

PARTE III

Prospectivas sobre la tutela de menores de edad del siglo XXI*

Sumario: **Introducción 1. Problemática** 1.1. *Formalista* 1.2. *Compleja* 1.3. *Patrimonial* 1.4. *Una figura antigualla* **2. Soluciones** 2.1. *Simplificación de las formalidades* 2.2. *Eliminación de órganos tutelares* 2.3. *Incorporar mayores normas enfocadas al tema personal* 2.4. *Integrar la regulación tutelar en el marco de una figura única y coherente* **3. Prospektivas sobre la tutela de menores de edad. Conclusiones**

INTRODUCCIÓN

La tutela como institución de protección de menores de edad es una de las figuras que se han heredado del Derecho romano y por ello se puede decir que es muy tradicional, a la par de la patria potestad a la cual pretende sustituir a su falta. No obstante, esto no puede conducir al error de pensar que la misma no ha cambiado a lo largo de todos estos siglos de existencia; es más, se puede sostener que, si hoy en día subsiste, es debido a que ha sabido adaptarse, cada cierto tiempo, a la sociedad que aspira a regular.

Este trabajo obedece a que, en ocasiones anteriores, en el marco de la Cátedra Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, se ha discutido sobre la última reforma española en materia de capacidad jurídica de las personas

* Estas líneas corresponden a las ideas que se dieron a conocer ligeramente en la ponencia dictada en el marco de la «Cátedra Dra. María Candelaria Domínguez Guillén», organizado por la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia y Universitas Fundación, 14-08-23, <https://youtube.com/live/GtDoGpo5NZ4>.

con discapacidad¹⁷⁶ y, a través de la misma, se efectuó una adecuación de la tutela para reservarla únicamente para los menores de edad no emancipados y, también, aunque más recientemente, se comentó el Proyecto de Ley de Tutela Civil de 2022, donde se destacaron los aspectos más resaltantes del referido instrumento¹⁷⁷.

En fin, tales actividades han permitido observar un interés en actualizar esta materia y por ello se ha pensado fijar en líneas gruesas cuáles serían las prospectivas en la regulación de la tutela como institución de protección de la infancia.

1. PROBLEMÁTICA

Lo primero que se juzga oportuno subrayar es que en las últimas décadas —que ya casi podría hablarse de siglo— ha existido uniformidad en la doctrina nacional¹⁷⁸ de sostener que la institución tutelar reclama un urgente viraje, pues su regulación actual —que por cierto no es otro que el que se desprende del Código Civil de 1942— no responde a la dinámica de una institución llamada a intervenir de manera ágil y eficiente en la protección de un niño o adolescente que esté desprovisto de sus guardadores naturales.

El legislador, cuando adecuó nuestro Derecho interno a la Convención sobre los Derechos del Niño por medio de la Ley Orgánica para la Protección del

¹⁷⁶ Vid. SPÓSITO CONTRERAS, Emilio: «Reflexiones sobre la reciente reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad en España», Cátedra Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, 12-07-21, <https://youtu.be/yrUE76nc6wM>. Donde se comenta la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹⁷⁷ Vid. intervención del autor en la Cátedra Dra. María Candelaria Domínguez Guillén: «Comentario sobre el proyecto de tutela civil», 08-05-23, <https://youtu.be/grapqGbWZAg>

¹⁷⁸ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 404.

Niño y del Adolescente de 1998, fue claro en destacar que no deseaba trastocar la institución tutelar¹⁷⁹ y por ello mantuvo en su completa integridad el modelo del Código Civil, que, para ser honesto, solo había sido reformado puntualmente en 1982 para equiparar al padre y la madre o al hombre y la mujer en el rol que pudieran desempeñar a través del instituto. Es claro que nuestra tutela está envejecida y que no se ha nutrido de los cambios que en otras latitudes se han vivido.

Producto de dicho escenario se han destacado varios aspectos que resultan problemáticos en la tutela actual, a saber:

1.1. Formalista

La tutela regulada en el Código Civil, siguiendo el modelo decimonónico francés, es altamente ritualista, llena de reglas y condiciones inspiradas en una desconfianza a ultranza del tutor.

Ahora bien, si esos recaudos hubieran en realidad evitado los males que se avizoraban, no se hicieran reparos, pero la verdad es que, aunque se han creado toda una serie de pasos y condiciones para garantizar un tutor ideal y una gestión proba, la exactitud del asunto es que en muchos casos ello no se ha alcanzado y generalmente el pupilo era relegado a una posición decorativa y su patrimonio era apuradamente protegido.

