

PARTE I  
La tutela de menores de edad\*

SUMARIO: **Introducción** **1. La familia sustituta y la tutela de menores de edad** **2. La tutela de menores de edad** **3. Principios sectoriales de la tutela** **4. Órganos tutelares** *4.1. Tutor* *4.2. Protutor* *4.3. Consejo de tutela* *4.4. Autoridad judicial* *4.5. Causas de inhabilidades, remociones, excusas y renuncia de los cargos tutelares* **5. Apertura y constitución** *5.1. Apertura* *5.2. Designación de los cargos tutelares* *5.3. Cumplimiento de las formalidades previas al ejercicio de la tutela* *5.3.1. Existencia de protutor* *5.3.2. Formación y consignación de inventario* *5.3.3. Constitución de garantía* *5.4. Discernimiento* **6. Cesación** **7. Crítica.** **Conclusiones**

## INTRODUCCIÓN

Corresponde examinar una de las modalidades de familia sustituta, figura que, si bien posee una larga tradición jurídica, hoy en día se encuentra engranada dentro de las instituciones de protección que promueve la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Como se verá, esta institución es una de las más completa por cuanto incluye similares atributos a los que corresponden a los progenitores dentro de la patria potestad. Ciertamente, la tutela pertenece a una modalidad

---

\* Publicado originalmente en: *Lecciones de Derecho Civil I Personas*. Editorial RVLJ. Caracas, 2019, pp. 541-579.

de familia sustituta y por ello tiene como finalidad principal proteger a la persona y a los bienes del niño o adolescente no emancipado que se encuentra desprovisto de sus guardadores naturales.

En la tutela participan diferentes órganos que en conjunto persiguen garantizar los derechos fundamentales y patrimoniales del sujeto protegido. Por tanto, se examinarán los mismos, así como los supuestos de designación, inhabilitación, remoción, excusa y renuncia. Igualmente, se analizarán las normas que regulan la constitución de la tutela y al final se esbozarán unas notas críticas sobre aspectos que se juzgan que deben ser mejorados.

## 1. LA FAMILIA SUSTITUTA Y LA TUTELA DE MENORES DE EDAD

En otras oportunidades, se ha indicado que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes incorporó dentro del sistema de protección los conceptos de «familia de origen» y «familia sustituta», ello con la clara intención de establecer un modelo jerarquizado de protección de los menores de edad no emancipados que, por no tener el libre gobierno de su persona, requieren que sean protegidos y acompañados en su proceso de desarrollo evolutivo.

En dicho modelo de protección es la patria potestad la figura principal y se identifica con el concepto de «familia de origen»<sup>4</sup>, ahora corresponde explorar a una de las instituciones que integran la «familia sustituta», estas últimas siempre son subsidiarias y proceden en casos donde los guardadores naturales –padre o madre– no pueden ejercer o han perdido la titularidad de la autoridad parental.

Componen la familia sustituta, los siguientes institutos: la colocación familiar, la tutela y la adopción. Además, es importante mencionar a la

---

<sup>4</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil I Personas*), pp. 503 y ss.

medida de protección de «abrigo» que, si bien no está dirigida a fungir como una familia sustituta, interactúa en el modelo tuitivo (artículo 127 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)<sup>5</sup>. Las diferencias entre ellas se visualiza en su temporalidad y fundamento.

En cuanto al primer elemento, el referido a la temporalidad, en el caso de la medida de abrigo la misma procede en eventos de emergencia y su finalidad es guarecer a un niño o adolescente de manera provisional cuando se encuentre el mismo sin sus protectores naturales, ello mientras se ubican o se dilucida la razón de su falta. La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes determina que, transcurrido 30 días de dictada la medida de protección de «abrigo» sin que se restablezca la situación que originó la resolución administrativa, se deberá informar al tribunal de protección a los fines que dicte la providencia más adecuada a la situación particular (artículo 127).

Por su parte, la «colocación familiar», que se ejecuta principalmente en «familia» y excepcionalmente en «entidad de atención», es de carácter temporal, en el sentido de que su finalidad es reintegrar al niño o adolescente a su familia de origen (artículo 128), es decir, restablecer los lazos con los progenitores –en la medida de lo posible– para que sean ellos los que continúen con el cuidado y protección del respectivo hijo.

La tutela, por su parte, es igualmente de carácter temporal, en el contexto que la misma puede extinguirse si los padres, o uno de ellos readquiere el ejercicio de la patria potestad, el tutelado es adoptado o se emancipa. La tutela aspira a la protección del niño o adolescente en los diversos aspectos necesarios<sup>6</sup>: tanto personal como patrimonial, y posee una tradición

<sup>5</sup> Sobre las medidas de protección, véase nuestro trabajo: «Introducción al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 4. Caracas, 2014, pp. 155 y ss.

<sup>6</sup> CARBONNIER, Jean: *Ensayos sobre las leyes*. Civitas. Trad. L. Díez-PICAZO. Madrid, 1998, p. 27, «Al afirmar que la tutela es una protección debida al niño (...) más allá de una banalidad etimológica, plantea un principio de interpretación, al separarse

similar a la patria potestad, aunque, al igual que esta última, ha variado sustancialmente su enfoque con relación a sus inicios.

Por último, la adopción representa un procedimiento administrativo y judicial que permite dotar a un niño o adolescente de una familia permanente, para que actúe en las mismas condiciones que la familia de origen, ello cuando se comprueba que los progenitores biológicos no pueden detentar la patria potestad en beneficio del hijo. Así, concluido el procedimiento respectivo, el adoptado queda bajo la patria potestad del adoptante, constituyéndose un vínculo de filiación legal.

Como se observa, la familia sustituta y las figuras que la integran persiguen cumplir con la garantía de que todo niño o adolescente debe ser criado en una familia (artículo 26 de la Ley Orgánica) y así le puedan suministrar «protección, afecto y educación» y es subsidiaria en el sentido que solo proceden a falta de los padres.

## 2. LA TUTELA DE MENORES DE EDAD

Esta institución, surgida en el Derecho romano, está actualmente dirigida a la protección de los niños o adolescentes no emancipados<sup>7</sup> que carezcan de sus guardadores naturales, ya sea que hayan perdido el ejercicio o la titularidad de la patria potestad. Su particularidad se sitúa en que se encuentra dotada de determinados órganos de gestión y consulta que, bajo

---

definitivamente de las ideas antiguas, que, incluso en el siglo xx, no habían dejado de ser inofensivas: que la tutela puede ser un derecho subjetivo adquirido por los tutores; que, en el consejo de familia, cada línea puede tomar a su cuidado los intereses del linaje, etc.».

<sup>7</sup> Vid. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Necesidad, apertura y constitución de la tutela ordinaria de menores en el Derecho venezolano*. UCV. Caracas, 1962, p. 38, «el menor a quien llega a faltar quien ejerza su patria potestad y que puede ser provisto de tutor es solo el menor no emancipado, ya que la ley prevé otro sistema de protección para los menores emancipados».

la intervención del juez y los procedimientos respectivos, garantizan la correcta protección de la persona tutelada, así como de su patrimonio.

La tutela es una figura que surge con la exclusiva intención de proteger al niño o adolescente que se encuentra desvalido por la carencia de sus protectores ordinarios; para tal objetivo, se llama a los familiares –en primer término–, para que auxilien al menor de edad no emancipado en los aspectos tanto personales como patrimoniales, de allí que implique para el tutor los atributos de responsabilidad de crianza, representación y administración de los bienes, los cuales son ejecutados bajo supervisión y vigilancia de los demás órganos tutelares.

Recuerda TORRES-RIVERO: «en la tutela se precisa distinguir dos aspectos: el personal y el patrimonial. El personal prepondera sobre el patrimonial, o lo que es lo mismo, este se subordinara a aquel. Los dos son importantes, pero para regir lo patrimonial ha de suponerse lo personal, ya que la persona del pupilo es el eje de la tutela y su patrimonio es la proyección», en síntesis, «En la tutela lo sustancial es el incapaz, protegido en su persona y, por ende, en su patrimonio»<sup>8</sup>.

Su justificación se ubica igualmente en la minoridad del sujeto que por hallarse en desarrollo de sus capacidades físicas, intelectuales y sociales requiere que en dicho tránsito sea acompañado por individuos que, dotados de determinadas facultades y deberes, lo preparen para la vida adulta, así como representen sus derechos e intereses y administren sanamente su patrimonio. Ciertamente, la tutela viene a subsanar, en determinado sentido, la falta de progenitores que ejerzan la autoridad parental y, por tanto, aspira a desempeñar un rol similar al de los padres, aunque sin obviar las claras diferencias que separan a ambos institutos desde el punto de vista afectivo y práctico.

---

<sup>8</sup> TORRES-RIVERO, Arturo Luis: «Venta por el tutor después de muerto el pupilo». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 76. UCV. Caracas, 1990, p. 114.

Por otra parte, los intereses en juego comprometen al Estado, la sociedad, la familia y al propio protegido, a abonar cada uno desde su ámbito de actuación, para que todo sujeto que se halle en una circunstancia de indefensión por razón de su semicapacidad –producto de la inexperiencia y desarrollo evolutivo– sea dotado de un ente protector, entre los cuales descuella la tutela para menores de edad<sup>9</sup>.

Comenta LETE DEL RÍO, «La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, creada por la ley, para la representación, protección, defensa y asistencia de los que son capaces de gobernarse por sí mismos» y siguiendo el criterio del Tribunal Superior español –sent. de 16 de octubre de 1908– indica que «tiene por finalidad la protección e interés de los sujetos a ella y, por consiguiente, todo lo que a la misma haga referencia debe interpretarse con base en el principio de protección e interés»<sup>10</sup>.

Para AGUILAR GORRONDONA, «es el régimen de protección aplicable a los menores que no se encuentran bajo patria potestad, pero cuya protección requiere su representación legal y comprende, por lo menos, algún interés no patrimonial»<sup>11</sup>.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN la define como «el régimen de protección de los menores no emancipados en que el cuidado de este está encomendado a un tercero distinto a sus progenitores. Se trata de una institución supletoria o subsidiaria de la patria potestad, por lo que supone que el niño o adolescente no esté sometido a esta, así como tampoco a alguna de las

---

<sup>9</sup> Expresamente lo señala la Exposición de motivo de la Ley Orgánica de 1998, «Para hacer efectivos los derechos que la Convención consagra es necesaria la plena participación y control de las personas, de las familias, de las sociedades organizadas y del propio niño y adolescente».

<sup>10</sup> LETE DEL RÍO, José Manuel: «Tutela provisional». En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 20, N.º 1. BOE. Madrid, 1967, pp. 153 y 161.

