

PARTE II

Consideraciones sobre el Proyecto de la Ley de Tutela Civil*

SUMARIO: Introducción 1. Observaciones generales del Proyecto 2. Respeto del articulado 2.1. Objeto 2.2. Finalidad 2.3. Principios 2.4. Igualdad y no discriminación 2.5. Igualdad y equidad de género 2.6. Supuestos de procedencia de la tutela 2.7. Tutores 2.8. Opinión y consentimiento del pupilo 2.9. Tribunal competente, procedimiento y tutor provisional 2.10. Contenido y ejercicio de la tutela 2.11. Tutela de hermanos 2.12. Reintegración familiar durante la tutela 2.13. Requisitos para ser tutor 2.14. Incompatibilidad para el ejercicio de la tutela 2.15. Constitución de la tutela 2.16. Designación de tutores mediante documento público o testamento 2.17. Criterios para la designación del tutor 2.18. Ejercicio voluntario de la tutela 2.19. Prescripción de las acciones 2.20. Carácter honorario del ejercicio de la tutela 2.21. Administración de los bienes 2.22. Inventario de bienes 2.23. Límites en la administración de bienes 2.24. Rendición de cuentas 2.25. Terminación de la tutela 2.26. Remoción del tutor 2.27. Disposiciones derogatoria y final **Conclusiones**

* Sirva el título de esta parte para recordar al insigne jurista Arturo Luis TORRES-RIVERO, quien en su oportunidad preparó sus *Consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Inquisición de la Paternidad Natural*. s/e. Caracas, 1970.

INTRODUCCIÓN

Cuando se difundió la noticia de que la Asamblea Nacional había preparado un Proyecto de ley que trataría el tema de la tutela⁷⁷, como estudioso de la materia nos generó cierto entusiasmo ante la posibilidad de actualizar una institución que, en honor a la verdad, hoy en día sigue respondiendo a una visión decimonónica y que no ha recibido ninguna atención relevante desde la codificación de 1873 que estableció el modelo de tutela actualmente vigente; pero, también, se activaron las alarmas sobre si el instrumento preparado cubriría las expectativas de aportar un texto con buena técnica legislativa y que siguiera las tendencias y prospectivas que se imponen desde el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia del siglo XXI, actualizando una figura jurídica ostensiblemente desatendida, más aún cuando las leyes que se elaboraron en el primer año legislativo por este Parlamento han presentado diversidad de fallas de fondo y de forma que han sido debidamente advertidas⁷⁸.

Partiendo de lo dicho, se tomó la decisión de revisar el texto del Proyecto y analizar en líneas gruesas sus aspectos más resaltantes, aderezando los comentarios con las críticas, las concordancias de rigor y referencias sobre el Derecho comparado. Todo ello con la intención de juzgar el Proyecto con la vehemencia que demanda la importancia de lo que se pretende regular, aspirando aportar a la discusión y de que la ley que se apruebe –si fuera el caso– sea en realidad un instrumento a favor de los niños y adolescentes beneficiados con la referida institución familiar.

⁷⁷ *Vid.* <https://www.asambleanacional.gob.ve>, en donde se indica que el Proyecto fue introducido y aprobado en primera discusión el 31-03-22 y está a cargo de la Comisión Permanente de las Familias, la Libertad de Religión y de Cultos.

⁷⁸ *Vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Un año de actividad legislativa en materia Civil (2021-2022)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 19. Caracas, 2022, pp. 223-269.

1. OBSERVACIONES GENERALES DEL PROYECTO

Lo primero que llama la atención del Proyecto es la capacidad de síntesis del redactor, pues la materia regulada actualmente comprende 80 disposiciones (artículos 301 al 381 del Código Civil) y en el Proyecto corresponde a un tercio de las anteriores –26 artículos, una disposición final y otra derogatoria–.

Además, el Proyecto se encuentra dividido en tres capítulos, a saber: I «Disposiciones generales» (artículos 1-5), II «Tutela de niñas, niños y adolescentes» (artículos 6-12) y III «Disposiciones comunes a la tutela» (artículos 13-26), composición que da a entender que se sigue el modelo del Código Civil que instituye la tutela para menores de edad que requieran de una familia sustituta (artículo 301 del Código, en concordancia con el artículo 394 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y la de adultos o emancipados sometidos a «interdicción» (artículo 393 del Código Civil).

Empero, lo anterior resulta un grave error, en el sentido de que, al constituir la tutela un régimen de protección de «incapaces» por medio del cual se sustituye al sujeto protegido –pupilo–, el mismo para el caso de los adultos resultaría claramente contrario a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que instituyen, en su artículo 12, la igualdad en la capacidad de ejercicio para las personas con discapacidad, proscribiendo los modelos que limitan la capacidad de obrar de las personas por el hecho de poseer una diversidad funcional, estableciendo como efecto jurídico la eliminación de cualquier régimen de sustitución o representación. Siendo que en su lugar deben ofrecerse medidas de apoyo que ponderen la voluntad, deseos y preferencias del titular de los derechos.

Por tanto, lo correcto, constitucionalmente hablando –en atención al artículo 23 de la Carta Magna, que ordena aplicar preferentemente la norma más favorable a los derechos humanos, que es la regla de la Convención–,

sería eliminar la tutela para los mayores de edad y regular las medidas de apoyo y las salvaguardias que se deben tomar para garantizar el ejercicio personal y directo de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

En cuanto a la denominación «Ley de Tutela Civil», no se entiende la necesidad de subrayar el tema «civil», pues la verdad del asunto es que la tutela regulada es la de menores de edad que funge como familia sustituta y ello pertenece al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, que, por el particular proceso de confección de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998, se decidió no regularla en dicho momento en la referida Ley⁷⁹ y mantener las disposiciones del Código Civil, pero que obviamente por su sustancia pertenece al Derecho de la Infancia⁸⁰.

Por otra parte, si la intención del redactor es aludir que la «tutela» que se regula es aquella que se encuentra contenida en el Código Civil, tampoco tendría verdadero sentido el destacarlo en un Proyecto que justamente lo que aspira es darle un nuevo enfoque al asunto acercándolo al paradigma de la «protección integral» que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño y que desarrolla la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, superando con ello el modelo vetusto y decimonónico del Código.

⁷⁹ En realidad, los redactores se enfocaron en corregir el mal mayor, que era la denominada «tutela del Estado». En concreto, la «Exposición de motivos» de la Ley de 1998 indicaba: «una de las figuras jurídicas que responde mejor a la doctrina de la situación irregular es la tutela del Estado»; por ello, «se eliminó en el proyecto la institución de la tutela del Estado». En definitiva, aunque se señala que «este Proyecto acoge la mayoría las normas aplicables a los niños y adolescentes»; sin embargo, «hay materias que se seguirían regulando por otras normas como, por ejemplo, la tutela ordinaria, que se regiría por el Código Civil». *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La tutela del Estado...»), pp. 75 y ss.