Las principales complicaciones son las siguientes:

i. La delación o forma en que son llamadas las personas a ocupar el cargo de tutor. El Código Civil establece todo un sistema de prelación y formalidades para la designación del tutor. Empero, en esta materia resulta más oportuno siempre pensar en lo que conlleva mayores beneficios al pupilo y no solo se está aludiendo a contar con un tutor que dé muestra de

¹⁷⁹ *Vid.* Exposición de motivo de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998.

experiencia en la administración de un patrimonio, sino en algo mucho más relevante, como es que el pupilo se sienta a gusto en el hogar que le ofrece su protector¹⁸⁰.

ii. Las formalidades previas para entrar al ejercicio efectivo de la tutela. Para que un tutor pueda cumplir con su rol se le exige inventario y caución de su administración, para así recibir el discernimiento, que no es otra cosa que el nombramiento oficial que lo habilita para ser representante del pupilo.

Pero más allá que muchos menores de edad necesitados de tutela no cuentan con un patrimonio que demande tales formalidades, el tema es que el cumplimiento de tales condiciones demandan de tiempo y recursos¹⁸¹, al menos en la forma en que están planteadas en el Código Civil, lo cual conspira en contra de una protección efectiva o de la designación de un tutor adecuado que pueda desempeñar todas las funciones y dar todas las garantías.

¹⁸⁰ No hay que especular mucho sobre la verdad de la anterior afirmación, véase el caso de la tutela de joven Simón BOLÍVAR, que, aunque tenía oficialmente como tutor a un prestigioso patricio, él deseaba estar con su hermana María Antonieta y litigó para tal fin. *Cfr.* CALDERÓN SHRADER, Camilo: «Un niño llamado Simón. La infancia difícil del forjador de la Libertad», <https://www.banrepcultural.org>; RIVERO PÉREZ, Néstor: «A los 11 años Simón Bolívar se fugó del hogar», <https://eldiariovea.home.blog>.

¹⁸¹ Así lo advertía, LA ROCHE, Alberto José: *Derecho Civil I*. 2.^a, s/e. Maracaibo, 1984, p. 154, «¿Qué es lo que sucede en la práctica? En la práctica sucede que, desde el momento cuando se abre la tutela hasta el momento cuando los funcionarios designados reciben el discernimiento, y entren en el ejercicio de sus funciones, pueden transcurrir 2, 3, 4 meses. Hay que hacer inventarios, prestar juramento, notificar a todas esas personas, y eso puede tomar mucho tiempo».

1.2. Compleja

Nuestra tutela, al seguir el modelo de tutela familiar francés¹⁸², instituye varios órganos: tutor, protutor y consejo de tutela. Ello genera que la institución se encuentre atiborrada de personas que deben coordinar sus esfuerzos a un fin común, que es la protección integral del pupilo.

Lo anterior, en el sentido de que debe proveerse de la designación de cada individuo que ocupará determinada responsabilidad, delimitar sus atribuciones, diseñar las formas de resolver los eventuales conflictos, precisar las condiciones y requisitos de compatibilidad y exclusión, entre otros.

Todos los descritos elementos añaden a la regulación de la tutela complicaciones que no se compaginan con los resultados, pues eliminando esa multitud de órganos se obtienen idénticas consecuencias, si se trasladan las atribuciones a otros entes ya dispuestos para desarrollar tales encargos.

1.3. Patrimonial

La tutela está pensada para que atienda tanto el aspecto personal como patrimonial que requiera un niño o adolescentes a los fines de su protección. Empero, las normas actuales que regulan los anteriores asuntos tienden a enfocarse con mayor detalle en el tema del patrimonio, sobreentendiendo el aspecto personal, a saber: responsabilidad de crianza, disfrute de los derechos del pupilo, intervención activa en la gestión tutelar. Igualmente, la tutela se hace prácticamente ineludible cuando el pupilo posee

¹⁸² En realidad, AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 161, alude a que nuestro modelo es mixto, «Nuestro legislador, como ya hemos visto, optó por un sistema de tutela ordinaria que tiene elementos de los dos sistemas en pugna». OCHOA GÓMEZ: ob. cit. (*Derecho Civil...*), p. 594, «Los regímenes eclécticos, mixtos o intermedios se caracterizan porque la tutela, no obstante ser familiar, se ejerce bajo la inspección y vigilancia de una autoridad pública *ad hoc*, con facultades similares, en materia de familia, al Ministerio Público. El juez debe, en todo caso, discernir el cargo de tutor, aun cuando sea nombrado por los padres».

patrimonio, pues cuando carece del mismo existe otra opción, como lo sería la colocación familiar.