<sup>11</sup> AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil Personas*. 8.ª, UCAB. Caracas, 1985, p. 263.

medidas de protección de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes»<sup>12</sup>.

Una de las notas que distinguen a esta figura de otra similar, como la colocación familiar, es que en la tutela interactúan diferentes órganos con deberes y responsabilidades definidas en el Código Civil, aunque el rol principal recae en el tutor, quien detenta la responsabilidad de crianza, representación y administración de los bienes, pero siempre bajo la vigilancia del protutor, del consejo de tutela y del tribunal de protección.

Si se quisiera señalar las notas básicas que distinguen a la tutela de la colocación familiar, se diría que la primera surge cuando se ha extinguido la patria potestad o el ejercicio absoluto de los atributos para los progenitores, tal elemento es un presupuesto inexorable de procedencia. En cambio, para la colocación familiar no se demanda que esté comprobado indubitablemente los escenarios indicados, sino simplemente que exista un niño o adolescente sin sus guardadores naturales, aunque se desconozcan los motivos, *verbi gratia*: con el vencimiento de la medida de abrigo podría proceder el tribunal de protección a dictar una medida de colocación familiar, también procedería cuando se prive al progenitor únicamente del atributo de la responsabilidad de crianza subsistiendo las obligaciones para los progenitores sobre los demás atributos de la patria potestad<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I (personas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 387. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La tutela ordinaria de menores». En: *Revista de Derecho*. N.º 2. TSJ. Caracas, 2000, p. 250. PORTALIS, Jean Etienne Marie: *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Civitas. Madrid, 1997, p. 85, señalaba: «La tutela es, en el gobierno doméstico, una especie de magistratura subsidiaria».

<sup>13</sup> Esto último, ocurriría si se prueba –en el respectivo procedimiento judicial– un supuesto que justifique dicha medida, pero que no sea tan grave que origine la privación de la patria potestad. *Vid.* Exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998. A ello se refiere el artículo 394 de la Ley Orgánica cuando indica que la familia sustituta procede cuando los padres no se encuentren «en el ejercicio de la responsabilidad de crianza».

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en su artículo 397-B destaca como supuesto de procedencia de la tutela los casos donde se ha extinguido la patria potestad por fallecimiento de los progenitores (artículo 356.c) o se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad, debido a que se «desconozca su paradero» como ocurre desde la presunción de ausencia (artículos 262 y 420 del Código Civil) y los progenitores en ejercicio hubieran designado un tutor para el menor de edad en caso de su falta. Pues bien, aquí parece que con justo motivo lo que pretende el legislador es respetar la última voluntad conocida o las previsiones que los padres efectuaron, para dichas circunstancias, en ejercicio legítimo de la patria potestad.

Se pudiera concluir que ambas proceden como respuesta ante un menor de edad no emancipado que ha perdido la protección de sus guardadores innatos por carecer estos del ejercicio o titularidad de la patria potestad, aunque, como se indicó, la colocación familiar, incluso se extendería a otros supuestos donde dicha pérdida no coste palpablemente.

Por otra parte, la doctrina ha ponderado que, debido a las formalidades y el número de sujetos que participan en la tutela, ella en la práctica se ve reducida, en la mayoría de los casos, a los niños o adolescentes que, además de la protección de su persona, requieren guarecer su patrimonio a través de una sana administración de sus bienes<sup>14</sup>. En ese sentido, se

---

<sup>14</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: art. cit. («La tutela ordinaria...»), p. 277; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La tutela del Estado y la reforma a la Ley Tutelar de Menores». En: *De los menores a los niños una larga trayectoria*. UCV. Caracas, 1999, p. 78. Véase el artículo 322 del Código Civil de donde se deduce la idea de la tutela como mecanismo necesario para cuando el menor tiene determinado acervo patrimonial. Lo cual es ratificado por la «Exposición de motivos» de 1998, al afirmar: «Cuando un niño o adolescente pierde a sus padres, pero dispone de recursos económicos, la institución de representación que surge es la tutela ordinaria de menores, la cual permite colocar la persona del niño o del adolescente y sus bienes, bajo el cuidado y protección de un tutor, un protutor, un suplente de protutor y un consejo de tutela» y añade «la tutela ordinaria de menores resulta difícil de lograr



aprecia que la tutela establece mayores garantías en dicho aspecto y otorga expresamente la facultad de administración al tutor, no así la colocación familiar, que hace énfasis en la responsabilidad de crianza y secundariamente en la representación, mas no se extiende a la administración de los bienes del protegido (artículos 396 y 398 de la Ley Orgánica)<sup>15</sup>.

Así las cosas, fuera del tema de que se requiera forzosamente proteger además de la persona los bienes del menor de edad, el juez se encuentra en plena libertad de ponderar cuál es la medida que de manera más efectiva se adecua a las circunstancias del caso para resguardar al niño o adolescente.

### 3. PRINCIPIOS SECTORIALES DE LA TUTELA

La doctrina, al examinar esta institución, ha subrayado la necesidad de ponderar dos principios sectoriales que persiguen facilitar la exégesis de las normas del Código Civil; ellos son el de «analogía» y el de «diferenciación»<sup>16</sup>. Los mismos surgen de contrastar la tutela con la patria potestad<sup>17</sup>. Los referidos principios postulan criterios interpretativos partiendo de las premisas de que, en aquellos supuestos donde la tutela tiene

---

para quienes carecen de recursos económicos» siendo la alternativa propuesta por el legislador de 1998 la colocación familiar.

<sup>15</sup> En este punto, la Exposición de motivos de 1998, efectúa importantes reseñas como las siguientes: «En cuanto al concepto y contenido de la guarda que constituye el objeto fundamental de la colocación familiar o en entidad de atención, los mismos son similares a los de la guarda, considerada como parte de la patria potestad. En cuanto a la representación, esta puede ser otorgada para todos los actos que conciernan al niño o adolescente, o solo para ciertos actos».

<sup>16</sup> Vid. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Teoría general de la tutela de menores en el Derecho venezolano*. UCV. Caracas, 1957, pp. 29 y ss.

<sup>17</sup> Comenta RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *La tutela*. Bosch. Barcelona, 1954, p. 21, que «las instituciones que vienen al derecho con los mismos fines de protección y asistencia, tratando de suplir el vacío que dejan las familiares, se llaman “cuasi-familiares”, derivándose de un principio fundamental semejante al de la patria potestad».

un fundamento similar a la patria potestad, debe establecer una solución equivalente; por el contrario, en los asuntos en que concurre una marcada divergencia entre ambas figuras, por su propia naturaleza, es necesario establecer con el mismo tenor respuestas disímiles<sup>18</sup>.

Hoy en día, podría discutirse con seriedad la validez de la anterior doctrina, ello si se reconoce que la protección de los menores de edad, epicentro de los regímenes de representación, no se limitan a la patria potestad y a la tutela, sino que las opciones se han ampliado al incorporarse otra figura, como la colocación familiar.

Por otra parte, se puede sistematizar de la legislación vigente preceptos cardinales que sirven claramente de andamiaje para la construcción y reinterpretación de la tutela<sup>19</sup>, aunque su caparazón representado por el Código Civil sea de vieja data. Así pues, es cristalino como agua de manantial que en la tutela deben primar los principios sectoriales de equivalencia familiar, subsidiaridad y reintegración a una familia permanente.

i. Principio de equivalencia familiar: alude a la necesidad de que los órganos tutelares y, en especial, el tutor, desarrollen las condiciones óptimas para que el niño o adolescente se críe en un ambiente familiar, con especial énfasis en lo afectivo. Lo anterior, *verbi gratia*, será clave en temas vinculados con la designación o remoción de los cargos en la tutela. Concordancia de lo indicado es que el legislador promociona, a los efectos del ejercicio de los cargos tutelares, que los mismos sean cubiertos en principio por los integrantes de la familia del niño o adolescente, atendiendo

---

<sup>18</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil* i...), p. 391, indica que «su semejanza intrínseca con la patria potestad en cuanto a ser un régimen de protección que reclama las mismas necesidades para el menor y su diferencia formal con esta última por no estar encomendada a los progenitores, lo que se traduce en mayores formalidades derivadas de la desconfianza».

<sup>19</sup> Vale destacar el recordatorio que efectúa RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 22, según el cual los juristas «han propugnado en todos los tiempos una renovación de la institución tutelar».

al orden de proximidad en el parentesco (artículo 395.b de la Ley Orgánica), ello obedece a la presunción que dichos lazos cercanos son depositarios de sentimientos de afecto que serían tendientes a garantizar el «espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas» (artículo 75 de la Constitución)<sup>20</sup>.

ii. Principio de la subsidiaridad: corresponde a la imperiosa necesidad de que la tutela proceda únicamente cuando sea imposible de derecho o de hecho el ejercicio de la patria potestad por los guardadores naturales. Ciertamente, la procedencia de la tutela solamente se justifica cuando los hechos han demostrado de manera palpable que los progenitores no pueden desempeñar el rol al cual son llamados por la naturaleza. De allí que cuando los escenarios que ponen en juicio el desempeño de la autoridad de los progenitores no son en sustancia tan graves que originen una «privación» de la patria potestad y la eventual apertura de la tutela, puede preferirse una «privación» de la responsabilidad de crianza y en tal caso proteger al niño o adolescente a través de una colocación familiar. Permitiendo con tal actuación que los progenitores continúen en el ejercicio de la representación y administración de los bienes, fomentando la superación de las circunstancias fácticas que originaron la limitación y aspirando a una posible reincorporación de la responsabilidad sobre la persona del hijo.

iii. Principio de la reintegración a una familia permanente: involucra la idea de que la tutela no debe estancarse como una figura que únicamente finaliza cuando el protegido alcanza el propio gobierno de su persona, es función tutelar el incentivar la vuelta del niño o adolescente a la patria

---

<sup>20</sup> AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 158 y 169, «lo lógico es que se procure darles como protectores legales, las personas que, si bien de ordinario no tendrán por dichos menores el afecto que suelen tener los padres por los hijos, les tengan al menos un afecto especial, como suelen ser los abuelos, hermanos, tíos, parientes, relacionados y amigos de la familia de los respectivos padres», y añade: «El afecto de los parientes es el natural sucedáneo del afecto paterno y materno, de tal manera que dicho afecto, aún debilitado, siempre que no esté sustancialmente resquebrajado, constituye una poderosa garantía de protección para el pupilo».

potestad, ya sea en cabeza de los progenitores, si es viable tal escenario, o la adopción, si es igualmente asequible según las circunstancias de hecho, así como promover el desarrollo y fortalecimiento de los vínculos afectivos con la demás parentela, ya sea a través de regímenes de convivencia familiar<sup>21</sup> u otra forma de participación doméstica.

