tutelas y protutelas.
- b) - Visitar periódicamente los hogares de los tutores para verificar el estado del pupilo y sus bienes.
- c) - Velar por el buen desenvolvimiento de la fiscalización y supervisión de la tutela y la protutela.
- d) - Reportar las anomalías detectadas en los hogares de los tutores en cuanto a los pupilos y solicitar a los tribunales de menores y Ministerio Público la intervención inmediata.
- e) - Controlar los expedientes juntamente con los tribunales de familia y llevar un registro de los solicitantes del trámite de la tutela.

6. Objetivos:

- a) - Que a través de la fiscalización que lleve a cabo la Entidad se supere ampliamente las deficiencias de la Institución de la tutela en cuanto a sus fines.
- b) - Que por cuadros estadísticos que sobre las tasas de orfandad se reporten a la entidad se amplíen las funciones para prestar un mejor servicio.

- c) - Que con base a los resultados obtenidos por la entidad se promueva las reformas en nuestra legislación con el objeto de que la institución de la tutela y protutela cumplan con los fines para que han sido creadas.

7. Financiamiento:

Que con respecto a éste renglón considero que la mejor forma de hacerlo es a través de donativos los cuales deben ser fiscalizados por las propias Entidades Nacionales e Internacionales ya que el personal que integraría la Entidad, deben pertenecer a la misma; evitando así crear más burocracia.

8. Ante Proyecto de Ley:

Ley Orgánica
de la
Entidad Supervisora
del
Vínculo Jurídico-Económico y Social
de la
Tutela y Protutela Para Asegurar sus Fines en Guatemala

CONSIDERANDO:

Que actualmente las instituciones de la familia se hallan en completa decadencia, por razones de diferente índole como lo son el atraso y miseria social tan pronunciadas que hacen urgente la adopción de medidas conducentes a subsanar estas deficiencias en cuanto a estas instituciones, para que sean operativas y funcionales.

CONSIDERANDO:

Que ese mejoramiento se puede obtener en gran parte si se establece una entidad que supervise la Tutela en cuanto a sus fines con respecto de la fiscalización que verdaderamente debe establecerse sobre el menor y sus bienes.

CONSIDERANDO:

Que para llenar idóneamente los fines expresados se debe investir al organismo o entidad que sea creado de un amplio margen de autonomía económica, jurídica y funcional; así como de las facultades y obligaciones necesarias para que sus gestiones no constituyan un hecho aislado dentro del conjunto de la política democrática y progresista que sostiene el estado de Guatemala.

POR TANTO,

DECRETA:

LA SIGUIENTE:

LEY ORGANICA

CAPITULO I:

Creación y Objeto:

Artículo 10.: Se crea una institución autónoma, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio de la orfandad del pueblo de Guatemala, y con fundamento en los artículos 47 y 51 de la Constitución de la República, cuyo fin es el de superar y hacer efectivo el cumplimiento de los fines de la tutela y protutela en Guatemala. El domicilio de las oficinas centrales de la entidad es la ciudad de Guatemala.

CAPITULO II:

Organización:

Artículo 20.: Los órganos superiores de la entidad son:

- A) JUNTA DIRECTIVA
- B) DIRECTOR
- C) CONSEJO TECNICO

Artículo 30.: La Junta Directiva es la autoridad suprema de la entidad y en consecuencia le corresponde la dirección general de las actividades de ésta.

Artículo 40.: La Junta Directiva debe estar integrada por cinco

Artículo 40.: La Junta Directiva debe esta integrada por cinco miembros propietarios y cinco miembros suplentes, en la siguiente forma:

a) Un Propietario y un suplente nombrados por la Secretaría de Bienestar Social.

b) Un Propietario y un suplente nombrados por el Procurador General de los Derechos Humanos.

c) Un Propietario y un suplente nombrados por el Procurador General de la Nación.

d) Un Propietario y un suplente nombrados por el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia.

e) Un Propietario y un suplente nombrados por las Organizaciones no-Gubernamentales encargadas de niños huérfanos y los incapacitados en el ejercicio de sus derechos civiles.

Artículo 50.: Los miembros propietarios a que alude el artículo anterior son, por su orden, el presidente, el primer vicepresidente, el segundo vicepresidente, el secretario, y seis vocales de la Junta Directiva.

Artículo 60.: Los miembros propietarios deben ser sustituidos en su ausencia definitiva, temporal o accidental por sus

respectivos suplentes.

Artículo 7o.: El tiempo que durarán en sus cargos, tanto los miembros propietarios como los suplentes será de un año, y pueden ser reelectos al vencimiento de sus correspondientes periodos.

Artículo 8o.: Los miembros de la Junta Directiva, tanto propietarios como suplentes, deben llenar los siguientes requisitos:

a) Ser guatemalteco , mayores de treinta y cinco años, del estado seglar, y que no haya perdido la ciudadanía guatemalteca.

b) Ser de reputación intachable, poseer honorabilidad e independencia reconocidas,

c) Ser versados en materias sobre niños.

d) Poseer condiciones de capacidad y experiencia profesionales o prácticas ampliamente reconocidas.