⁸⁰ De hecho, como dato anecdótico en nota de prensa se indica que «arrancó consulta pública de la Ley de Tutela Civil para Niñas, Niños y Adolescentes», véase: <https://www.asambleanacional.gob.ve>. Pero en tal supuesto tampoco se entendería la razón del vocablo «civil»; lo que sí es cierto es que el texto solo alude a la tutela como familia sustituta de los menores de edad.

La verdad es que, a diferencia de otros ordenamientos foráneos, la «tutela» en Venezuela alude a institución de protección⁸¹ de «incapaces» y no es confundible con otros institutos, como la denominada «acción de tutela» del Derecho colombiano⁸² y que corresponde en nuestro caso a la «acción de amparo constitucional» (artículo 27 de la Constitución), menos aún con un derecho fundamental como lo es la «tutela judicial efectiva» (artículo 26 de la Constitución)⁸³. De allí que sería difícil que un individuo medianamente formado, al escuchar el vocablo «tutela», no deduzca fácilmente que se alude a «la institución de protección creada para los menores de edad que no están sometidos a patria potestad»⁸⁴.

Otro cuestionamiento inicial es sobre si debe reformarse esta materia. Parece indiscutible tal necesidad si se parte de que su configuración en el

⁸¹ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 13, «La voz “tutela”, aunque se aplica a objetos distintos con significaciones diversas, se conserva fiel a su etimología, ya que, en una u otra forma, sus acepciones se relacionan con la idea central de “protección”. Cfr. OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Derecho Civil I: Persona*. UCAB. Caracas, 2006, p. 573, «defensa, protección y cuidado»; PORTILLO, Jesús María: *Definiciones del Derecho reunidas y extractadas de algunos textos sobre Derecho romano, de los códigos patrios y de Bello, Álvarez, Mourlon, Lastarria, Sanojo, Bastiat, José Garnier, Calvo y otros expositores de las diversas ramas del Derecho*. 2.^a, Imprenta de Antero Hermanos. Caracas, 1880, p. 9, «Tutela es el derecho y el deber de proteger y representar las personas impúberes y administrar sus bienes».

⁸² Vid. PARRA GUZMÁN, Mario Fernando y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés: *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2000, pp. 20 y ss.; CORREA HENAO, Néstor Raúl: «La acción de tutela en el ordenamiento colombiano». En: *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. T. II. UCAB. J. M. CASAL H. et al., coords. Caracas, 2007, pp. 203 y ss.

⁸³ Vid. LONGO F., Paolo: «Sistematización procesal del principio de tutela judicial efectiva». En: *El Derecho venezolano hoy: visiones críticas. Homenaje al R. P. Fernando Pérez-Llantada, S. J.* Alcaldía de Chacao-UCAB. N. CHACÓN QUINTANA y M. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, coords. Caracas, 2010, pp. 241 y ss.; PRADO MONCADA, Rafael G.: «De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (avances normativos a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999)». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 9. Editorial Sherwood. Caracas, 2000, pp. 93 y ss.

⁸⁴ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 22.

Código actualmente vigente responde a una visión ya rancia del rol de las instituciones familiares. Sobre lo anterior daba muestra el legislador de 1998, cuando en la «Exposición de motivos» de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente aludía de pasada que la tutela de menores de edad es difícil de constituir «para quienes carecen de recursos económicos», ello «hasta tanto no se modifique la regulación contenida en el Código Civil». Igualmente, la doctrina había advertido sus reparos al instituto regulado en el Derecho común⁸⁵. Ya veremos si se atienden tales cuestionamientos *infra*.

Ahora bien, urge dilucidar desde ya ¿cuál es el modelo de tutela que se pretende desarrollar en el Proyecto? Tradicionalmente, la doctrina ha destacado que la tutela responde básicamente a dos sistemas: i. de familia o ii. de autoridad⁸⁶.

El sistema familiar, que tiene su arquetipo en el Código Civil francés, centra la institución en la participación de los parientes del pupilo organizados en un consejo de familia⁸⁷ o de tutela que tiene la misión de

⁸⁵ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La tutela ordinaria...»), pp. 276 y 277; ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), *passim*.

⁸⁶ Nuestro querido profesor RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), pp. 65-67, apuntaba: «Hasta ahora, en la legislación comparada, se observaban dos tipos de organización de la tutela: la de autoridad y la de familia», aunque hay que advertir que –según el autor citado– «las legislaciones no aceptan un régimen puro», de allí que exprese sus reservas sobre esa forma de clasificación que «es más bien de carácter descriptivo que de fondo». AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 101, señalaba: «El estudio de la tutela de menores, y aun de toda tutela, dentro del Derecho contemporáneo suele hacerse sobre la base de que existen dos tipos fundamentales y contrapuestos de regímenes tutelares: la tutela de familia o latina y la tutela de autoridad, social o germana, cuya combinaciones engendran las llamadas tutelas mixtas o eclécticas».

⁸⁷ CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), pp. 23 y 24, «La tutela de 1804, con el consejo de familia en el centro del sistema, aparecía como una institución de linaje, no de pareja. Funcionaba por y para la familia extensa. Existía una sociedad que era todavía profundamente pueblerina, con poca inmigración, en la que era fácil reunir a la parentela en la cabeza de partido. Había también algo más grave,

proteger los intereses del protegido por medio de la supervisión y control que ejerce sobre el tutor. Este modelo ha sido el que ha reinado en nuestra codificación⁸⁸.

Por su parte, el sistema de autoridad, básicamente centra las funciones de supervisión, control y vigilancia en el juez, quien será la autoridad que decidirá sobre todos aquellos asuntos donde el tutor deba consultar o requerir su aprobación. La doctrina comenta que este sistema se estableció en Alemania⁸⁹ y que posteriormente se ha incorporado en Italia a través de

confesémoslo: el espíritu de esta tutela tenía algo de presucesorio. El huérfano de aquellos tiempos corría el riesgo de una mortalidad terrible y era, por consiguiente, una manera lúcida de tratar la situación de los bienes como si estuvieran gravados con una sustitución en beneficio de los herederos presuntos y colocar su gestión bajo la vigilancia celosa de los posibles llamados».

⁸⁸ Vid. el Código Civil de 1862, libro primero, título XII, ley II, «artículo 1.- Se procederá a la formación del consejo de familia en los casos en que la ley requiera ser consultado», *cfr. La codificación de Páez*. T. I (Código Civil de 1862). Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1974, p. 57 –igualmente, el Proyecto de 1854 preparado por VISO, libro II, título XII, ley VIII «Del consejo de familia», *cfr. VISO, Julián: Proyecto de Código Civil*. Editorial C. T. P. San Juan de los Morros, 1955 (edición facsímil de 1854), pp. 93 y 94–. El Código de 1867 regulaba figura del protutor (artículos 187 al 189), no así del consejo, establecía: «artículo 176.- La tutela se ejercerá por el tutor bajo la vigilancia del protutor», *cfr. Leyes y decretos de Venezuela*. T. IV (1861-1870). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, p. 613, www.cidep.com.ve. En el Código Civil de 1873, sí se regulan ambas figuras protutor (artículos 300-303) y consejo de tutela (artículos 290-299), *vid. Código Civil*. Imprenta Nacional. Caracas, 1973 (edición facsímil de 1873), p. 31, sistema que se mantiene en la actualidad.