La falta de simetría entre lo personal –que siempre deberá privilegiarse– y lo patrimonial, resulta, por lo menos, odioso y demandaría mayores esfuerzos a los fines de fijar un equilibrio entre los diversos atributos que se deben ejecutar en beneficio del pupilo.

1.4. Una figura antigualla

La tutela regulada bajo el modelo del Código Civil de 1942 ha quedado como una antigualla, es decir, como una institución anticuada, pero que además parece carecer de valor.

El problema surge de que a través de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998, no se tocó la «tutela ordinaria» de menores de edad, pero sí se adecuó la patria potestad y la conocida «tutela del Estado»¹⁸³ que pasó a formar una «nueva» figura con un rol distinto, denominada «colocación familiar»¹⁸⁴.

¹⁸³ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La tutela del Estado...»), p. 77, «El Código Civil de 1942 consagró la tutela del Estado en el artículo 318, al señalar que “El Estado asumirá de hecho la tutela de los menores abandonados y la ejercerá en la forma en que determinen las leyes especiales”. Dicho Código contenía disposiciones transitorias en este sentido, en sus artículos 319 al 322. En 1949 se promulgó el Estatuto de Menores, el cual consagraba la tutela del Estado permanente y la interina. Posteriormente, en 1980, la Ley Tutelar de Menores, modificó y desarrolló la normativa de la tutela del Estado. La reforma del Código Civil en 1982 no afectó la institución de la tutela del Estado».

¹⁸⁴ Se subraya «nueva» en razón a que la colocación familiar recibió un renovado enfoque, pues, ciertamente, ya se encontraba regulada tanto en la derogada Ley Tutelar de Menores de 1980 (artículos 107.3 y 111-117) como en el derogado Estatuto de Menores de 1950 (artículos 77-88). En el Código Civil de 1922 se regulaba la denominada «tutela oficiosa» (artículo 340), que se acercaba bastante a la colocación familiar en el sentido de que era una tutela de hecho que se asumía espontáneamente y posteriormente era ratificada por el tribunal; en el Código de Menores de 1939,

Ahora bien, la forma en que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula la colocación familiar, manteniendo la tutela al mismo tiempo y recayendo sobre idénticos supuestos de procedencias, hace que exista un solapamiento que no resulta prudente, pues, salvo que los padres hayan dado tutor a sus hijos o estos últimos tenga un patrimonio atractivo que requiera administración, se podrá recurrir a cualquiera de las dos figuras.

El inconveniente no está en que el juez, a la hora de decidir cuál institución activar, escoja entre una y otra, sino en que no hay uniformidad de criterios, ni de soluciones, ante idénticos supuestos. *Exempli gratia*, en el caso de la colocación familiar se puede escoger entre cualquier persona idónea para ocupar el cargo de responsable de la responsabilidad de crianza; en la tutela existen reglas estrictas de prelación o el responsable de la colocación familiar debe estar inscrito en un programa para recibir asesoría sobre el rol a desempeñar, en cambio, el tutor no recibe ningún apoyo formalmente y a la fecha no se conoce ningún programa que se dirija a servir de sostén pedagógico en el complicado papel que desempeña el tutor en la vida del pupilo.

El escenario descrito conspira enormemente contra la tutela, la cual es relegada a una posición residual en donde únicamente se recurre cuando se está ante la tutela testamentaria o existe un patrimonio necesitado de administración y ello no ocurre en la mayoría de los supuestos, de allí su escasa incidencia práctica¹⁸⁵.

se reglaba los «tutores de derecho» que correspondía a la que recaía en directores de institutos o casas hogares (artículos 5 y 26), también contemplaba la figura de «nodriza» (artículo 10). *Cfr.* OCHOA GÓMEZ: ob. cit. (*Derecho Civil I...*), pp. 659-661.

¹⁸⁵ *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La tutela ordinaria...»), pp. 273-276 –también en: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 265-267–, donde en los cinco años antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ocurrida en el 2000, se promedió en el Área Metropolitana de Caracas un total de 25 tutelas anuales.

2. SOLUCIONES

El panorama bosquejado, aunque desolador, no puede llevarnos a decisiones radicales, como lo sería el suprimir el instituto. Se es de la opinión que pueden aplicarse ciertos recaudos y reformas que actualizarían la tutela adecuándola a los nuevos tiempos y a sus exigencias. Veamos:

2.1. Simplificación de las formalidades

Lo primero a corregir sería el suprimir ciertos formalismos que no se adecuan a los tiempos modernos, en los cuales existen mejores vías de comunicación y diversos medios para mantenerse enterado en tiempo real sobre cómo se desenvuelve la tutela.