Artículo 9o.: La Junta Directiva debe reunirse en sesión ordinaria una vez cada semana y, extraordinariamente, para tratar asuntos urgentes, cada vez que sea convocada por su Director, en tal caso. lo deben hacer por escrito , especificando el día y hora de la sesión.

Seis miembros propietarios de la Junta Directiva , o suplentes en su caso. forman quórum para toda sesión, salvo aquellas

reuniones en que la ley exija que las decisiones se adopten por mayoría representada por doce votos, en cuya circunstancia es necesario que asistan no menos de ocho miembros de la misma.

Los miembros propietarios y los suplentes que sustituyan a un propietario tienen derecho a la dieta por sesión celebrada que determine el presupuesto general de gastos del Instituto, siempre que el número de las reuniones no exceda de dos a la semana. Las sesiones que pasen de esta cantidad no devengarán ninguna dieta.

Los miembros suplentes, cuando no estén sustituyendo a los miembros propietarios, pueden asistir a las sesiones de la Junta directiva, con voz pero sin voto, ni derecho a dieta, salvo, en cuanto a esta última circunstancia, que hayan sido convocados expresamente para la reunión de que se trate.

Artículo 10.: La dirección debe estar integrada por:

- a) Un director, quién es el titular de la misma;
- b) Uno o más subdirectores, quienes deben actuar siempre bajo las órdenes del primero y son los llamados a sustituirlo en ausencia definitiva, temporal o accidental, según el orden que indique el reglamento.

Artículo 11.: El director es el órgano ejecutivo de la entidad y, en consecuencia, tiene a su cargo la administración y gobierno de la misma, de acuerdo con las disposiciones legales, y debe

del Consejo Técnico:

- a) Autorizar, proponer o aconsejar operaciones que impliquen gravamen económico o erogación para la entidad, en que ellos, sus respectivos cónyuges o sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, estén directamente interesados y
- b) Asistir a las sesiones en que se discuten o resuelven asuntos de cualquier clase en que ellos o sus cónyuges o parientes, estén directamente interesados.

Artículo 15: La secretaría estará a cargo de una persona capacitada en el área administrativa, y todo lo concerniente a la buena administración de la entidad, así como será la encargada de darle trámite a toda la correspondencia que sea recibida por ella, además de llevar al día los archivos de la institución, también tendrá bajo su coordinación las secciones de Trabajo Social, Asesoría Jurídica, De Evaluación y de Archivo.

Artículo 16: La sección de trabajo social, será la encargada de establecer la posición social y estatutos económicos tanto del tutor como del protutor, y la cual tendrá trabajadores sociales que rendirán un informe bajo juramento, sobre todos los extremos antes indicados.

Artículo 17: La sección de Asesoría Jurídica será la encargada de todo el aspecto jurídico que tenga relación con la entidad o que le concierna a la misma, y la cual será dirigida por un Abogado y

Notario que podrá nombrar al personal que sean necesarios para el buen funcionamiento de la misma.

Artículo 18: La sección de evaluación tendrá bajo su cargo la supervisión de la capacidad económica del tutor y su comportamiento en cuanto a las finanzas y a la buena administración de los bienes pertenecientes al pupilo ya sean estos muebles o inmuebles.

Artículo 19: La sección de archivo, será la encargada de llevar todos los registros de tutelas, rendir cuadros estadísticos, así como llevar el archivo de documentos importantes y que conciernan a la entidad.

Artículo 20: La entidad deberá coordinar su acción con los organismos públicos y privados que se dediquen al mejoramiento de la institución de la tutela.

CAPITULO III

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Artículo 21: El Presidente de la República, mediante acuerdo emanado por conducto de la Secretaría de Bienestar Social nombrará al director de la entidad, y quien debe ser designado dentro de los quince días siguientes a la vigencia de esta ley.

Artículo 22: El consejo técnico debe quedar constituido dentro de los cien días siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, por lo menos con los asesores que sean necesarios para la iniciación

de las labores de la entidad.

Artículo 23: Desde la fecha en que entre en vigencia la presente ley, quedan derogados las disposiciones legales que se le opongan, en cuanto a sus fines.

Artículo 24: Esta ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial. Dentro de los sesenta días posteriores a su vigencia, el Organismo Ejecutivo debe emitir el reglamento, y otras disposiciones transitorias que demande la mejor organización y funcionamiento de la entidad y que se hayan omitido en este capítulo.

Pase al ejecutivo para su publicación y cumplimiento.