⁸⁹ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: *ob. cit. (La tutela)*, pp. 75 y ss., precisa que, según el BGB de 1900, «En Alemania, la alta tutela es ejercida por dos órganos: el tribunal de tutelas y el consejo de huérfanos de la municipalidad. Puede serlo también por el consejo de familia», pero aun así el órgano permanente y principal es el tribunal, el consejo de huérfanos hace proposiciones sobre los individuos que pueden ocupar los cargos y vela por que se cumpla con el cuidado personal del pupilo, y el consejo de familia si está constituido se le consultan algunos asuntos, en su defecto se recurre a parientes, en todo caso «el control de la tutela corresponde al Estado».

su Código Civil de 1942⁹⁰, y en España a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela⁹¹, donde se pasó a una tutela de autoridad suprimiendo los órganos tutelares de protutor y consejo de familia⁹².

Ciertamente, el «Proyecto» parece decantarse por una tutela de autoridad que descansaría en el juez de protección de niños, niñas y adolescentes, sin requerir la mediación de protutor y del consejo de tutela, y la intervención familiar principal que se conserva es la posibilidad de participar como tutor⁹³. Pareciera entonces que el «Proyecto» atiende a las críticas que desde la doctrina se han efectuado al consejo de tutela y su inoperancia práctica⁹⁴, lo que no resulta tan oportuno es el reduccionismo de la

⁹⁰ Recuérdese que el *Codice Civile* italiano de 1865, que sirve de modelo a nuestro Código de 1873, seguía el modelo de tutela familiar. Entonces, según comenta RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 79, en Italia se persiguió con la nueva codificación de 1942 «la abolición del consejo de familia, revelado inútil y obstructor, y la institución en cada una de las prefecturas (...) de un juez tutelar –artículo 342–, en el que se concentran todos los poderes de dirección y vigilancia en orden al ejercicio de la tutela».

⁹¹ Vid. BOE N.º 256, de 26-10-83, <https://www.boe.es/eli/es/l/1983/10/24/13>. El Código español de 1889 reguló un modelo de tutela familiar.

⁹² VENTOSO ESCRIBANO: ob. cit. (*La reforma de la tutela*), p. 17, «solamente vamos a reiterar que esta idea de sustituir como eje al consejo por la autoridad judicial fue una idea central en todo el proceso legislativo de reforma».

⁹³ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 113, «lo que distingue la tutela de autoridad de la tutela de familia es que, para la adecuada protección de los pupilos, en aquella se considera preferible colocar al lado del tutor ordinario órganos del Poder Público en lugar de la familia». OSSORIO Y GALLARDO: ob. cit. (*Anteproyecto del Código...*), p. 55, «En los países donde no existe consejo de familia, los códigos confieren al juez todas las funciones de vigilancia y decisión en las dudas y dificultades tutelares».

⁹⁴ Vale la pena comentar que BASTIDA, Luis I.: «Consejo público de tutelas». En: *Temas jurídicos de actualidad*. Imprenta Nacional. Caracas, 1938, pp. 29-43, recoge en razón a la preparación del Proyecto de Código Civil de 1931, su propuesta de consejo público de tutelas que «acogiendo el principio de la tutela del Estado» estaría integrado para cada municipio llamando «en general al juez, al presidente de la Junta Comunal y a un director o directora de un plantel de instrucción

intervención familiar en esta materia que, por definición, es un asunto de interés de los parientes.

2. RESPECTO DEL ARTICULADO

Siendo el texto del «Proyecto» bastante conciso en cuanto a los artículos que lo compone, se juzga conveniente examinar brevemente cada una de las disposiciones, no sin antes advertir que muchas de ellas son redundantes por cuanto responden a conductas ya reguladas en otros instrumentos vigentes, a saber:

2.1. Objeto

Artículo 1.- Esta ley tiene por objeto regular la tutela como una institución familiar dirigida a asegurar el disfrute y ejercicio pleno y efectivo de los derechos, garantías y deberes de las niñas, niños y adolescentes que requieren de esta modalidad de familia sustituta.

Ya en esta disposición se podrá observar una incongruencia, pues si el modelo que se desprende es una «tutela de autoridad» ello de plano restringe en cierto sentido la participación de la parentela y, de hecho, es así, pues, aparte del cargo de tutor que descansaría preferiblemente en un solo familiar, el Proyecto no contempla la participación de ningún otro pariente, salvo en el hecho de estar legitimados para la constitución de la tutela,

primaria», este ente remplazaría obviamente al vetusto consejo de tutela y al protutor asumiendo sus funciones y otras, añadiendo que «el proyecto que propongo es igual en el fondo al que trae el Proyecto de Código Civil de Italia», siendo que «el criterio dominante ha sido crear un cuerpo permanente y con carácter oficial que concurra a la constitución y ejercicio de toda clase de tutelas y las fiscalice eficientemente, y que se ocupe efectiva y prácticamente de la suerte y condición de los niños en todos los casos y circunstancias en que los amenace algún peligro». Véase también del mismo autor: *Comentarios y reparos al Proyecto de Código Civil*. T. I. Editorial Bolívar. Caracas, 1939, pp. 278 y ss.

el caso de mantener junto a los hermanos, las acciones de reintegración a la patria potestad –si fueran posibles– o la tutela compartida (artículos 7, 11, 12 y 15, respectivamente).

Ahora bien, lo anterior no queda desdibujado por el hecho de que la propia Constitución aluda a que las familias deben asegurar la «protección integral» de los menores de edad (artículo 78) y que, en consecuencia, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes haga lo propio (artículos 1, 5 y 26), ya que lo que se está sosteniendo es que el texto del Proyecto hace escasos esfuerzos por equilibrar la participación de la familia en la institución, partiendo que ya ha perdido parte de su intervención al cambiar de un modelo de tutela de familia a tutela de autoridad. Por ejemplo, se pudo indicar expresamente legitimidad para informar a los órganos de protección, competentes, sobre el ejercicio abusivo de las atribuciones del tutor, *exempli gratia*, la mala administración⁹⁵.

Sería más útil que el artículo, si de verdad se quiere referir a su objeto, indicará:

Esta Ley tiene por objeto regular la tutela como modalidad de familia sustituta, dirigida a garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser criadas y criados en un ambiente familiar que les asegure su desarrollo integral, el disfrute y ejercicio pleno y efectivo de los derechos, garantías y deberes.

Con los anteriores cambios, se da en el clavo de conectar las ideas, que, en nuestra opinión, con la propuesta inicial quedan divorciadas. Así, se destaca que lo que se regula es la tutela, que esta es una modalidad de familia sustituta y que su finalidad es proporcionar un hogar familiar –en sustitución del natural conformado por la madre, el padre y los hijos– y que es

⁹⁵ Como se establece en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para la privación de la patria potestad (artículo 353) o para la revocatoria de la colocación familiar (artículo 405).

dicho entorno en el cual se podrá asegurar verdaderamente el desarrollo, el goce y ejercicio de las facultades y el cumplimiento de las obligaciones de que es titular el menor de edad.