#### 4. ÓRGANOS TUTELARES

Como ya se ha dicho, es natural que los niños y adolescentes, mientras no se encuentren emancipados, permanezcan junto a sus progenitores, tal situación es consustancial al nexo que surge entre padre e hijo. No obstante, cuando los menores de edad se ven privado de la protección que los ascendientes directos están obligados a dispensarles, la necesidad obliga a proveerles de unos patrocinadores «sustitutos», que, en el caso de la tutela, corresponden a determinados órganos que se han dispuesto por el legislador bajo las premisas que posean funciones regladas y similares a aquellas que les corresponderían a los padres y que las mismas se ejecuten bajo la vigilancia y control de órganos de contrapeso.

Con lo descrito se quiere significar que la ley persigue crear una institución que a través de la interacción de diversas personas investidas de determinadas cualidades o *status* puedan desempeñar un rol de protección análogo al de los padres y, por otra parte, se desea subrayar que los entes que interactúan no son del todo arbitrarios, sino que poseen controles y límites que garantizan que los sujetos que detentan estas facultades no abusen de ellas y se mantengan siempre bajo el enfoque de la salvaguarda a los derechos e intereses del niño o adolescente. En palabras más autorizadas:

El organismo tutelar se basa en la idea de que los poderes no deben atribuirse a una sola persona, y de que tampoco deben atribuirse a uno solo

---

<sup>21</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2012, pp. 245 y ss.

todas las responsabilidades que en ocasiones son bastante graves; aquellos y estas deben distribuirse en los distintos órganos, cada uno de los cuales ejerce una función distinta<sup>22</sup>.

Así las cosas, los órganos tutelares ordinarios son: el tutor, el protutor, el consejo de tutela y el juez de protección<sup>23</sup>. Además, participan de forma accidental el tutor interino, el protutor suplente y el consejo auxiliar de tutela.

Igualmente, de la normativa que regula esta materia se pueden deducir determinadas premisas generales aplicables a estos órganos tutelares, a saber:

- i. Los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, para el supuesto de que ellos falten, pueden designar a las personas que ocuparán los cargos de tutor, protutor, suplente de protutor y miembros del consejo de tutela.
- ii. Se debe privilegiar que los cargos tutelares sean desempeñados por familiares y entre los que concurren con el parentesco más cercano y, entre estos, los que posean mayores vínculos afectivos con el menor de edad (artículos 309, 314 y 325 del Código Civil, en conexión con el artículo 395.b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).
- iii. La tutela es un cargo obligatorio donde únicamente procede su excusa por motivos justificados (artículo 304 del Código Civil).
- iv. El desempeño de los cargos tutelares es gratuito, salvo que excepcionalmente por la carga que implica la administración del patrimonio y por

---

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 178.

<sup>23</sup> Recuerda DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 392, que «Los órganos tutelares son personas que participan en la función o gestión tutelar. Se trata de un oficio que se ejerce en exclusivo interés del menor». Para AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 265, «los cargos tutelares son oficios obligatorios, personales e indisponibles».

motivos de justicia se requiera una compensación; o en razón de que los progenitores fijen una retribución (artículos 331 y 375 del Código Civil)<sup>24</sup>.

v. Los cargos tutelares son permanente, en el sentido de que una vez constituidos se mantienen hasta el momento en que cese la tutela.

#### 4.1. *El tutor*

El tutor es el órgano ejecutivo de la tutela y sobre él descansa el atributo de la responsabilidad de crianza; tal rol es desempeñado bajo el foco de asegurar el bienestar del menor de edad, en todos los ámbitos, ya sean: espiritual, material y social, lo que implica garantizar su subsistencia, seguridad y educación, así como dispensarle un ambiente agradable para su formación integral<sup>25</sup>. Igualmente, le corresponde la representación legal de todos los asuntos donde tenga interés el pupilo, además le concierne la administración de los bienes que integran el patrimonio del protegido, en especial, la ejecución de los actos de simple administración y los de disposición, estos últimos bajo autorización especial del tribunal de protección con opinión del consejo de tutela, salvo que corresponda dicha representación o administración a otros sujetos o al propio menor de edad (artículo 348 del Código Civil).

##### 4.1.1. Atributos

El desarrollo de la protección personal del menor de edad sometido a tutela debe desenvolverse dentro de un escenario armónico donde reine

---

<sup>24</sup> Cfr. DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*. T. I. Editorial REA. Caracas, 1962, pp. 401 y 404, la tutela «es un cargo obligatorio, salvo los casos legales de excusa» y «por naturaleza gratuito».

<sup>25</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ afirma que las funciones tutelares corresponde a «una función tuitiva y protectora, se da en interés no del que la ejerce sino del sometido a ella, siendo su contenido un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esta función», citado en VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *La reforma de la tutela*. Constitución y Leyes. Madrid, 1985, p. 37, añadiendo este último: «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial».

el respeto recíproco entre el tutor y el pupilo, de allí que el legislador disponga expresamente el deber de obediencia del menor (artículo 349 del Código Civil, ratificado por el artículo 93.d de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Igualmente, el tutor debe respectiva consideración al pupilo, en atención a los pilares en que descansan las instituciones familiares donde descuellan: la igualdad, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión y respeto recíproco entre los integrantes de las relaciones familiares (artículo 75 de la Constitución). Por esto último, el tutor tiene vedado el uso de cualquier método de castigo cruel o vejatorio a la dignidad humana y deberá emplear prácticas no violentas en la corrección de la conducta del protegido (artículo 32-A de la Ley Orgánica, en conexión con el artículo 350 del Código Civil)<sup>26</sup>.

En lo que se refiere a la responsabilidad de crianza, el legislador expresamente establece la posibilidad para el juez, en aquellos casos donde el cargo de tutor no lo desempeñe el abuelo, de fijar «el lugar en que deba ser criado este y la educación que deba dársele» previa consulta al consejo de tutela y al niño o adolescente (artículo 348 del Código Civil, en concordancia con el artículo 80 de la Ley Orgánica). Si bien el artículo se restringe en su texto a determinados supuestos, de los principios tutelares se desprende nítidamente que el tutor tiene libertad de determinar estos aspectos siempre ponderando el interés del pupilo y en tanto el tribunal no se pronuncie expresamente al respecto. Igualmente, puede el pupilo solicitar al tribunal, en todos los casos, incluyendo cuando el tutor sea su abuelo, que se manifieste sobre la adecuación de la escogencia sobre habitación o educación, si considera con razón que la decisión del tutor le es perjudicial<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 34, «El principio que en lo sucesivo debería ponerse de manifiesto es que el capital más precioso del niño es su integridad física, cuya conservación incumbe al derecho de tutelas tanto o más que la conservación del patrimonio».

<sup>27</sup> La participación del pupilo en la gestión de la tutela es capital, por cuanto, como afirma RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), pp. 49 y 116, el pupilo «es un miembro más del organismo, con facultades restringidas a su estado mental,

En relación con el debate del lugar donde debe ser «criado» el pupilo, es decir, el hogar o sitio de residencia, es obligatorio ponderar que el mismo sea acorde con los principios que demandan el derecho a ser criado en un ambiente familiar, tal y como lo reclama el artículo 26 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no pudiendo, en consecuencia, fijarse la habitación en un espacio que no se corresponda con un ambiente afectivo y de hospitalidad, propio de las estructuras familiares.

Por lo anterior, no debe permitirse el internamiento en centro de educación o cuidados, salvo que se demuestre que el mismo es beneficioso y necesario para el niño o adolescente y siempre bajo la autorización del juez<sup>28</sup>. Así también, el tipo de educación debe relacionarse con las aptitudes del pupilo, poniendo énfasis en sus aspiraciones laborales o profesionales.

---

pero coadyuvando también en la medida de sus fuerzas al buen gobierno de su persona y bienes, pues ello es una exigencia del bien común», añadiendo: «no se puede considerar al menor como extraño a las funciones del organismo tutelar; esto es, ver en él a un simple sujeto pasivo que permanece totalmente ajeno a la marcha de los asuntos de la tutela en que se encuentra enmarcado, sino que, por el contrario, el menor por exigencias de una realidad social y por efusión de un determinado estado de hecho, participa en las funciones del organismo tutelar del cual él es un miembro activo más, y, por lo tanto, le corresponde una asignación de funciones que cumplir dentro de la misma». Ejemplo de lo anterior, se visualiza en el Código Civil para el Distrito Federal de México, donde según destaca JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco: «La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal». En: *Revista de Derecho Privado*. N.º 12 (nueva serie). UNAM. México D. F., 2005, p. 8, el adolescente de 16 años de edad puede elegir su tutor legítimo y designar al dativo, así como «será consultado para los actos importantes de la administración de sus bienes» (artículos 484, 496 y 537).

<sup>28</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: «Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales». En: *Derechos del niño. Textos básicos*. UNICEF Venezuela. Caracas, 1996, p. 34, recuerda que, según las Reglas de Ryad: «11.b. Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad, administrativa u otra autoridad pública», por tanto, debe estar a la salvaguarda del artículo 44 de la Constitución.



En cuanto a los gastos para la manutención del pupilo, ellos deben proveerse en principio de los bienes del menor de edad y, en su defecto, procederán de los obligados subsidiariamente (artículo 368 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)<sup>29</sup>. En el primer caso, después de efectuado el inventario que determina la situación patrimonial del menor de edad, el juez «fijará el máximo de gasto que deba hacer el tutor», oyendo al consejo de tutela y ponderando las rentas líquidas. Excepcionalmente, cuando el consejo de tutela lo considere equitativo y el tribunal igualmente justificado, podrá acordarse que la manutención se compense con los frutos que genera el patrimonio del menor de edad (artículo 362 del Código Civil). Si bien el cargo de tutor es gratuito, se permite que el juez fije una retribución por la gestión si el patrimonio del pupilo lo permite, cantidad que no puede exceder del 15 % de la renta líquida de los bienes del pupilo (artículo 375 del Código Civil)<sup>30</sup>. Por otra parte, como consecuencia de la responsabilidad de crianza que detenta el tutor, surge para el mismo, responsabilidad civil por los hechos ilícitos que cometa el pupilo (artículo 1190 del Código).