Empecemos con la forma en que se designa al tutor. Se ha pensado que en este sentido sería conveniente que la delación fuera judicial, pero con especial preferencia en la voluntad que manifiesten los progenitores en ejercicio de la patria de potestad y en los familiares, exigiéndose que el juez, al momento de decidir, pondere principalmente el interés superior del niño, la voluntad de este –si cuenta con las condiciones para ello– y el informe que efectúe el equipo multidisciplinario del tribunal. Con dichos elementos –que además no añaden una carga adicional, porque, en teoría, deben recabarse para decidir sobre la modalidad de familia sustituta–, podrá el juez formarse un juicio razonado e identificar el tutor ideal para el niño o adolescente en cuestión.

La idea que subyace es que el tutor se adecue al máximo a las necesidades afectivas y de crecimiento personal que demanda el pupilo, pues ello facilita que la transición para el menor de edad sea menos traumática. Recuérdese que se ha visto separado de sus progenitores por situaciones graves.

Para facilitar la elección del tutor, de manera tal que el aspecto patrimonial y sus formalidades no excluyan un determinado familiar idóneo,

se considera que se debería incorporar la posibilidad de dividir los atributos de la tutela, así se podría nombrar un tutor que ejerza la responsabilidad de crianza y la representación de dichos elementos y, por otro lado, designar –si el patrimonio lo demanda– un curador con funciones de administración del patrimonio¹⁸⁶.

Con esta reforma se lograría simplificar las exigencias para el tutor que deba cuidar y asistir al niño o adolescente, el cual puede que no posea grandes atributos en lo referente a la gestión de un patrimonio ajeno o carezca de recursos para dar caución para la administración del patrimonio del pupilo.

2.2. *Eliminación de órganos tutelares*

Una de las principales críticas que se efectúa a la tutela heredada de Francia es que reunir a tutor, protutor y consejo de familia, genera enormes complicaciones prácticas. De allí que se postule que se supriman los cargos de protutor y consejo de tutela, para que la misma quede compuesta con el tutor –excepcionalmente un curador administrador– y el juez.

Pero para que ello funcione es indispensable que las actividades que desempeñan los órganos suprimidos sean delegadas a otros entes. Así, donde el consejo de tutela actuaba como órgano de consulta, ahora le corresponderá al juez escuchar al pupilo y asesorarse con su equipo multidisciplinario, y las funciones de veedor en la tutela que desempeña el protutor pasan ahora al Ministerio Público, que cuenta con fiscales en materia de protección de niños y adolescentes, además de ampliar la legitimidad para denunciar irregularidades en el ejercicio de la tutela a los familiares y a cualquiera que tenga un interés legítimo.

¹⁸⁶ Comenta LA ROCHE: ob. cit. (*Derecho Civil I*), p. 151, que en nuestro Derecho actual «No puede designársele a un mismo menor dos tutores diferentes, uno que asuma la representación personal, y otro que asuma la representación patrimonial, tal cosa como se dijo en una oportunidad sí se podía ver, y se vio en muchas oportunidades en el Derecho francés».

2.3. Incorporar mayores normas enfocadas al tema personal

Ya se ha indicado, en la tutela lo más relevante es el desarrollo integral del niño o adolescente y, por tanto, hay que poner énfasis en el aspecto personal, asociado con la responsabilidad de crianza, sin que se descuide lo patrimonial, pero siempre preponderando que el pupilo reciba los cuidados y atenciones que sean necesario para su evolución como sujeto en desarrollo.

Por ello, se privilegia que el tutor sea idóneo en el aspecto personal y, en consecuencia, posea nexos afectivos con el pupilo, comprenda que su rol es lograr que el pupilo adquiera una formación, en valores, formal, desarrolle su cuerpo, mente y personalidad. Que comprenda cuáles son sus derechos y deberes y los ejerza o cumpla satisfactoriamente.

Todo ello está de la mano con su consideración como persona en desarrollo y el reconocimiento de una capacidad evolutiva, es decir, en la medida que la edad, desarrollo, madurez, experiencia, opinión e interés superior lo legitimen, podrá el propio pupilo ejercer directamente sus derechos y participar activamente en la tutela y demás asuntos de su interés.

Respetando tal criterio, el pupilo deja de ser un mero objeto de protección, para ser un órgano de control que puede vigilar directamente que la tutela se desempeñe adecuadamente. Lo cual, en definitiva, lo preparará para cuando le corresponda cuidar de sus propios asuntos al concluir la tutela.