2.2. *Finalidad*

Artículo 2.- Esta Ley tiene como finalidad: 1. Regular la tutela como institución familiar dirigida al desarrollo integral y protección de los derechos, garantías y deberes de las personas sujetas a ella. 2. Garantizar la constitución de las tutelas mediante procedimientos gratuitos, accesibles, transparentes, sencillos, expeditos y sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Aquí ya encontramos el primer solapamiento, pues, más allá de que se pudiera discutir que «objeto» y «finalidad» son cosas distintas o similares⁹⁶, el numeral 1 repite casi literalmente lo indicado en el artículo 1, y lo contenido en el numeral 2 también es reiterativo si se parte de que la «constitución» de la tutela siempre ha correspondido a un procedimiento judicial⁹⁷ y la Constitución garantiza una justicia con tales atributos, además de imparcial, idónea, autónoma, independiente, responsable y equitativa (artículo 26), así como entre los principios que guían al juez de protección se ubica la «simplificación», es decir, actos procesales breves y sencillos (artículo 450, literal g, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)⁹⁸.

⁹⁶ Según el *Diccionario de la lengua española*, «objeto» en sus acepciones: «4. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación», «5. Materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio», <https://dle.rae.es/objeto#HplQE1z>, y «finalidad» «1. Fin con que o por que se hace algo», <https://dle.rae.es/finalidad?m=form>.

⁹⁷ *Vid.* artículo 177, parágrafo segundo, literal b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁹⁸ Justamente, GRANADILLO C.: *ob. cit.* (*Tratado elemental...*), t. II, p. 200, comentaba que «La doctrina moderna propugna una simplificación orgánica de la tutela, en el sentido de despojarla en primer lugar de una serie de procedimientos demasiado lentos en cuanto a administración de bienes se refiere, y de limitarle un poco más sus organismos rectores».

No cabe duda de que el artículo debe eliminarse por no aportar nada nuevo y simplemente ser redundante, además de reñir con una buena técnica legislativa que debe ser lo más científica y cristalina posible.

2.3. Principios

Artículo 3.- Las disposiciones de esta Ley se fundamentan en los principios de justicia, igualdad y no discriminación, pluralidad de relaciones familiares, diversidad étnica y cultural, solidaridad, corresponsabilidad, responsabilidad social, cuidado colectivo, participación protagónica de las familias, celeridad, eficiencia y eficacia.

En otras oportunidades se ha indicado que los principios sectoriales de una determinada rama o institución son una herramienta valiosa para su correcta hermenéutica y aplicación⁹⁹, lo que no parece tan útil es la mención casi maquinal de supuestos principios que no son secundados con las normas de desarrollo respectivas, son desmentidos en otras disposiciones o corresponden a aplicaciones más complejas que poco tienen que ver con lo que se regula.

Así, por ejemplo, lo aquí regulado es una reproducción literal del artículo 3 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad¹⁰⁰, salvo por el hecho de que no alude a la «protección del ambiente». Al momento de comentar esta última Ley –antes de su reforma, artículo 2– se indicaba:

En sí, la disposición menciona algunos valores superiores del ordenamiento jurídico normados en la Constitución, como lo son: «la justicia, la igualdad, la solidaridad (...) la responsabilidad social», y añade un

⁹⁹ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *El Registro del Estado Civil*. Vol. I (Organización y principios sectoriales). Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 15 y ss.

¹⁰⁰ Reformada recientemente según *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6686 extraordinario, de 15-02-22.

principio del Estado, como la «corresponsabilidad», y ya más específicamente de la Administración Pública, tales como: «participación, celeridad, eficacia, eficiencia»¹⁰¹.

Por otra parte, el tema de la «pluralidad de relaciones familiares» y de la «diversidad étnica y cultural», podría tener algún interés a los fines que ellos no sean aspectos que incidan a la hora de la designación del tutor, en tal caso entraría dentro del principio y derecho constitucional a la «igualdad y no discriminación» (artículo 21), que a su vez se regula concretamente en el artículo 4 del Proyecto.

La «solidaridad, corresponsabilidad, responsabilidad social» parece entrar en conflicto con el «ejercicio voluntario de la tutela» (artículo 18 del Proyecto), pues lo que en el Código Civil era una verdadera obligación familiar de asunción y permanencia en los cargos tutelares, ahora pasa a ser de aceptación voluntaria y de libre renuncia, lo que desdice de que tal encargo se asuma como auténtica carga familiar¹⁰², que es asimismo recíproca entre los parientes.

El denominado «cuido colectivo», se vincula con una reciente tendencia regulada en forma meramente programática y a título de exhortos sin contenidos concretos a través de normas operativas, como ocurre en la Ley de Sistemas de Cuidados para la Vida¹⁰³, siendo que de la interpretación

¹⁰¹ VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *Comentario y reparos a la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. Editorial RVLJ. Caracas, 2021, p. 61. En todo caso, siguiendo la Constitución (artículo 75), se consideran verdaderos principios aplicables a las relaciones familiares los siguientes: igualdad –que con propiedad es un principio general del Derecho–, solidaridad, respeto y esfuerzo común.

¹⁰² Así, por ejemplo, el Proyecto de Código Civil de 1854 establecía que «la tutela es una carga personal...», artículo 4 de la ley II, título XII, libro II, *cf.* VISO: ob. cit. (*Proyecto de Código...*), p. 88. CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 27, «en el interior de la familia, la tutela sigue siendo obligatoria. Es una carga del parentesco y de la afinidad».

¹⁰³ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6665 extraordinario, de 11-11-21. Véase también Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo

de su artículo 3, se ha discernido la siguiente definición de «cuidados para la vida»:

Son las actividades que desarrollan los cuidadores –de manera voluntaria y solidaria– para satisfacer las necesidades básicas de la vida de las personas que, por razones de edad o condición física, mental o psicológica, requieren apoyo o cuidado para tal fin, especialmente de quienes se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad¹⁰⁴.

La única relación que pueda tener el mencionado «cuido» sería en materia de responsabilidad de crianza como atributo del tutor provisional o titular (artículos 9 y 10). Pero en tal caso existirían contradicciones, pues las funciones de «cuidados para la vida» la ejecutan «personas cuidadoras» sin que se requiera vínculo familiar, y el cargo de tutor –según el artículo 7 del Proyecto– solo recae en familiares –salvo la excepción de la tutela testamentaria–.

Finalmente, la aludida «participación protagónica de las familias» es más reducida en un sistema de tutela de autoridad, aunque, como se indicó, mantiene puntuales intervenciones.

2.4. *Igualdad y no discriminación*

Artículo 4.- Las disposiciones de esta Ley se aplicarán con igualdad a todas las personas y familias, sin discriminaciones fundadas en el sexo, credo, condición social, pensamiento, conciencia, opinión política, cultura, idioma, raza, color, linaje, origen étnico, social o nacional, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, edad, posición

Integral de las Personas Adultas Mayores, *Gaceta Oficial* N.º 6641 extraordinario, de 13-09-21 (artículos 27.3 y 29), y la reciente reforma de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad que alude al «cuido colectivo» (artículos 3, 4 y 33).