En lo referido a la representación y administración –atributos distintos, pero que generalmente se complementan–, reciben un tratamiento muy

---

<sup>29</sup> Comenta VENTOSO ESCRIBANO: ob. cit. (*La reforma de la tutela*), p. 88, «No obstante esta obligación, ello no significa que deba prestarse en primer lugar a costa del patrimonio del tutor, pues puede ocurrir que el propio tutelado tenga bienes, en cuyo caso los procurará de los recursos del mismo, y tampoco puede descartarse la posibilidad de ayudas oficiales a través de las cuales pueda proveerse de alimentos al tutelado y ello porque el Código no obliga, como en patria potestad, alimentar a aquel sino a “procurarle alimentos”; incluso podría ocurrir que el tutor reclamará alimentos al pariente obligado a prestarlo». En el Derecho nacional podría pensarse en la pensión de sobreviviente que pueda corresponderle al hijo por fallecimiento del progenitor o en la pensión de orfandad de la que habla el artículo 86 de la Constitución.

<sup>30</sup> Vale recordar que según el Código Civil la referida remuneración se pierde totalmente si el tutor ha contraído matrimonio con el pupilo antes de la aprobación definitiva de las cuentas (artículo 131.2, en conexión con el artículo 58).

similar a lo que opera para los padres en el ejercicio de la patria potestad<sup>31</sup>. Lo descrito, en razón de que dichos deberes implican conductas objetivas donde es más fácil discernir su adecuación a los intereses del pupilo. Así pues, en principio, el tutor posee la representación y administración de los bienes del protegido, salvo que se encuentre excluida una porción de los derechos, ya sea en razón de que la representación o administración le pertenezca al propio menor de edad o debido a que recaiga en otros sujetos.

Para el desarrollo de la actividad, el legislador establece ciertas limitantes. Así, para ejercer acciones judiciales, salvo las urgentes, posesorias o relativas al cobro de frutos o rentas, se requiere que extrajudicialmente se escuche la opinión del protutor (artículo 364 del Código Civil), también deberá notificarlo cuando reciba cantidades de dinero que se le adeuden al pupilo (artículo 363). Cuando el patrimonio del pupilo lo integren títulos, bonos, rentas o acciones al portador, deberá procederse, con intervención del protutor, a su conversión en títulos nominales a favor del menor de edad (artículo 366 del Código Civil, véase el artículo 297 del Código de Comercio). Únicamente podrá aceptar válidamente herencia bajo beneficio de inventario, no podrá repudiar legados, salvo que estén sujetos a cargas o condiciones (artículos 367 y 998 del Código Civil). También deberá «dar inmediatamente colocación a los fondos disponibles del menor» de edad, es decir, depositarlos en cuenta de ahorro u otro instrumento financiero que permita asegurarlos y generar el fruto civil (artículo 368)<sup>32</sup>. Los «establecimientos de comercio, industria o cría

---

<sup>31</sup> Destaca DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 448, «Los atributos de la tutela son semejantes a los de la patria potestad, que está llamada a suplir. Las facultades del tutor (...) referentes a la administración de los bienes son idénticas».

<sup>32</sup> En esta hipótesis, y ponderando la actual inflación nacional, lo recomendable sería constituir cuentas o fideicomisos en divisas y así proteger los montos por medio de mecanismos de actualización monetaria. CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 25, el «predominio notable de la inflación galopante o larvada, han puesto en evidencia que la conservación del patrimonio en forma natural conduce frecuentemente a no conservar su valor». Que diría el maestro francés si observara la reciente realidad en la cual los huérfanos —así como los trabajadores y pensionados,

serán enajenados o liquidados» con autorización judicial, salvo que el consejo de tutela recomiende su continuación y el tribunal lo apruebe (artículo 369)<sup>33</sup>.

Por lo demás, el Código Civil establece, enunciativamente<sup>34</sup>, algunos actos que se consideran de disposición y que, por tanto, requieren de autorización judicial:

... tomar dinero a préstamo en ningún caso ni darlo sin garantía; dar prendas o hipotecas; enajenar ni gravar los bienes inmuebles o muebles, cualquiera que sea su valor; ceder o traspasar créditos o documentos de créditos; adquirir bienes inmuebles o muebles, excepto para los objetos necesarios a la economía doméstica o a la administración del patrimonio; dar ni tomar en arrendamiento bienes raíces por tiempo determinado; obligarse a hacer ni a pagar mejoras; repudiar herencias; aceptar donaciones o legados sujetos a gravámenes o condiciones; someter a árbitros los pleitos ni transigirlos; convenir en las demandas ni desistir de ellas; ni llevar a cabo particiones (artículo 365).

---

todos verdaderos débiles jurídicos— fueron vilmente despojados de sus ahorros depositados estáticamente en entidades bancarias, como efecto de una «política» devaluadora atroz, con complicidad por la inacción de los jueces que debían resguardar tales recursos, verdadera expoliación sin responsables.

<sup>33</sup> Afirma AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 313, «que el deber de enajenar o liquidar establecimiento de que se trata, no se extiende a los establecimientos que sean propiedad de una sociedad de la cual forme parte el pupilo. Tales establecimientos pueden continuar sus negocios mientras subsista la sociedad». Por lo anterior, DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 477, explica que en relación con las sociedades mercantiles, debe distinguirse del caso donde el pupilo es «dueño único» del establecimiento comercial, de cuando es «socio y figura como condueño», «pues el objeto del Código de Comercio es impedir que por la superveniencia de personas incapaces en los negocios de una compañía, padezcan los demás socios», véase los artículos 13, 350.6 y 352 del Código de Comercio.

<sup>34</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Algunos problemas de interpretación en materia de tutela». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, 1998, p. 270, «El legislador simplemente (...) realizó una enumeración enunciativa de los actos de disposición».

En todos los supuestos donde se evidencie necesidad o utilidad para el pupilo y se requiera autorización judicial, el juez deberá sustanciar el trámite –pudiendo requerir ampliaciones, estado de cuentas o inventarios de los bienes–, y remitirlo al consejo de tutela a los fines de que emita su dictamen. Tanto la opinión del consejo como la autorización en sí deberán especificar los puntos o estipulaciones del contrato o acto objeto de aprobación, y si la misma se refiere a la venta de inmuebles deberá determinar si esta se efectuará en subasta pública o a través de negociaciones privadas (artículos 371 al 374 del Código Civil).

Por otra parte, el tutor se encuentra excluido de la representación o administración de aquellos bienes del pupilo donde «el que instituye heredero, legatario o hace donación» fija curador especial para la administración de los bienes objeto de esa transmisión (artículo 311 del Código Civil). También se excluyen los asuntos donde exista oposición de intereses entre el tutor y el pupilo o entre varios pupilos que tengan un mismo tutor (artículo 310). Y en general todos aquellos contenidos donde el pupilo tiene capacidad para representarse o administrarlos<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Según indica la jurisprudencia: «Estos curadores especiales no son más que sustitutos accidentales del tutor en el ejercicio de alguna de sus funciones, y, por tanto, deben estar sometidos para el cumplimiento de las mismas o iguales formalidades que el tutor», lo que implica que aquellos asuntos que excedan la simple administración requerirán autorización del tribunal, precedente citado en LAZO, Oscar: *Código Civil de la República de Venezuela*. 5.<sup>a</sup>, Imprenta Universitaria. Caracas, 1973, p. 306. Otra sentencia indica: «el curador especial del menor goza de facultades legales para realizar, en relación con la masa de bienes encomendada a su administración, todos los actos jurídicos de simple gestión o de disposición, incluso la representación judicial del menor que fuere necesaria para el cabal cumplimiento de la misión que, con el respaldo de la ley, le encomendó el instituyente», en caso de actos de disposición cumpliendo con el requisito de autorización, extracto tomado de CALVO BACA, Emilio: *Código Civil venezolano (comentado y concordado)*. Editorial Libra. Caracas, 1984, p. 179. *Vid.* artículo 143 del Código de Procedimiento Civil.

Una obligación principal que surge de la gestión de los bienes del pupilo es la de presentar informe anual sobre el estado de la administración ante el tribunal, el cual deberá ser examinado por el consejo de tutela, este último podrá devolverlo sin observaciones para ser archivado en el expediente o con reparos que serán comunicados al protutor para que promueva lo conducente según sus facultades (artículo 377 del Código Civil).

En síntesis, la actividad del tutor siempre debe estar enfocada en salvaguardar los intereses del pupilo, de allí que las limitaciones antes comentadas pretenden restringir la libertad de acción y evitar que la actuación del tutor derive en arbitrariedad o abusos. Como señala RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE:

... teniendo en cuenta que los lazos que unen al tutelante con el tutelado son siempre más débiles de los que vinculan al padre con el hijo, por no existir el afecto y cariño que se presupone entre estos, es menester rodear la relación de los primeros de toda clase de garantías, limitando para este fin los poderes del tutor en lo que concierne a la disposición de los bienes del pupilo<sup>36</sup>.

#### 4.1.2. Delación

Ahora bien, en cuanto a la delación<sup>37</sup> o designación del cargo de tutor, la doctrina ha efectuado una clasificación según el origen del llamamiento, así se habla de paterna –también testamentaria–, legítima y dativa, las cuales corresponderían a la voluntad de los progenitores en ejercicio de la patria potestad, a lo determinado por la ley o, en su defecto, a lo acordado por el juez, respectivamente<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 43.

<sup>37</sup> Indica DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 397, que la delación «Es la forma de precisar o determinar los titulares de los cargos tutelares»; véase también de la autora: «La delación en los regímenes de incapaces». En: *Studia iuris civilis. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, pp. 177-199.

<sup>38</sup> Cfr. BELLO, Andrés: *Código Civil de la República de Chile*. T. I. Ministerio de Educación. Caracas, 1954, p. 260.

Así pues, en atención a lo señalado como principio en esta materia, los progenitores que detentan el ejercicio de la patria potestad pueden efectuar la delación para el cargo de tutor, designación que se considera con carácter preferente (artículo 305 del Código Civil). En este caso, lo que tiene en mente el legislador es que, en aquellos supuestos donde el progenitor haya previsto su falta no culpable en la continuidad de la patria potestad –muerte, interdicción<sup>39</sup> o ausencia– y designe al órgano tutelar sustituto, tal decisión se supone fundada igualmente en el afecto natural que impregna la relación paterno-filial y, por ello, se presume que el sujeto investido con tal responsabilidad es el más idóneo para desempeñar dicho rol<sup>40</sup>.

A los fines de formalizar dicho nombramiento se exige que se efectúe por medio de documento público o a través de un instrumento, como el testamento<sup>41</sup>; la designación puede implicar un tutor para todos los hijos, para un grupo de estos o tutores para distintos hijos (artículo 307 del Código Civil). En todo caso, el juez deberá ponderar, a los efectos de la designación de tutor para los que no lo tengan por esta vía, que la elección recaiga sobre el mismo tutor a los efectos de no separar al grupo de hermanos (principio

---

<sup>39</sup> Téngase en cuenta que, en atención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su artículo 12, ya no debería limitarse la capacidad de ejercicio por el hecho de que se posea una discapacidad, siendo que lo que debería ocurrir es que se ofrezcan medidas de apoyos con las debidas salvaguardias que respeten la voluntad, deseos y preferencias, siendo que solo excepcionalmente se establecen medidas de carácter representativas; por lo dicho, la interdicción como figura de tutela de personas con discapacidad mental o intelectual va en plena retirada.

