

Epílogo*

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN

Hay muchos menores que necesitan protección tutelar y la tutela ni siquiera se ha constituido, lo que trae dudas sobre la idoneidad de la institución. También en los casos de las tutelas debidamente constituidas se duda sobre la eficacia de la figura. Sin embargo, no debe pretenderse que la figura tutelar esté ideada exclusivamente para menores con bienes de fortuna, y que de no existir tales será procedente la colocación. Pues la ley le concede preeminencia a la tutela sobre la colocación en forma expresa y así lo ha admitido la jurisprudencia, en atención a que es el régimen más parecido a la patria potestad.

Si bien las formalidades no pueden ser eliminadas en la tutela, en virtud de la naturaleza de la misma y de la desconfianza que ocasiona la inexistencia de los protectores naturales, es necesario pensar en aligerar la institución en beneficio del propio menor. El procedimiento tutelar –sin perder sus formalidades esenciales– ha de ser eficaz y sencillo.

Ciertamente, debe conservarse dentro del procedimiento tutelar la fiscalización y vigilancia del protutor. Nos mostramos en desacuerdo con la existencia del consejo de tutela.

La desconfianza hacia el tutor no puede llevarse siempre al extremo, porque el mismo hecho de que se trate de un tercero, que no es el progenitor

* Estas palabras corresponden a las ideas que como crítica y síntesis a la institución tutelar plasmó la autora en los siguientes trabajos: art. cit. («La tutela ordinaria...»), pp. 273-276; ob. cit. («La tutela del Estado...»), p. 99; ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 262-265; ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), pp. 404 y 405.

del menor, hace que la institución tutelar se le presente como una pesada carga, difícil de llevar. Por ello, la posibilidad de remuneración debe mantenerse como un incentivo a la gestión del tutor, porque su relación de parentesco, por más cercana que sea, no puede asimilarse a la patria potestad en su gratuidad, producto del afecto y el deber innato de la relación paternal.

Podríamos pensar también, si se quiere en un futuro, en la exoneración de la constitución de garantía, en caso de que el tutor sea hermano del menor. En este mismo sentido, los hermanos del menor deberían tener una mayor participación dentro del procedimiento tutelar. Pudiese pensarse, a futuro, en una suerte de delación a favor de estos, en forma equivalente o subsidiaria a los abuelos.

En este sentido, se debe reexaminar el contenido del artículo 360 del Código Civil según el cual «si el tutor no tuviere bienes suficientes, se procederá al nombramiento de otro». Si bien entendemos que la constitución de una garantía se presenta como una forma de protección al menor, se debe analizar el caso concreto, pues puede resultar contrario a los intereses del menor que alguien con una cercana relación afectiva —hermano— no pueda ser tutor por su situación económica. Se debería, en tal caso, sopesar las circunstancias del caso concreto, permitiéndosele al juez cierto margen de discrecionalidad mediante la adopción de las medidas que considere pertinentes, así como ocurre en materia de ausencia.

Vale indicar que el procedimiento tutelar debe adaptarse, en la medida de lo posible, a las disposiciones de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Así, por ejemplo, la participación del menor ha de ser activa y la opinión de este siempre debe ser escuchada, al margen de su edad. Igualmente, el menor podría acudir por sí solo ante el juez, a fin de denunciar cualquier irregularidad en torno a la gestión tutelar. Del mismo modo, se debe ser más exigente con el deber de informar al juez sobre la apertura de la tutela, a fin de que este proceda a la constitución de la misma, porque de ello depende la eficacia de la institución.

Vale indicar que este deber de informar está previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Sin embargo, lamentablemente no apreciamos sanciones para el caso de omitir tal información a la autoridad judicial.

En síntesis, lo ideal sería flexibilizar la institución para que no se revierta en perjuicio de quien pretende proteger; vale, entre otros aspectos indicados *supra*, el sopesar la constitución de garantía en casos excepcionales, eliminar el consejo de tutela, atribuir a los hermanos una posición equivalente a los abuelos, ser más exigente en cuanto al envío de información al juez sobre la apertura de la tutela. El procedimiento tutelar no debe quedar reducido a los casos de menores con bienes de fortuna, pues se trata del régimen que más se asemeja a la patria potestad y por ello tiene preeminencia sobre otros como la colocación. Su tímida incidencia práctica, más que hacer pensar en desestimar la figura, debe incentivar su efectiva aplicación, a fin de hacer más dócil al menor que no cuenta con sus progenitores el tránsito jurídico a un régimen distinto al natural.

Finalmente, reiteramos que, si bien en la sola ley no se encuentran todas las soluciones capaces de resolver la problemática minoril, debemos admitir que una reforma en este sentido puede significar una gran oportunidad para darle al menor de edad el verdadero sitio que reclama su estado. Pero, para esto último, no será suficiente solo una nueva ley, sino la voluntad y el esfuerzo de todos los integrantes de la sociedad venezolana.