¹⁰⁴ VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), p. 253. Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Comentario y reparos...*), pp. 167 y 168.

económica, discapacidad, condición de salud o, aquellas que, en general, tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos, garantías y deberes de las personas.

El Estado, las familias y la sociedad garantizarán que la igualdad reconocida en esta disposición sea real y efectiva. A tal efecto, adoptarán todas las medidas positivas a favor de las personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables.

Nuevamente, se transcribe al calco el artículo 5 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, salvo en el hecho que añade «raza, color, linaje», lo cual pareciera estar incluido en «origen étnico». Norma totalmente innecesaria si se parte de que la Constitución contiene una disposición bastante satisfactoria y lo que no indica expresamente se entiende implícito (artículo 21). En todo caso, expresiones como «identidad de género, expresión de género» parecen responder a una agenda de grupos de presión o *lobby* que persiguen impulsar ciertas reivindicaciones no tan claras desde el punto de vista de sus posibles efectos jurídicos.

2.5. *Igualdad y equidad de género*

Artículo 5.- La tutela debe ejercerse en condiciones de igualdad y equidad de género, respetando las características individuales y las necesidades particulares relativas a la diversidad de género, eliminando barreras y sin discriminación.

La Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad del 2022 también trae una disposición dedicada a la «Igualdad y equidad de género en las familias» (artículo 6), que persigue desarrollar los postulados constitucionales sobre igualdad en las relaciones familiares y equidad en los roles por parte de mujeres y hombres (artículos 75 y 77)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ *Vid.* otros instrumentos recientes que introducen normas con esta intención: Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública,

Empero, la norma aquí glosada parece tener otra finalidad, pues alude a «características individuales», «necesidades particulares» relacionadas con «la diversidad de género»¹⁰⁶.

Se está ante esas disposiciones denominadas de manera gráfica «normas franqueasteis», ya que la primera parte del artículo parece bastante razonable y tautológica si se parte que previamente el propio Proyecto ha aludido a la igualdad de «sexo» (artículo 4), lo que implicaría que no se pueda discriminar entre hombre y mujer para ocupar el cargo de tutor. Idéntico razonamiento se debería aplicar en lo que se refiere a la «orientación sexual», en el sentido de que no se podría tomar en cuenta para la designación como tutor el hecho de que la persona posea preferencias sexuales que lo califiquen de heterosexual, homosexual, lesbiana, bisexual o transexual, ya que de ocurrir sería claramente un trato discriminatorio.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6658 extraordinario, de 28-10-21, «Artículo 12.- Todas las funcionarias públicas y funcionarios públicos deben asegurar la igualdad y equidad entre hombres y mujeres en todos sus actos y actuaciones, absteniéndose de realizar, admitir, tolerar o promover discriminaciones fundadas en el género»; Ley de Intérpretes Públicos, *Gaceta Oficial* N.º 6703 extraordinario, de 25-05-22, «Artículo 5.- El ejercicio de la profesión de intérprete público y las disposiciones de esta Ley se aplicarán bajo el enfoque de género, inclusivo y no sexista en condiciones de igualdad y que no conlleva estereotipos de género. Por tanto, evita el sesgo hacia un sexo o género en particular y, por ello, no oculta, subordina, jerarquiza, ni excluye a ninguno de los géneros...» –ídem, la Ley de Registro de Antecedentes Penales, *Gaceta Oficial* N.º 6712 extraordinario, de 20-07-22–, y Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores, *Gaceta Oficial* N.º 6641 extraordinario, de 13-09-22, «Artículo 6.- El Estado, las familias y la sociedad deben promover, respetar y garantizar la igualdad y equidad de género en las personas adultas mayores. A tal efecto, las políticas, planes y acciones dirigidas a las personas adultas mayores deben adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para asegurar que la igualdad y equidad de género sea real y efectiva».

¹⁰⁶ Vid. Ley de Sellos (artículo 4), *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6711 extraordinario, de 20-07-22, o la Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica (artículo 6), *Gaceta Oficial* N.º 6737 extraordinario, de 23-02-23, donde se varía únicamente en el encabezado.

Ahora bien, la aludida «diversidad de género» es una construcción muy discutible por las dificultades de ser apreciada en términos objetivos y racionales. Prueba de ello es el artículo aquí comentado, en razón que para valorar esa diversidad se requiere aludir a «características individuales» o «necesidades particulares», se estará entonces al frente de una particular «identidad» o «expresión» de género, es decir: un subjetivismo, pero tomar en cuenta esas especificidades podría resultar discriminatorio y chocaría con el principio de igualdad. Por tanto, de mantenerse una disposición con un contenido como el comentado se prefiere la fórmula de la Ley de Intérpretes Públicos citada *supra*.

2.6. *Supuestos de procedencia de la tutela*

Artículo 6.- Las niñas, niños y adolescentes podrán ser protegidos mediante la familia sustituta en la modalidad de tutela cuando se encuentren separados temporal o permanentemente de su familia de origen nuclear, en los casos en que ambos progenitores o uno solo de ellos cuando existe un representante, hayan fallecido, se desconozca su ubicación o se encuentren afectados en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza.

Aquí inicia el capítulo II del Proyecto que se adentra a la regulación de la tutela de niñas, niños y adolescentes en específico. La presente disposición prácticamente reproduce el artículo 394 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que se refiere al concepto de familia sustituta, pero refiriéndose a la tutela, lo que origina que no pueda distinguirse cuál es el verdadero «supuesto de procedencia de la tutela», ya que lo que se indica puede aplicarse indistintamente a la colocación familiar o a la adopción.

En efecto, el Proyecto no dilucida en qué casos concretos se debe recurrir a la tutela¹⁰⁷ y ello es un problema práctico y de fondo, esto último en el sentido de que, si no existen unas razones particulares para recurrir a esta figura, qué sentido tiene regularla con autonomía si se puede emplear para tales fines la colocación familiar. En otros términos, para que tenga sentido crear una ley que regule en concreto la tutela, se debe identificar sus propios presupuestos y que su finalidad no sea plenamente satisfecha por medio de otra institución actualmente vigente.