<sup>40</sup> *Cfr.* RAMÍREZ, Florencio: *Anotaciones de Derecho Civil*. T. I. ULA. Mérida, 1953, pp. 288 y 289, «fúndase lógicamente en que nadie como el padre o como la madre puede tener más interés en el bienestar de sus hijos, por lo que es presumible que ninguno de ellos, en su caso, hará el nombramiento sino en la persona que le inspire más confianza, por creerla más amiga y afecta a él o ella y a su familia».

<sup>41</sup> Señala AGUILAR GORRONDONA: *ob. cit. (Derecho Civil Personas)*, p. 283, «El acto por el cual el padre designa tutor a sus hijos es un negocio jurídico unilateral –no requiere sino la voluntad de una parte–, y esencialmente revocable, aunque no necesariamente de última voluntad –ya que puede surtir efectos en vida de quien hace la designación–».

cardinal que se deduce de los artículos 26 párrafo segundo y 183.b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en conexión con el artículo 310 del Código Civil)<sup>42</sup>.

Para que la designación cumpla su resultado se requiere que el progenitor se encuentre en ejercicio de la patria potestad para el momento de la muerte, interdicción o ausencia y que no haya operado una sustitución en la designación (artículos 305 y 306 del Código Civil). El ejercicio de esta facultad por los padres representa un elemento a ponderar por el juez a la hora de decidir la modalidad de familia sustituta (artículo 397-B de la Ley Orgánica).

En los supuestos en que no proceda la tutela paterna, ya sea en razón de que no se hizo uso de la facultad antes indicada, o si bien se realizó el nombramiento, pero el progenitor no detenta el ejercicio de la patria potestad para el momento de abrirse la tutela operando una caducidad de la designación, cuando la persona indicada sea inhábil o se acepte su excusa legítima, operará el nombramiento que fija la ley en el abuelo sobreviviente. Sin embargo, si hubiese varios abuelos sobrevivientes, será el juez el que decidirá, según lo que resulte más conveniente a los intereses del menor de edad y siempre escuchando su opinión (artículo 308 del Código Civil)<sup>43</sup>.

Por último, si no procede ninguna de las modalidades de delación anteriores, corresponde al juez la designación, previa opinión del consejo de tutela<sup>44</sup> y del menor de edad, prefiriendo en igualdad de circunstancias

<sup>42</sup> MORALES L., Georgina: *Temas de Derecho del Niño (instituciones familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente)*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2002, p. 25, lo denomina: «principio de la indivisibilidad de la fratría».

<sup>43</sup> Señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 398, que en este último caso, donde existan varios abuelos y es el juez el que efectúa la escogencia, se está al frente de una delación dativa o judicial. Cfr. AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 284.

<sup>44</sup> Destaca DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 410, «La formación del consejo expresado precede, pues, indispensablemente al nombramiento del tutor dativo, porque el tribunal no puede proceder con su sola autoridad».

a los parientes más próximos y cuidando –como se reveló– de no separar al grupo de hermanos (artículos 309 y 310 del Código Civil).

En tal sentido, la selección del cargo de tutor es un tema fundamental por cuanto el responsable de desempeñar dicho papel debe tener no solamente la «pericia, sino inclusive poner en ella el mayor afecto». De este modo, al escoger el tutor, ha de pensarse en alguien, que por una parte, pueda «llenar en lo posible el vacío afectivo que dejaron los padres, para lo cual ha de integrarse por personas que en mayor o en menor grado se encuentran vinculadas al pupilo; y de otra, de competencia, haciendo recaer el nombramiento en aquellas que reúnan una especial aptitud para la gestión encomendada y un conocimiento de las necesidades y del estado de la guarda *in concreto* que se les encomienda»<sup>45</sup>.

En otro aspecto, determina la ley que durante el tiempo en que se procede a la designación y cumplimiento de las formalidades para que el tutor «ordinario» entre en ejercicio de sus funciones, se podrá nombrar un tutor «interino» con la intención de proteger la persona del menor de edad y el patrimonio en lo que se refiere a los «actos de administración y de conservación indispensables», haciendo la designación el juez preferentemente entre los familiares del niño o adolescente o amigos de la familia, pudiendo a su vez dictar las medidas necesarias para evitar cualquier perjuicio en la persona o bienes del protegido. En todo caso, cualquier acto que exceda la simple administración requerirá autorización judicial. También, se podrá nombrar tutor interino cuando el tutor ordinario sea removido de su cargo, siempre que lo considere oportuno el consejo de tutela y el juez. Igualmente, se nombrará interino cuando el designado tutor, protutor o suplente de protutor presenten excusa al cargo o su renuncia. Estas funciones cesarán cuando el tutor ordinario inicie el ejercicio de su cargo (artículos 313 al 316 y 341 del Código)<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), pp. 198 y 247.

<sup>46</sup> LETE DEL RÍO: ob. cit. («Tutela provisional»), p. 154, «esta necesidad de tutela provisional no solo es inicial, sino que también se siente cuando alguno de sus órganos



#### 4.2. *El protutor*

Por su parte, el protutor es un órgano veedor de la conducta del tutor en el desempeño de sus atribuciones, es, después del pupilo, el más inmediato vigilante del cumplimiento de las obligaciones que la ley le asigna al tutor y por ello su designación es obligatoria para mantener el mecanismo de contrapeso entre los órganos tutelares, al extremo de que el legislador prohíbe que el tutor entre en ejercicio si no tiene protutor en funciones (artículo 336 del Código Civil).

Concretamente, sus tareas se centran en: «vigilar la conducta del tutor» e informar al tribunal de toda falta que observe en el desempeño de los atributos que la ley le confiere al tutor<sup>47</sup>. Justamente, para tal fin, tiene el deber de intervenir en la formación del inventario de los bienes del menor de edad, junto con el tutor y el consejo de tutela. Igualmente, debe solicitar, en caso de que la tutela quede «vacante o abandonada», la designación de un nuevo tutor. Por lo demás, el protutor funge en algunos casos como representante especial en las hipótesis donde surja oposición de intereses entre el pupilo y el tutor o cuando la tutela ha sido abandonada o queda vacante, en especial, en lo referido a la ejecución de actos de administración que no admitan retrasos y, obviamente, en lo tocante a la protección de la persona (artículo 337 del Código Civil). También participa expresando su opinión para el ejercicio de acciones judiciales, interviniendo en la conversión de los derechos al portador en nominales, en la corrección del informe anual de la administración, o en la rendición de cuentas al finalizar la tutela. Otra actividad accidental del protutor es la facultad de asistir a las sesiones del consejo de tutela con derecho voz pero no a voto (artículo 333).

---

falla, por ejemplo, por causa de incapacidad del tutor o cuando es removido, durante el juicio de excusa, si se nombra sustituto, etc.».

<sup>47</sup> Apunta DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, pp. 430 y 454, que el protutor es «el funcionario que al lado del tutor desempeña ciertas atribuciones propias, en defensa del pupilo, y generalmente para la inspección y vigilancia del tutor», en otras palabras, «es el fiscal del tutor».

En cuanto al nombramiento del protutor, ocurre igual situación que en relación con la designación del tutor, y por ello los padres en ejercicio de la patria potestad pueden efectuar la elección del protutor y de su suplente (artículos 305 y 307 del Código Civil). En equivalentes términos, la designación paterna debe realizarse en documento público o testamento. Cuando la delación paterna no proceda, por cualquiera de las circunstancias que prevé la ley, corresponderá al juez efectuar la designación del protutor y de su suplente (artículo 335).

### 4.3. *El consejo de tutela*

Este órgano, como su nombre lo hace entrever, representa un ente colegiado informativo, que, con carácter consultivo, emite sus dictámenes u opiniones en aquellos asuntos que la ley ha considerado relevante y donde la visión de este grupo de familiares o allegados puede facilitar la toma de una decisión más acorde a los intereses del menor de edad<sup>48</sup>.

El mismo se constituye con cuatro personas. Los progenitores que ejerzan la patria de potestad igualmente podrán designar a los miembros del consejo a través de documento público o testamento, y en defectos de la designación, si son insuficiente, inhábiles o ha caducado su nombramiento, corresponderá al juez hacer la selección dentro de los parientes más cercanos del menor de edad residenciados en el lugar de apertura de la tutela, tomando en cuenta el tipo, la línea y el grado del parentesco y, cuando no hubiera familiares con las cualidades necesarias, se elegirá entre individuos relacionados o amigos de la familia. El consejo es un órgano permanente

---

<sup>48</sup> Para SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. T. I. Imprenta Nacional. Caracas, 1873, p. 265, «El consejo de tutela es una magistratura doméstica permanente instituida para vigilar y complementar la tutela». DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 424, señala: «La ley lo ha creado para moderar la autoridad del tutor, ilustrar al juez y preservar al menor de los errores o de los propósitos dolosos, que uno y otro pueden abrigar en detrimento de los intereses y derechos del pupilo».

en el sentido de que, una vez constituido, deliberará cada vez que las circunstancias lo requieran (artículos 324, 325 y 326 del Código Civil)<sup>49</sup>.

El desempeño del cargo es obligatorio, así como la asistencia a las juntas. Empero, el tribunal podrá por motivos justificados aceptar la excusa al nombramiento o referente a la asistencia a alguna reunión, según el caso (artículo 327 del Código Civil).

Uno de los asuntos donde es obligatoria la opinión del consejo de tutela es cuando se requiera autorización judicial del tutor, ya sea que la ley la requiera o corresponda en general a un acto de disposición, es decir, de aquellos que excedan de la simple administración (artículos 324, 334 y 373 del Código Civil). Igualmente, el consejo de tutela tiene la obligación de intervenir en la formación del inventario de los bienes del menor de edad. También se requerirá su opinión a los efectos de la designación dativa del tutor, en el nombramiento de tutor interino por remoción del ordinario o en el trámite de excusa o renuncia a los cargos de tutor, protutor y suplente de protutor. Así como en materia de responsabilidad de crianza, específicamente en lo que se refiere a la determinación del lugar de habitación, tipo de educación y fijación de los gastos por manutención o su compensación por los frutos del patrimonio.