2.4. Integrar la regulación tutelar en el marco de una figura única y coherente

Más complicado es reorganizar la tutela y la colocación familiar para suprimir la diferenciación de criterios entre dos figuras que en síntesis persiguen lo mismo.

Con las propuestas anteriores, pareciera que la colocación familiar pierde sentido, y ciertamente ello puede ser adecuado si se toman todos aquellos elementos positivos de la colocación familiar y se incorpora a la tutela, pasando esta por ser una figura integrada completamente al sistema de protección.

En cuanto a la colocación familiar que se ejecuta en entidades de atención, a la larga debe suprimirse y, en consecuencia, al Estado y a los particulares les corresponderá invertir los actuales recursos en desarrollar verdaderos programas de familia sustituta en la cual se cuente con familias de carne y hueso que estén dispuestas a acoger niños y adolescentes que se encuentren privados de los progenitores, dotándolos indispensablemente de herramientas pedagógicas, asistenciales y terapéuticas para supuestos particulares donde los niños o adolescentes hayan vivido situaciones traumáticas –vivan en la calle, sea drogodependientes, hayan sido explotados sexualmente o cometido algún tipo de delito, etcétera– y así puedan superar tales escenarios y se integren a sus nuevos hogares.

Entonces, la tutela debería integrarse completamente al modelo de protección que se deduce de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y deslastrarse de su regulación decimonónica del Código Civil.

3. PROSPECTIVAS SOBRE LA TUTELA DE MENORES DE EDAD

Ponderando las situaciones conflictivas en la tutela, sus eventuales soluciones y las propuestas que al respecto se han realizado en dicha materia a nivel comparado y, en particular, en el Proyecto de Ley de Tutela Civil de 2022, se pueden identificar las siguientes tendencias:

La tutela de autoridad parece ser la preferencia que se impuso uniformemente, en el sentido de que se suprima el órgano colegiado –consejo de tutela o de familia–.

Simplificar la delación del cargo del tutor y no darle demasiado peso a la delación paterna o testamentaria, sino a que objetivamente la designación recaiga en el mejor representante desde el punto de vista de lo que más le conviene al niño o adolescente en cuestión.

Ampliar cuantitativamente y cualitativamente el nivel de intervención del pupilo en la tutela no solo en lo tocante a la responsabilidad de crianza, sino también en el aspecto patrimonial, ello a los fines de prepararlo para la ciudadanía activa.

Permitir que las funciones del tutor recaiga en pluralidad de sujetos cuando las situaciones particulares del pupilo así lo demande. Ya sea que los tutores sean una pareja que ejerzan la función conjuntamente o que se dividan los atributos según las fortalezas que cada uno posea, designándose un tutor para el aspecto personal y otro para lo patrimonial, cada uno responsable de su respectivo rol.

Debe incorporarse como regla la remuneración de la tutela, a cargo del patrimonio del propio pupilo, si lo hubiere y fuera factible, o como una contingencia de seguridad social por cargas familiares, ello en razón de la enorme carga que implica la tutela y para que la misma sea llevadera y no un obstáculo en situaciones de apretada crisis económica como la que se vive actualmente.

CONCLUSIONES

En la medida que el enigmático legislador rehúye a su función de darnos leyes que se adecuen a los tiempos que aspira regular, se van generando distorsiones en las cuales los instrumentos legales se van quedando atrás y aun con la mejor hermenéutica es difícil resolver esas aporías.

El caso de la tutela es emblemático –por no decir todo nuestro Derecho Civil–, ya que justamente los autores han sido conteste en afirmar que en el Derecho de Familia y Persona –y por extensión el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, de donde surge– por su dinamismo es el más proclive a ser reformado. Empero, nuestra tutela data de 1942 y en todo este tiempo se han efectuado importantes reformas foráneas, sobre las cuales no nos hemos acercado, sino en un plano académico.

De allí que resulte palpable la necesidad de actualizar este instituto para ajustarlo al siglo XXI y a sus nuevas realidades.

Los aspectos conflictivos han sido abordados con propiedad por la doctrina y sus posibles soluciones también; ya indicamos en líneas gruesas cuáles son las tendencias modernas que se extraen de la dinámica que se ha vivido en otras latitudes y que son perfectamente factibles para el Derecho vernáculo al poseer idénticas influencias históricas.

Habrá que esperar si el Parlamento acoge alguna de ellas y nos obsequia una tutela rejuvenecida y adecuada al ingente objetivo que persigue, que no es otro que garantizar el derecho de los niños y adolescentes a ser criados en un ambiente familiar que les asegure su desarrollo integral, el disfrute y ejercicio pleno y efectivo de los derechos, garantías y deberes... Veremos...