Aclarado lo anterior, resulta conveniente preparar una lista de aspectos discordantes entre la tutela y la colocación familiar y ponderar si los mismos son de peso para mantener la regulación de cada figura, pero, si no lo son, resultaría más provechoso suprimir una de las dos y hacer ciertas adecuaciones para añadir a la que perviva lo que faltaría para cubrir de manera adecuada todos los escenarios de necesaria reglamentación¹⁰⁸. Veamos:

i. Temporalidad: la colocación familiar «es de carácter temporal, en el sentido de que su finalidad es reintegrar al niño o adolescente a su familia de origen (artículo 128 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), 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»¹⁰⁹. Por su parte, la tutela también es temporal y, de hecho, el Proyecto subraya que, cuando la pérdida del ejercicio de los progenitores titulares de la patria potestad no es

¹⁰⁷ En honor a la verdad, el Código Civil vigente tampoco lo hace –*cfr.* AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Necesidad, apertura...*), p. 37–, pero en dicho caso se podría justificar porque es un instrumento anterior a la regulación de la colocación familiar de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁰⁸ Por ejemplo, es el caso español, donde el Código Civil, actualmente vigente, establece que la tutela procede para los casos de menores no emancipados no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo (artículo 199), unificando el tratamiento de los supuestos que en nuestro sistema darían curso a tutela o colocación familiar.

¹⁰⁹ VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil I Personas*), p. 543.

definitiva¹¹⁰, corresponde al tutor perseguir la «reintegración» del niño o adolescente a la familia de origen, es decir, debe tratarse de que se restablezca la autoridad parental (artículo 12). Tal vez, la diferenciación podría ubicarse en que la colocación familiar es más expedita y fácil de constituir en relación con la tutela regulada en el Código Civil y se cree que también lo sería según el enfoque del Proyecto.

ii. Atributos: la colocación familiar concede al responsable el atributo de la responsabilidad de crianza y, en algunos supuestos, la representación (artículo 396 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), en cambio, la tutela comprende los mismos atributos que la patria potestad: responsabilidad de crianza, representación y administración de los bienes (artículo 10 del Proyecto).

iii. Responsable: en la colocación familiar la responsabilidad de la medida recae en un familiar o en un tercero que se encuentre debidamente inscrito en el programa de colocación; para la tutela –según el artículo 7 del Proyecto– el cargo de tutor recae en un familiar y solo en caso de la denominada «tutela testamentaria» puede recaer en un tercero.

De acuerdo con las anteriores notas, el único aspecto relevante de distinción entre ambas figuras es el tema de la administración del patrimonio,

¹¹⁰ Sería definitiva cuando se está al frente de un supuesto de «extinción», que por naturaleza opera de pleno derecho (artículo 356 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes); por su parte, la privación puede ser temporal en el entendido que admite restitución y es producto de una decisión judicial (artículo 352 *eiusdem*). Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil I Personas*), pp. 510 y ss. Véase también, otras leyes que contienen supuestos de extinción de la autoridad parental como pena accesoria de algunos delitos, *exempli gratia*, la Ley para la Prevención y Erradicación del Abuso Sexual contra Niñas, Niños y Adolescentes (artículo 19) –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6655 extraordinario, de 07-10-21–, y la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (artículo 85.5) –*Gaceta Oficial* N.º 6667 extraordinario, de 16-12-21–. Véase nuestros comentarios en: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 249 y ss.

pues la colocación familiar no está diseñada para que el responsable se encargue de tales asuntos; en cambio, la tutela, al ser el régimen más completo, toma diversos recaudos a los fines de proteger los ámbitos económicos¹¹¹, que, por cierto, siempre fue criticada la institución por cuanto en su constitución se priorizaba la existencia de bienes que administrar y que la misma procediera principalmente como efecto de la orfandad del pupilo, pues es en dicho caso en el cual normalmente los menores de edad adquieren un patrimonio producto de la herencia.

Quedando así planteada la cuestión, correspondería dilucidar si el aspecto patrimonial es tan particularizado que amerite mantener el instituto de la tutela o, por el contrario, sería suficiente con atribuir al responsable de la colocación familiar, en algunos casos, las funciones de administración de los bienes, acompañando tal función con los recaudos y las salvaguardas para garantizar su buen desempeño.

El Proyecto sigue la línea de considerar mantener la tutela, figura que será de autoridad y necesaria cuando el menor de edad, desprovistos de hecho o de derecho de autoridad parental, requiera conjuntamente el cuidado personal, representación y administración de su patrimonio.

2.7. *Tutores*

Artículo 7.- Solo podrán ser tutoras y tutores de las niñas, niños y adolescentes:

1. Las hermanas y hermanos mayores de edad.
2. Las abuelas y abuelos.

¹¹¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil* i...), p. 338, «De manera, pues, que se trata de un régimen subsidiario de la patria potestad, pero preeminente sobre la “colocación” (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 397, letra b). De allí que el juzgador debe antes de considerar esta última pasarse por el análisis de la institución tutelar, por ser el régimen más cercano a la patria potestad y con mayores garantías».

3. Las tías y tíos consanguíneos.
4. Las personas que hayan sido designadas por la madre y el padre, en ejercicio de la patria potestad, mediante documento público o testamento.
5. La persona unida en matrimonio o unión estable de hecho con el padre o la madre, cuando existe uno solo de ellos y este ha fallecido, se desconoce su ubicación o se encuentra afectado en el ejercicio de la patria potestad.

Las personas indicadas en este artículo se encuentran legitimadas para solicitar la constitución de la tutela ante los tribunales de protección de niñas, niños y adolescentes. No podrá nombrarse como tutora o tutor las personas no previstas en este artículo.

La delación del cargo de tutor siempre ha correspondido a un asunto complejo, pues tradicionalmente se ha establecido cierta jerarquía y preferencia para la selección del encargado de ocupar tal responsabilidad. Así, por ejemplo, el Código Civil vigente se decanta por una delación paterna, legítima y dativa, ello según la designación provenga de los padres, la ley o del juez, siendo que tal prelación es de orden público. En concreto, los padres en ejercicio de la patria potestad pueden designar al tutor (artículos 305-307); en su defecto, lo será uno de los abuelos, según indica la ley (artículo 308) y, a falta de los anteriores, el juez debe escoger preferiblemente entre los parientes dentro del cuarto grado de parentesco consanguíneo (artículo 309).

El Proyecto cambia el anterior sistema y, en tal sentido, instituye básicamente que el cargo de tutor solo puede recaer en familiares¹¹², salvo la

¹¹² PORTALIS: ob. cit. (*Discurso preliminar...*), p. 85, «Un tutor es encargado de la persona y de los bienes; debe ser escogido por la familia y en la familia: pues es preciso que tenga un interés real en conservar los bienes y un deseo de honor y afecto para velar por la educación y salud de la persona». CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 29, al comentar la reforma francesa de 1964 indicaba: «se trata de una

que hagan los progenitores, que puede corresponder a cualquier persona idónea. Entonces, puede corresponder: i. parientes consanguíneos: ascendientes de segundo grado (abuelo), colaterales de segundo (hermano) y tercer grado (tío); ii. afín ascendente en línea recta de primer grado (que sería el cónyuge) o en el concubino del progenitor; siempre, en estos últimos casos, que ha enviudado, se desconoce su paradero o ha sido privado de la autoridad parental¹¹³ y no tenga otro progenitor.