A los fines de evacuar la consulta, el juez sustanciará el asunto y notificará a los miembros del consejo con objeto de que emitan su opinión motivada en un tiempo no mayor de cinco días a contar desde la última notificación o en el caso de que requiera al juez de la necesidad de ampliación o incorporación de nuevas pruebas por ser insuficientes, desde el momento de remitidas estas últimas. Pudiendo el juez otorgar una prórroga no mayor

---

<sup>49</sup> El carácter permanente del consejo opera, en palabras de PINEDA LEÓN, Pedro: «El nuevo Código Civil». En: *Temario jurídico*. ULA. Mérida, 1963, p. 75, «Para evitar los inconvenientes de tener el juez que estar nombrando un consejo de tutela para cada caso, hoy se considera constituido permanentemente para cada tutela por el tiempo que la misma dure».

a 30 días. Igualmente, deberá notificarse al protutor y deberá escucharse al pupilo por el consejo de tutela, sin desvirtuar que el tribunal antes de decidir igualmente escuche al menor de edad (artículos 328, 329, 333 y 334 del Código Civil, en concordancia con el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Cuando exista oposición de intereses entre el pupilo y algún miembro del consejo o algún familiar de este, dentro del parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado y afinidad hasta el segundo, lo advertirá al juez para que se proceda a su sustitución, pero el consejo podrá escucharlo si lo estima conveniente (artículo 330 del Código Civil).

#### *4.4. La autoridad judicial*

Corresponde al juez de protección del lugar de residencia del niño o adolescente interactuar en diversos asuntos vinculados con la tutela, comenzando con la determinación de la tutela como modalidad de familia sustituta y, en consecuencia, sustanciando el procedimiento de constitución. Así como la remoción de los cargos tutelares y todas las autorizaciones que requiera el tutor para la gestión de los atributos personales y patrimoniales del pupilo. Recordando, como lo hace SANCHO GARGALLO, que el «criterio del beneficio o interés del tutelado debe presidir el contenido de las resoluciones judiciales sobre la constitución de los órganos, el control del ejercicio de sus funciones y la concesión de las autorizaciones preceptivas»<sup>50</sup>.

Comenta RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE –refiriéndose al Derecho español, pero perfectamente extensible a nuestra situación–, si bien «la tutela está concebida como institución familiar, es indudable que el

---

<sup>50</sup> SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 160.

organismo constitutivo de la misma se haya integrado no solo por el tutor, el protutor, el consejo de familia, sino además por la autoridad judicial»<sup>51</sup>.

El tribunal representa un árbitro imparcial que debe velar por el respeto irrestricto de los derechos del niño o adolescente protegido. Para tal fin está dotado de amplias facultades y asesorado en diversos asuntos por el consejo de tutela, además del equipo multidisciplinario del tribunal y el propio niño o adolescente. Señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN:

Su papel es fundamental a los fines de lograr concretar o formalizar una institución que sin su intervención no pasará de una simple tutela de hecho. La evolución jurídica de la tutela ha puesto especial énfasis en el cuidado de la persona del incapaz y en los sistemas modernos se da la intervención del Poder Público a través de los jueces de menores. La tutela es judicial en la medida que el tutor la ejerce bajo la supervigilancia del juez, este es el organismo de control y fiscalización natural de la actividad del tutor<sup>52</sup>.

#### 4.5. *Las causas de inhabilidades, remociones, excusas y renunciaciones de los cargos tutelares*

El legislador precisa algunos supuestos que prohíben que cierto sujeto sea designado para desempeñar un cargo tutelar para determinada tutela o para cualquier tutela, ellos son identificados como «inhabilidades» y se aplican al tutor, protutor, suplente de protutor y miembros del consejo de tutela. Según el artículo 339 del Código Civil son:

1. Los que no tengan la libre administración de sus bienes.
2. Los que carecen de domicilio y no tienen residencia fija.
3. Los que hayan sido removidos de una tutela o privados de la patria potestad sobre sus hijos.
4. Los que hayan sido condenados a alguna pena que lleve consigo

---

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 93.

<sup>52</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 393. AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 272, lo califica de «órgano supremo».

inhabilitación o interdicción. 5. Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido, o sean notoriamente de mala conducta. 6. Los que tengan o se hallen en circunstancias de tener, o cuyo padre, madre o descendientes, o cónyuge, tengan o se hallen en circunstancias de tener con el menor un pleito en que se ponga en peligro el estado civil del menor o una parte de sus bienes. 7. Los jueces de primera instancia en lo civil y los jueces de menores, cuando el menor o sus bienes estén en el territorio de su jurisdicción. 8. Los adictos alcohólicos y los fármaco-dependientes habituales. 9. Los excluidos expresamente por los progenitores en ejercicio de la patria potestad.

Las anteriores hipótesis se corresponden a situaciones de hecho o de derecho que objetivamente representan un peligro para la tutela, ya sea porque se posea una restricción para la administración del propio patrimonio –con más razón no se puede administrar el ajeno–, su conducta no sea idónea para la formación del pupilo o posea conflictos de intereses con el pupilo.

También, puede ocurrir que el individuo sea designado para un cargo tutelar y, posteriormente, esté incurso en una causal de «remoción» de las reguladas en el artículo 340 del Código Civil, a saber:

1. Los que no hayan asegurado las resultas de su administración de la manera prevenida en este Código.
2. Los que no hayan hecho el inventario en el tiempo y forma prevenidos por la ley o no lo hayan verificado con fidelidad.
3. Los que se condujeran mal en la tutela respecto de la persona del menor, o en la administración de sus bienes.
4. Los que se negaren a presentar el estado anual de que trata el artículo 377 o en cualquier tiempo en que el tribunal lo exija, o que de cualquier manera evadieren la presentación.
5. Los inhábiles, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad o mala conducta.
6. Los que hayan sido condenados a pena corporal.
7. Los fallidos culpables o fraudulentos.
8. Los que hayan abandonado la tutela<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Además, como un supuesto especial de remoción del tutor se tienen: el entrar en el ejercicio de la tutela sin que esté provisto el cargo de protutor, la negligencia

El ejercicio de la acción corresponde al propio pupilo si es adolescente, a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, al síndico procurador municipal o de oficio. Se tramitará por el procedimiento de jurisdicción voluntaria de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con notificación al Ministerio Público si hay oposición (artículo 341 del Código Civil y artículo 515 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Por su parte, si bien el legislador ha determinado que los cargos tutelares son obligatorios<sup>54</sup>, también ha ponderado que en supuestos específicos pueden darse situaciones de hecho en el sujeto designado, donde objetivamente el desempeño de la tutela representa una carga demasiado onerosa que el legislador en justicia no puede imponer y por ello permite que el sujeto nombrado para cargos de tutor, protutor, suplente de este o miembros del consejo de tutela se «excuse» de aceptar la referida responsabilidad. Concretamente, para los cargos de tutor, protutor y suplente dispone el Código Civil, en el artículo 342, las siguientes causales:

1. Los militares en servicio activo y los ministros de cualquier culto.
2. Los que tengan bajo su potestad tres o más hijos.
3. Los que fueran tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
4. Los que por el mal estado habitual de su salud no pudieran

---

en exhortar su nombramiento, o no inscribir en el inventario el crédito u obligación que se tiene con el pupilo (artículos 336 y 358 del Código Civil). Como pena accesoria a algunos delitos «contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias» o «abuso en la corrección o disciplina y de la sevicia en las familias» procede la remoción como tutor, así como cualquier cargo tutelar (artículos 391 y 441 del Código Penal).

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 32, apunta que el ejercicio de esta función «son derechos de los que su titular no se puede despojar a su voluntad, por cuanto tampoco esta ha intervenido en la adquisición de los mismos, ya que, le han sido graciosamente otorgados por la ley soberana, en razón de hallarse las personas que la disfrutaban en una situación jurídica determinada, que el legislador ha considerado en justicia y para una mejor consecución del bien común social, otorgárselos a ellas».

atender el cargo. 5. El tutor o curador de otra persona. 6. Los que no sepan leer y escribir. 7. Los impedidos.

Para el caso del designado miembro del consejo de tutela, el legislador únicamente indica como hipótesis que podría admitirse la excusa: «por razón de la distancia u otros motivos justos» (artículo 328 del Código Civil). Comenta AGUILAR GORRONDONA: «la excusa está establecida en protección directa de los intereses del designado y no del pupilo, y no impide el ejercicio del cargo, sino que da un derecho –potestativo– del designado de negarse a asumirlo»<sup>55</sup>.

La excusa deberá proponerse ante el juez de la tutela dentro de tres días a contar desde la notificación de la designación, más el término de la distancia, si fuere procedente. Sin embargo, si se trata de tutor legítimo, el plazo correrá desde que tenga conocimiento del hecho que motiva su encargo. El lapso es de caducidad, igualmente la «aceptación» del cargo implica una «renuncia» a la «excusa». A los efectos de la decisión sobre la admisión de la excusa, el juez deberá confirmar que sea verídica la causa alegada, con intervención del tutor interino que nombrará a dichos efectos y previo dictamen favorable del consejo de tutela aceptará la excusa. También se podrá «renunciar» a los cargos bajo los mismos supuestos y trámite (artículos 341 al 346 del Código Civil).

## 5. APERTURA Y CONSTITUCIÓN

Al requerir la tutela un procedimiento judicial, la doctrina ha distinguido una serie de pasos que determinan su constitución, a saber:

### 5.1. Apertura

Corresponde a la ocurrencia de los presupuestos que justifiquen la necesidad de instaurar este régimen de protección. Tradicionalmente, han

---

<sup>55</sup> AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 289.



entendido algunos autores que esta etapa de la tutela procede de pleno derecho<sup>56</sup>. No obstante, se es de una opinión distinta, ello en razón de que actualmente, además de la tutela, existe la figura de la colocación familiar y ambas pueden ser perfectamente posibles ante la hipótesis de un niño o adolescente privado de sus guardadores naturales. Así pues, es responsabilidad del juez de protección examinar de forma previa cuál de las modalidades de protección debe dictar según la que resulte más beneficiosa para los derechos del protegido y en atención a los presupuestos fácticos que la motivan. Justamente, lo anterior es lo que se deduce de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes cuando refiere, en el artículo 394-A, lo siguiente:

El tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes decidirá, con el auxilio del equipo multidisciplinario, la modalidad de familia sustituta de la cual debe ser provisto un niño, niña o adolescente, que no pueda ser integrado o reintegrado a su familia de origen, de acuerdo con las características de cada caso.

En síntesis, el tribunal, al momento de tener conocimiento de un caso donde se requiera proteger al niño o adolescente a través de una familia sustituta, de las calificadas como temporales, deberá examinar cuál es la institución aplicable al caso y para ello se auxiliará en el equipo multidisciplinario y escuchará al menor de edad. Igualmente, ponderará, cuando la falta de los progenitores obedezca a su fallecimiento, ausencia o interdicción, si han designado para los hijos tutor, o si el menor de edad posee bienes de fortunas, hechos que estarían a favor de la apertura de la tutela.