Dado en el Palacio Nacional, En la Ciudad de Guatemala, a los
____ días de _____ de _____

CONCLUSIONES

- 1) La finalidad perseguida por la tutela, es de interés eminentemente social, de asistencia a la niñez desvalida, que se encuentra huérfana o por consiguiente carente de medios económicos para una sobrevivencia digna.
- 2) Para el ejercicio de la tutela legal, el Estado debe preocuparse porque los establecimientos que existan con el fin de atender niños huérfanos, deben obtener su personalidad jurídica así como prestar fianza por las responsabilidades tanto penales como civiles en que incurran.
- 3) Debe reformarse el Código Civil, Decreto Ley 106. en el sentido de crear sanciones de tipo económico para el protutor que incumpla con sus obligaciones bien eliminar esta figura de la tutela por su inoperancia.
- 4) Las adversas condiciones económicas, la ignorancia, el desempleo el alcoholismo y la paternidad irresponsable; son las principales causas en el crecimiento de los niveles estadísticos de niños huérfanos.
- 5) De la información estadística recolectada, se evidencia la urgente necesidad de establecer mecanismos de control y protección a los niños huérfanos en el país.

- 6) El Estado por mandato constitucional, debe velar por la protección de la niñez guatemalteca en sus aspectos fundamentales: La salud física, mental, moral y social, creando tanto leyes como instituciones de asistencia social, protección y fiscalización de las actuaciones encargadas de menores de edad.
- 7) La fiscalización del ejercicio de la tutela y protutela en Guatemala no se encuentra regulada, por lo que se hace necesaria su incorporación al actual Código Civil, Decreto Ley 106.
- 8) Se hace necesario crear un órgano fiscalizador del desarrollo del ejercicio de las funciones del Tutor y Protutor para que la población infantil huérfana y las personas incapacitadas en el ejercicio de sus derechos civiles sean protegidos eficazmente en cuanto a su persona y sus bienes.

BIBLIOGRAFIA:

- Arias, Jose. 'DERECHO DE FAMILIA'. Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, Argentina 1945.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. 'DERECHO DE FAMILIA'. Tomo I 2da. Edición Editorial Zamarrona y Caperon, Chile, 1941.
- Brañas, Alfonso. 'MANUAL DE DERECHO CIVIL'. Parte I y II. Editorial Universitaria; Guatemala, 1985.
- Beltranena Padilla, Maria L. 'LECCIONES DE DERECHO CIVIL'. Editorial Academicas Centroamerica Edita, Guatemala; 1982.
- Brugi, Bagio. 'INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL'. editorial Unión tipografica-Hispanoamerica', Mexico; 1949.
- Cruz, Fernando. 'INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL PATRIO'. Tomo I. Editorial Tipografica el Progreso, Guatemala; 1982.
- Colín Ambrosio y H. Capitant. 'CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL'. 3ra. Edición, Instituto Editorial Reus S.A. Madrid, España 1961.
- Cicu, Antonio. 'EL DERECHO DE FAMILIA'. Editorial Ediar, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1947.

- De Piña, Rafael. 'ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO'. Tomo I, 1ra. Edición, Editorial Porrúa S.A., Mexico; 1956.
- De Rugiero, Roberto. "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL". Tomo II, 4a. Edición, Editorial Instituto editorial Reus, Madrid, España, 1944.
- Espin Canovas, Diego. 'MANUAL DE DERECHO CIVIL'. Tomo IV, 4a. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1972.
- Enneceru Kelpp, Wolf. 'TRATADO DE DERECHO CIVIL'. 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España; 1955.
- Fernandez Clerico, Luis. 'DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA'. Editorial Libreria Bosch, Mexico, 1947.
- Gomez de la Serna, Pedro. 'ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL Y PENAL'. Tomo I, Editorial libreria Sanchez, Madrid, España, 1,877.
- Josserand, Louis. - 'DERECHO CIVIL (la familia.)'. Tomo I, Editorial ediciones Juridicas Europa-America Bosch y Cia. Buenos Aires, Argentina; 1952.
- Leon Mazeud, Henry. 'LECCIONES DE DERECHO CIVIL'. Tomo IV, Editorial Ediciones Jurídicas Europa- America, Buenos Aires, Argentina, 1959.

-Pavón, Cirilo. 'TRATADO DE FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO'. Tomo III, Editorial Ideas Buenos Aires, Argentina, 1946.

-Planiol Marcelo y Ripert Jorge. 'TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES'. Tomo I, Editorial Juan Buxo, Paris, Francia, 1927.

-Puig Peña, Federico. 'TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL'. Tomo III, Nueva Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971.

-Rojina Villegas, Rafael. 'COMPENDIO DE DERECHO CIVIL'. Editorial Librería Robredo, Mexico; 1964.

-Valverde y Valverde, Calixto. 'TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL'. Editorial Talleres Tipograficos Cuesta, Vallalolid, España; 1952.

DICCIONARIOS

-Cabanellas, Guillermo. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Tomo I, Editorial Heliasta, 12a. Edición, Buenos Aires, Argentina 1979.

-Ossorio, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Editorial Eliasta. Volumen I, Argentina, 1974.



LEGISLACION:

- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.
- CODIGO CIVIL DECRETO LEY 106.
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DECRETO LEY 107.
- LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA.
- LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL.