La ulterior posibilidad no se crea que es una novedad, ya SANOJO¹¹⁴ lo planteaba como una opción cierta según la sana interpretación de la legislación vigente, a saber:

La cualidad del padrastro por sí sola no es una circunstancia que inhabilite para ejercer el cargo de la tutela de los entenados. ¿Qué puede hacer

ley resueltamente familiar, pero la familia por la que se bate es la familia estricta, la única con suficiente coherencia y fuerza para merecer el combate: el padre y la madre, el padre o la madre, y cuando ambos han desaparecido, el pequeño grupo de los que están unidos por los sentimientos y por los hábitos», en tal caso los dotaba de mayores facultades y protagonismo, era casi «soberana». En el caso del Código Civil español vigente, el artículo 211 contempla como principio que «Podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función...», incluyéndose personas jurídicas que tengan por fines «protección y asistencia de menores» (artículo 212). En nuestro caso, solo para el supuesto de la medida sustituta de colocación familiar se contempla su ejecución por parte de «entidades de atención» que son entes colectivos especializados en materia de protección de la infancia (artículo 181 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

¹¹³ Este supuesto es muy complicado en la práctica, pues si el progenitor convive con la pareja, no podría este último desempeñar el cargo de tutor, ya que ello implica fijar la residencia y convivir, y obviamente existiría un conflicto al reunirse hijo y padre privado de la patria potestad bajo un mismo techo. Por tanto, debería reducirse a los supuestos de viudez o ausencia como posibilidad de que el otro consorte sobreviviente o presente pueda ser tutor, todo ello en atención a las relaciones afectivas que normalmente surgen por la convivencia familiar.

¹¹⁴ Vid. SANOJO, Luis: «Tutela de los padrastros». En: *El Foro*. N.º 40. Caracas, 10-12-1860, pp. 338-340.

incompatible el doble carácter del padre político y de tutor? (...) Por el contrario, el padrastro, ora por el amor de su mujer y la influencia que por fuerza ha de ejercer está sobre él, ora por los vínculos que unen a los menores con sus hijos, ora porque las más veces son comunes los intereses de los unos y los otros, será con frecuencia muy acucioso en el cumplimiento de sus deberes. La ley lo que ha querido es que la persona y bienes de los menores no estén a cargo de un individuo que no ha pasado por el crisol del examen de la autoridad judicial (...) El nuevo marido puede ser inmoral, inepto para el desempeño de tan delicado cargo y carecer de todo linaje de responsabilidad, y por lo mismo la ley no ha querido que todo el que contraiga segundas nupcias con una viuda que ejerce la tutela de sus hijos, venga a ser de hecho el verdadero guardador de estos. Más cuando la autoridad judicial, después del detenido examen que corresponde, declara al padrastro digno de la confianza pública, y le ha exigido todas las garantías legales, no hallamos por qué se le haya de rechazar, tan solo porque le ligan a la madre de los huérfanos los estrechos vínculos del matrimonio¹¹⁵.

En todo caso, estos mismos individuos se encuentra legitimados para instar la constitución de la tutela ante el tribunal de protección¹¹⁶. El tema es que el Proyecto solo alude a una facultad de solicitar la constitución, lo que debería ser una verdadera obligación, pues la realidad es que muchas tutelas no se formalizan por falta de notificación al juez, más allá que se recurra a otras figuras como la guardia de hecho o entregas voluntarias¹¹⁷.

¹¹⁵ Reproducido en SANOJO, Luis y VISO, Julián: *Estudios escogidos. Seguidos de ensayos polémicos entre ambos autores*. Ministerio de Justicia. «Selección y nota preliminar» G. KUMMEROW. Caracas, 1959, pp. 88 y 89. Caso distinto el del Código Civil chileno que establece: «Artículo 502.- El padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado».

¹¹⁶ El Código Civil extiende este deber de instar la constitución de la tutela hasta los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado (artículo 303) y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes alude a «cualquier pariente» (artículo 397-B).

¹¹⁷ El Código Civil y Comercial de Argentina en este punto establece un verdadero mandato: «Artículo 111.- Obligados a denunciar. Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o quienes han sido designados

No establece el Proyecto ningún orden de prelación ni de preferencia y todo dependerá de quién efectúe la solicitud y, si concurren varios llamados a ocupar el cargo que sean idóneos, se decidirá por el juez según lo que más convenga al menor –principio de interés superior– y lo que determinen los informes técnicos (artículo 17)¹¹⁸.

Por otra parte, el Proyecto excluye que se designe como tutor a personas distintas a las indicadas, lo que implica que la lista sea de *numerus clausus*, ello sumado a que: i. exige el consentimiento del adolescente (artículo 8), ii. la aceptación al cargo no es obligatoria (artículo 18)¹¹⁹ y iii. se condiciona a particulares rangos de edad (artículos 13.1 y 14, párrafo *in fine*). Tales requisitos ocasionaría serias dificultades adicionales para el nombramiento del tutor, pudiendo este quedar vacante, ello si además se pondera

tutores por sus padres o estos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente. Tienen la misma obligación los oficiales públicos encargados del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y otros funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela. El juez debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela».

¹¹⁸ El Código Civil español sí establece una preferencia: i. tutela testamentaria, ii. ascendientes o hermanos, pero el juez puede excepcionalmente alejarse de dicho orden de prelación por auto motivado y ponderando igualmente el interés superior del tutelado (artículo 213). El Código Civil y Comercial argentino solo reconoce la paterna y, a su falta, por cualquier razón: «... el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad» (artículo 107).

¹¹⁹ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 38 y 70, sostenía que «los cargos tutelares son oficios –en sentido técnico–, obligatorios, personales e indisponibles», ello en razón del «interés colectivo que existe en la eficacia general de la protección del menor bajo tutela».

la actual coyuntura migratoria que como efecto ocasiona que muchos de los parientes llamados a ocupar tal rol familiar no se encuentren en el país.

El anterior escenario debe evaluarse contrastándolo con las otras modalidades de familia sustituta donde, por ejemplo, tanto en la colocación familiar como en la adopción, puede perfectamente recaer en terceras personas, es decir, en individuos sin ningún nexo familiar, aunque como principio la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes promueve que los lazos familiares se privilegien (artículo 395.b)¹²⁰.

Entonces, si se permite a los terceros adoptar, que es una decisión permanente¹²¹, e igualmente ser responsables de una colocación, que es temporal, siendo que en todas las modalidades de familia sustituta se posee la responsabilidad de crianza como función, ¿cuál es la razón de excluirlos de plano y como regla general en la tutela –salvo en la delación paterna–?

Pareciera que la respuesta se ubica en la desconfianza al extraño –no familiar– en la administración del patrimonio, y pondérese que no se desconfía del tercero cuando solo le corresponde el cuidado personal del protegido¹²², pero cuando se trata de un aspecto económico saltan las alarmas y únicamente se permite la intervención de familiares, creyendo el proyectista –ingenuamente, en nuestra opinión– que en tal caso hay menos peligros.

Fue tal razonamiento lo que llevó al redactor a suprimir determinadas salvaguardias en la tutela, que sí se exige el Código Civil, como lo es la

¹²⁰ *Cfr.* Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad que establece entre su finalidad: «6. Asegurar la participación protagónica de las familias y sus organizaciones en la protección integral de sus integrantes...» (artículo 2.6).