Por todo lo descrito, es fundamental que el juez de protección esté informado de los hechos que podrían dar lugar a la apertura de la tutela. Concretamente, el legislador dispone el deber del funcionario que reciba la declaración de la muerte de una persona que posea hijos no emancipados sin representante legal de comunicar este hecho al juez (artículo 302 del

---

<sup>56</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil* i...), p. 394.

Código Civil); igualmente el tutor nombrado por los progenitores o los parientes del menor de edad, al tener conocimiento de la necesidad de la tutela, deberán avisar al juez a los mismos fines (artículo 303 del Código Civil y artículo 397-B de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). El juez igualmente puede proceder de oficio.

Siendo procedente la apertura de la tutela, el juez lo decretará y determinará, si es necesario, el nombramiento de tutor interino, así como las demás medidas necesarias para la protección del niño o adolescente y su patrimonio. Según la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes el procedimiento corresponde al de jurisdicción voluntaria (artículo 177 párrafo segundo literal b, en concordancia con los artículos 511 y ss.).

### *5.2. Designación de los cargos tutelares*

Una vez decretada la apertura de la tutela, se procederá a examinar las personas que deben ocupar los cargos tutelares según el tipo de delación y el orden de preferencia entre los familiares más cercanos al pupilo<sup>57</sup>, atendiendo a las causas de inhabilidad, comenzando con los miembros del consejo de tutela por cuanto su opinión deberá ser escuchada por el juez a los efectos de decir la escogencia del tutor.

Una vez efectuados, los nombramientos deberán ser notificados a las personas favorecidas a los efectos que aleguen las excusas legítimas procedentes o manifiesten su aceptación<sup>58</sup>. Del nombramiento se podrá efectuar oposición, con notificación al Ministerio Público, se consultará al consejo de

---

<sup>57</sup> AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 88, «nuestra tutela, si bien llama o prefiere a los parientes para los cargos tutelares, no excluye forzosamente de ellos a quienes no lo son».

<sup>58</sup> Apunta AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 288, «En la práctica, los jueces suelen citar a las personas designadas para que comparezcan ante el tribunal a manifestar su aceptación o excusa del cargo».

tutela y se decidirá dentro del procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>59</sup>. Bajo el anterior trámite se sustanciará la remoción de los cargos tutelares.

### 5.3. Cumplimiento de las formalidades previas al ejercicio de la tutela

Tres son las formalidades que se exigen para entrar correctamente en el ejercicio del cargo:

#### 5.3.1. Existencia de protutor

Las funciones de vigilancia del protutor son tan importantes para el correcto desempeño de la tutela que no puede ejercer las funciones el tutor sin que simultáneamente esté provisto del titular del cargo de protutor<sup>60</sup>. Por lo indicado, se establece la obligación del tutor de promover las gestiones para el nombramiento del protutor y así cumplir dicha formalidad antes de entrar a su ejercicio (artículo 336 del Código Civil). La negligencia o inobservancia del tutor en el cumplimiento de este deber se interpreta como una falta grave que puede originar su remoción.

#### 5.3.2. Formación y consignación de inventario

El inventario se refiere al estado activo y pasivo del patrimonio del menor de edad; en él se incluyen descripción de los créditos, deudas, títulos de valor, así como de los bienes muebles e inmuebles con indicación de su condición y su valor, al menos, estimado<sup>61</sup>. También se indicará si dentro

<sup>59</sup> Vid. artículos 726 y ss. del Código de Procedimiento Civil, en especial el artículo 730 que remite a la legislación especial.

<sup>60</sup> Vid. OSSORIO y GALLARDO, Ángel: *Anteproyecto del Código Civil boliviano*. Imprenta López. Buenos Aires, 1943, p. 40, aunque reconoce que «El protutor es el centinela avanzado del tutor», y por ello «la institución del protutor es buena», no obstante «puede suprimirse para evitar dificultades».

<sup>61</sup> GRANADILLO C., Víctor Luis: *Tratado elemental de Derecho Civil venezolano*. T. II. 4.ª, Ediciones Magón. Caracas, 1981, p. «El valor de cada bien debe ser venal, es decir, el valor de venta, lo cual se averiguará estudiando la situación económica del lugar, la importancia del bien y los aspectos comerciales y financieros predominantes en el lugar». Por su parte, SANOJO: ob. cit. (*Instituciones de Derecho...*), t. I, p. 279, sostiene: «que el objeto del inventario es evitar sustracciones, conocer el

del patrimonio existen establecimientos de comercio o industria, pero en este caso se seguirán las formas propias para inventariar dichos activos y podrá el consejo de tutela decidir la conveniencia de auxiliarse de expertos (artículos 353 y 354 del Código Civil).

Señala el legislador que dentro de los diez días siguientes de estar el tutor en conocimiento de su llamamiento en el cargo deberá comenzarse a formar el inventario, que será elaborado en conjunto por el tutor, protutor y los miembros del consejo de tutela. Si existieran bienes fuera de la jurisdicción del juez, este podrá comisionar a un juez de la localidad de los bienes para que designe un consejo de tutela auxiliar que participe en el inventario junto al tutor y protutor, y lo consigne ante dicho tribunal comisionado. El lapso para la formación del inventario es de 30 días, pudiéndose prorrogar a juicio del tribunal<sup>62</sup>. El mismo deberá ser consignado ante el tribunal, y el tutor, protutor y los miembros del consejo de tutela que participaron en su formación deberán jurar que el mismo es exacto, dejándose constancia de esta formalidad en el expediente (artículos 352, 353 y 355 del Código Civil). Los bienes que se adquieran posteriormente a la consignación deberán ser inventariados según las anteriores formalidades (artículo 359 del Código Civil).

Toda falta u omisión en el cumplimiento de las formalidades que se exigen para la formulación y consignación del inventario genera responsabilidad

---

valor del patrimonio del menor para arreglar los gastos de su educación y para preparar los elementos del rendimiento de las cuentas». DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 456, añade: «servir de base para la caución que debe prestar el tutor» y resalta «aun cuando el menor no tenga bienes. Se hará constar, entonces, en un acta suscrita por los llamados a practicarla, la carencia de aquellos». SANCHO GARGALLO: ob. cit. (*Incapacitación y tutela...*), p. 29, sostiene igualmente que «aun en el caso en que el tutelado no tuviera patrimonio habría que presentarlo para dejar constancia de ello».

<sup>62</sup> El Código Civil chileno establece 90 días –que pueden ser ampliados o restringidos por el juez– después del discernimiento, pero antes de tomar parte de la administración (artículo 378).

solidaria de los participantes por los perjuicios que ocasionaren y podrán ser removidos de sus cargos (artículos 356 y 340 del Código Civil). En especial, el tutor está obligado de inscribir el crédito o deuda que tuvieran con el pupilo (artículo 358 del Código Civil). El juez de la tutela debe ser garante del cumplimiento de esta obligación y, si fuera negligente, será responsable de los perjuicios que origine su conducta remisa (artículo 357 del Código Civil).

### 5.3.3. Constitución de garantía

Posterior a la consignación del inventario, deberá el tutor dar garantía real o personal a los fines de asegurar las resultas de su gestión, salvo que el tutor sea abuelo o abuela, ya que en dicho caso está exento de dar caución.

El juez determinará la cantidad que deberá cubrir la garantía y verificará que la misma cumpla con los requisitos de ley, según su naturaleza<sup>63</sup>. Si el tutor no tuviere bienes suficientes y tal hecho pudiera incidir negativamente en el desempeño de la responsabilidad, el juez podrá removerlo de su cargo (artículo 360 del Código Civil)<sup>64</sup>. También podrá el juez

---

<sup>63</sup> Comenta AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 299, «el tutor solo está obligado a soportar la hipoteca legal a que se refiere el aparte tercero del artículo 360 del Código Civil; pero, si así lo prefiere, puede liberarse de esa obligación mediante la constitución de otras garantías». Vid. los siguientes artículos del Código Civil: 1810 (cualidades del fiador), 1828 (sustitución del fiador por prenda o hipoteca), 1885.3 (hipoteca legal a favor del menor). DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 464, destaca: «El monto de la caución puede ser mucho menor que el valor de los bienes, porque el tutor no responde de ellos sino de su administración».

<sup>64</sup> Sobre este punto debe recordarse que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes está inmersa en un principio cardinal de no permitir limitaciones del ejercicio de la familia de origen (los artículos 26 parágrafo segundo y 354) o sustituta (artículo 395.e) por razones únicamente económicas, ello en atención a dos premisas fundamentales: primero que podría tal actuación representar una discriminación y, segundo, por cuanto en esta materia es primordial lo afectivo. De allí que el juez debe ponderar en este asunto qué es lo que resulta más beneficioso para el pupilo, preferir un tutor que le garantice un verdadero hogar al niño

aumentar la caución o sustituirla si las circunstancias lo justifican y no se causa perjuicio alguno (artículo 361 del Código Civil).

#### 5.4. *Discernimiento*

Finalmente, para entrar al ejercicio del cargo de tutor se requiere el discernimiento, que es la autorización judicial que certifica la cualidad de tutor y que se ha cumplido con todas las formalidades legales previas para el correcto ejercicio del cargo<sup>65</sup>. El mismo, por ser el instrumento que acredita la cualidad de representante del pupilo, debe ser publicado por prensa y, a su vez, inscrito tanto en el Registro Público como en el Registro del Estado Civil (artículos 413 y 415 del Código Civil y 3.8 de la Ley Orgánica de Registro Civil).

Así pues, como muestra AGUILAR GORRONDONA, el «discernimiento puede obedecer a dos razones: permitir una verificación de la regularidad de la constitución de la tutela antes de que el tutor entre en ejercicio de

---

o adolescente, pero que carezca de medios para cumplir con la garantía o favorecer a otro familiar que posea recursos suficientes, aunque no ofrezca un ambiente hogareño óptimo, en razón de la distancia en el parentesco, la poca simpatía mutua, etcétera. Por ello se considera que serán las circunstancias concretas las que deben determinar la escogencia del tutor y su continuidad, al margen de la posibilidad de constituir o no garantía. VENTOSO ESCRIBANO: ob. cit. (*La reforma de la tutela*), p. 85, señala que en el Derecho español «se pronuncia ofreciendo unos márgenes de libertad que anteriormente no existían. Efectivamente, hoy la fianza no es, como en la redacción anterior, obligatoria como regla general, si bien con la extensión para algunos supuestos, sino que, en la actualidad, todo queda dentro de un régimen facultativo y será el juez quien decida, siendo además a él a quien corresponde la decisión acerca de la modalidad y cuantía de la fianza».

<sup>65</sup> DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, pp. 421 y 532, «El discernimiento es el acto por el cual se constituye solemnemente el tutor y se enumeran sus funciones legales. Es, por decirlo así, el título, el poder, la credencial de su nombramiento, expedida por el juez», «sirve para probar en juicio y fuera de juicio el carácter de que está investido».

sus funciones y facilitar al tutor la prueba de su carácter»<sup>66</sup>. Vale precisar que cuando el tutor sea abuelo del pupilo, no se requiere discernimiento (artículo 321 del Código Civil), en dicho caso, como indica SANOJO: «El documento que compruebe sus relaciones de familia con el menor, es título suficiente y legítimo para desempeñar su encargo»<sup>67</sup>.

## 6. CESACIÓN

La doctrina distingue dos tipos de cesación: la absoluta, donde la tutela termina tanto para el pupilo como para el tutor, y otra que sería relativa, donde únicamente concluye para el tutor, continuando el pupilo bajo el régimen de protección pero de otra persona. De la cesación absoluta son causales: la muerte del pupilo, la mayoría de edad, la emancipación y el sometimiento a otro régimen de protección, ya sea patria potestad<sup>68</sup> o colocación familiar. Relativas son la ausencia o muerte del tutor, su renuncia debidamente aceptada y la remoción<sup>69</sup>.

Sea cual sea la causa, el tutor siempre está obligado al finalizar su administración a rendir cuentas razonadas y comprobadas de su gestión año por año<sup>70</sup>, para lo cual tiene un plazo de dos meses a contar desde el día

<sup>66</sup> AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil Personas*), p. 301.

<sup>67</sup> SANOJO: ob. cit. (*Instituciones de Derecho...*), t. I, p. 265.

<sup>68</sup> En relación con la patria potestad, ello podría ocurrir en razón de que los progenitores biológicos sean restituidos de la autoridad o que el pupilo sea adoptado.

<sup>69</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 403.

<sup>70</sup> SANCHO GARGALLO: ob. cit. (*Incapacitación y tutela...*), pp. 217 y 221, «La censura de las cuentas es una consecuencia lógica de la administración de un patrimonio ajeno, debiendo dar razón de lo acontecido con el patrimonio inventariado del tutelado, de la rentabilidad económica obtenida, los recursos adquiridos hasta entonces, y de los gastos realizados»; y recuerda: «Afecta a toda gestión realizada por el tutor o administrador patrimonial desde que asumió la tutela hasta su extinción, con independencia de que durante este tiempo haya rendido cuentas –parciales a requerimiento del juez–. Lógicamente, no alcanzará al patrimonio especial que hubiere quedado al margen de su administración».

siguiente a su terminación (artículos 376 y 379 del Código Civil), y se rendirán al pupilo asistido por el protutor o un curado cuando la tutela acabe por mayoría o emancipación (artículos 378, 384 y 385 del Código Civil). Cuando finalice y el pupilo continúe bajo tutela, corresponderá al nuevo tutor y protutor su aprobación, la cual, además, deberá ser confirmada por el juez escuchando al consejo de tutela (artículo 380 del Código Civil). Cuando concluya por sometimiento a patria potestad o colocación familiar a quien corresponda tal función. Y cuando se extinga por muerte del pupilo a sus causahabientes<sup>71</sup>.

Por último, las acciones relativas a la tutela prescriben a los diez años a contar desde la fecha en que cesó la misma. El lapso anterior no aplica a la acción para el pago del saldo resultante de la cuenta definitiva (artículo 381 del Código Civil).

## 7. CRÍTICA

Se es de la opinión de que el principal reparo que se le puede efectuar a esta institución es el representar un híbrido donde conviven dos esquemas: el tradicional-formalista del Código Civil y el novedoso, impregnado de renovados valores, fines y principios representado por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Tal yuxtaposición normativa origina conflictos –salvables en su mayoría por la buena hermenéutica–, dudas y vacíos que no se corresponden con el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, que es fundamentalmente formador y pedagógico.

---

<sup>71</sup> Obsérvese, como lo hace DOMINICI: ob. cit. (*Comentarios al Código...*), t. I, p. 487, «que ni el juez ni el consejo de tutela son llamados por la ley a intervenir en el examen y aprobación de la cuenta, efectuada por persona ya capaz de representarse a sí misma y disponer de sus intereses. El protutor mismo no concurre, sino para ilustrar y ayudar al expupilo, y no está autorizado para oponerse a lo que este quiera hacer después de rendida la cuenta».



De allí que sería prudente aprobar una reforma integral de esta institución, donde se dejen claros los principios informadores. También algunos autores han recomendado la eliminación del consejo de tutela<sup>72</sup>, el cual se podría sustituir por el rol de veedor del Ministerio Público<sup>73</sup>. Pudiera admitirse, como en otros derechos, que el cargo de tutor pudiera descansar en varias personas, como ocurre con la colocación familiar. Igualmente, resulta incoherente, y por ello discutible, que las divergencias sobre la patria potestad y colocación familiar correspondan a la jurisdicción contenciosa y la constitución de la tutela de menores sea de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, se le ha endilgado a la tutela el pecar de ser en extremo formalista, lo que en algunos aspectos dificulta su desempeño<sup>74</sup>.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE señala como crítica del modelo tradicional de la tutela su basamento en el aspecto económico, por cuanto:

... el punto de partida no debe ser configurar la institución jurídica en base de tomar como modelo un pupilo adinerado del que, sobre todo,

---

<sup>72</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3.ª, TSJ. Caracas, 2010, pp. 239.

<sup>73</sup> Cfr. VENTOSO ESCRIBANO: ob. cit. (*La reforma de la tutela*), p. 17, quien comentaba que en Derecho español el consejo de familia «constituía una figura que no había funcionado en la práctica», «inclinándose la mayoría de los autores por entender que eran mayores los defectos que las ventajas», de allí su supresión y el énfasis que ahora se desplaza en la autoridad judicial.

<sup>74</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 391, apunta: «debe admitirse que los pesados formalismos hacen poco flexible una institución que puede revertirse a quien pretende proteger». AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 153, existe: «Una extraordinaria complejidad en la constitución de la tutela ordinaria, la cual requiere el cumplimiento de multitud de formalidades que exigen el consumo de buena cantidad de energías y de tiempo». LETE DEL RÍO: ob. cit. («Tutela provisional»), p. 154, «Poner en marcha ese conjunto de órganos es dilatorio, se precisa cumplir trámites y llenar formalidades. El complejo engranaje tutelar no funciona de inmediato, nada más realizarse el hecho que da lugar a la tutela. Normalmente, aun actuando con premura, desde que surge la necesidad hasta el cumplimiento de las formalidades y total constitución de la tutela, hay un interregno durante el cual el menor o incapacitado no puede ni debe quedar sin protección y amparo».

interesa proteger su patrimonio, sino en estructurarla en razón del bienestar y la utilidad de la persona del tutelado, independientemente de que posea o no bienes, por cuanto que se trata de formarle y educarle inculcándole un sentido de la responsabilidad de sus actos, para que al llegar la hora de valerse por sí mismo, sepa acomodar siempre su conducta a los intereses superiores de la comunidad<sup>75</sup>.

AGUILAR GORRONDONA hace un balance igual de desolador afirmando que el gran problema de la tutela es que ni siquiera llega a constituirse en el mayor número de supuestos de procedencia:

Aunque no se cuenta con datos estadísticos al respecto, puede afirmarse, sin temor a equivocaciones, que, entre nosotros, la tutela no suele constituirse sino cuando el menor tiene bienes de cierta importancia y que aún entonces es frecuente que la constitución de la tutela no se promueva sino cuando se presenta la necesidad de celebrar uno de aquellos actos para cuya validez exige la ley que el tutor del menor actúe con autorización judicial. De resto, la generalidad de los menores que deberían estar sometidos a tutela, viven en estado de abandono o bajo la protección de personas que no tienen carácter de tutores suyos, ya se trate de parientes, ya de padrinos, ya de otras personas que han tenido ciertas relaciones con los padres del menor<sup>76</sup>.

## CONCLUSIONES

Como se pudo apreciar con nitidez de la exposición que precede, la tutela se integra a otras modalidades de protección y con ello abre el abanico de

---

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (La tutela), p. 302. *Vid.* PINEDA LEÓN: art. cit. («El nuevo Código...»), p. 75, que al referirse a la «tutela del Estado» –figura sustituida por la colocación– «Los directores de los establecimientos o el particular asume la cualidad de tutor del menor depositado, pero si este llegare a adquirir un patrimonio de más de cuatro mil bolívares, se procede entonces a organizar la tutela ordinaria».

<sup>76</sup> AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 126.

opciones para que el juez seleccione la figura que más se acerca al cuidado de los intereses del niño o adolescente carente de guardadores naturales.

De lo indicado se deduce que no existen reglas matemáticas en esta materia y, por tanto, no debe instaurarse la tutela únicamente cuando el menor de edad posee bienes. El juez debe examinar el caso concreto y ponderar los intereses en juego y de allí partir para determinar si lo más conveniente es abrir la tutela, la colocación familiar o la adopción.

Es evidente que en determinados casos, cuando el niño o adolescente posea un patrimonio, tal elemento será relevante para preferir la tutela, ya que esta permite garantizar con sobriedad este aspecto. Pero lo anterior, no puede generar el efecto negativo de descuidar el elemento humano y con ello la protección personal que se le debe al niño o adolescente sujeto a esta medida.

De allí que el rol del tutor es esencial por cuanto no es un simple administrador de bienes ajenos, es un verdadero «padre» sustituto que requiere dispensarle a su pupilo el afecto que le permita sentirse en un ambiente fraternal. El protutor, el consejo de tutela y el juez deben interactuar dentro de esta institución como órganos de contrapeso para vigilar que se cumplan con las garantías que la ley establece y que el niño o adolescente no vea lesionados o amenazados sus derechos.

Los principios de equivalencia familiar, subsidiaridad y reintegración a una familia permanente, surgen necesarios en la interpretación de las normas que regulan la tutela, ya que en definitiva son ellos los que permiten adecuar las antiguas normas del Código Civil a la doctrina de protección integral que pregona la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se ha avanzado poco en la aplicación adecuada de esta institución, pero se juzga que la labor de los jueces puede aminorar las fallas de coordinación

entre el Código Civil y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y que de dicha labor se cree una «doctrina jurisprudencial» que tienda a destacar la importancia que para el foro puede tener esta institución de largo abolengo.