¹²¹ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 645, de 30-05-23, que anula una adopción *post mortem*.

¹²² Incluso en la colocación familiar se da preferencia a la denominada «guarda de hecho» a los efectos de designar al representante de la medida (artículo 400 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). *Vid.* Código Civil y Comercial argentino que reconoce la posibilidad de una designación de guarda por los padres en parientes que puede ser ratificada por el juez (artículos 104 y 106).

constitución de caución real o personal sobre las resultas de la administración (artículo 360) o el deber de presentar anualmente estados de cuenta sobre la administración ante el tribunal (artículo 377)¹²³.

2.8. Opinión y consentimiento del pupilo

Artículo 8.- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a opinar y ser oídos en todas las decisiones de las y los tutores, así como los procedimientos relacionados con la tutela. En los procedimientos dirigidos a la constitución de la tutela y designación de las tutoras y tutores se requiere el consentimiento de la o el adolescente.

El derecho a opinar y a ser oído es un derecho fundamental regulado en el catálogo de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 80) y desarrollado específicamente en diversas situaciones, como, por ejemplo, para determinar su interés superior (artículo 8) y fijar la modalidad de familia sustituta (artículo 395)¹²⁴.

¹²³ Sobre esto último téngase en cuenta que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el caso de la colocación familiar, la misma es objeto de seguimiento por el tribunal cada tres meses (artículo 401-B) o para el caso de medidas de protección cada seis meses (artículo 131). En el supuesto de la tutela española, el tutor está obligado «5.º A informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración», así como al cesar su cargo debe rendir «cuenta general justificada de su administración» ante el juez (artículos 228 y 232 del Código Civil), además «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal», pudiendo «exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de la tutela» (artículo 209 del Código Civil). Por su parte, el juez «podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime adecuadas, en beneficio del tutelado. Asimismo, en cualquier momento podrá exigir del tutor que informe sobre la situación del menor y del estado de la administración» (artículo 210 del Código Civil). El Código Civil de Andrés BELLO establece: «Podrá el juez mandar de oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor o curador, aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración o manifieste las existencias...» (artículo 416).

¹²⁴ También, el Código Civil lo regulaba expresamente en materia de tutela, concretamente, a los fines de escoger entre los abuelos quién detentaría la tutela

En tal sentido, la disposición reproducida no hace otra cosa que ajustar las anteriores exigencias contenidas en la Ley Orgánica a la tutela y por ello la primera parte de la norma se refiere a la facultad de opinar y ser oído en todas las decisiones que tome el tutor, por ejemplo, en ejercicio de la responsabilidad de crianza e igualmente en aquellos trámites administrativos o judiciales, como lo referente a los actos de disposición en ejercicio de la administración de los bienes. En la segunda parte, se refiere a que, además, en el caso de adolescente, el mismo tiene derecho a dar su consentimiento sobre la modalidad de familia sustituta y la designación de la persona del tutor¹²⁵.

Lo anterior en sí mismo no es una novedad, pues, por ejemplo, AGUILAR GORRONDONA afirmaba que varios modelos de tutela contemplan la facultad de elección del tutor en el propio menor de edad:

Lo que representa una peculiaridad del sistema angloamericano es que, en defecto de tutor «testamentario», se reconoce al menor que ha cumplido cierta edad –de ordinario fijada entre 14 y 16 años–, la facultad de designar al tutor, con la sola limitación de que el tribunal pueda dejar

(artículo 308), para los actos de disposición (artículo 334), para fijar el lugar de residencia y educación (artículo 348). También el Código Civil español contempla el derecho del tutelado a intervenir en diversos aspectos asociados a la tutela «si tuviere suficiente madurez», tales como en caso de desacuerdo en el ejercicio conjunto de varios cotutores o para el trámite de remoción de tutor (artículos 219 y 223).

¹²⁵ Recuérdese que la opinión, en este caso consentimiento, «solo será vinculante cuando la ley así lo establezca» (artículo 80, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Vid. DEL MORAL FERRER, Anabella: «El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño». En: *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. 1, N.º 2. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2007, pp. 73 y ss.; MORALES L., Georgina: «El derecho del niño a ser oído y su eficacia probatoria». En: *Familia intervenciones protectoras y mediación familiar*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2005, pp. 127 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: «El derecho constitucional del menor a ser oído». En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. N.º 7. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 1994, pp. 157 y ss.

sin efecto la designación por considerar inadecuada la persona propuesta. Este principio que puede llamarse de la tutela electiva no es, sin embargo, exclusivo del Derecho angloamericano: está consagrado expresamente en el Código Civil mexicano...¹²⁶.

2.9. *Tribunal competente, procedimiento y tutor provisional*

Artículo 9.- El tribunal de protección de niñas, niños y adolescentes es competente para conocer y decidir todos los procedimientos relacionados con la tutela de niñas, niños y adolescentes, los cuales se tramitarán mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

En los procedimientos dirigidos a la constitución de tutela, una vez verificado que la niña, niño, adolescente se encuentra en los supuestos de procedencia, la jueza o juez dictara una medida preventiva de designación de una tutora o tutor provisional. La tutora o tutor provisional ejercerá temporalmente la tutela hasta que se designe la tutora o tutor ordinario y en la administración de los bienes se limitará a los actos de administración y conservación indispensables. En caso de que sea imprescindible y urgente celebrar un acto que exceda de la simple administración, será necesaria una autorización judicial previa. La jueza o juez deberá adoptar todas las decisiones y medidas necesarias para evitar perjuicios al patrimonio de la niña, niño o adolescente.

En esta disposición se reitera la competencia del tribunal de protección, la cual se deduce por lo establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que atribuye el procedimiento de tutela a la jurisdicción voluntaria (artículos 177, parágrafo segundo, letra b,

¹²⁶ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 122. SANOJO, Luis: *Juicio sobre el Código Civil*. Imprenta de El Federalista. Caracas, 1867, p. 18, al comentar las leyes antiguas que se modificaron con el Código Civil de 1867, «no tenemos ya el sistema que dejaba a niño de catorce años o de una niña de doce el tener o no guardador».

y 178)¹²⁷, lo cual es curioso si se contrasta con la colocación familiar que se sustancia a través de un procedimiento de naturaleza contencioso (parágrafo primero, literal h).

Partiendo de que es requisito de procedencia de tanto la tutela como de la colocación familiar que el menor de edad esté privado de progenitores o del único que tiene legalmente, por razones de hecho o de derecho valoradas por el tribunal de protección, corresponderá dilucidar qué familia sustituta constituir, y sobre ello no existen criterios claros, como se ha indicado.

Ciertamente, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes solo establece que el tribunal se auxiliará del equipo multidisciplinario para decidir, según las características del caso, cuál modalidad debe aplicarse a determinado asunto (artículo 394-A), y añade que en los procedimientos de privación o extinción de la patria potestad o ejercicio de la responsabilidad de crianza, de quedar el menor de edad desprovisto de los guardadores naturales, en la decisión respectiva se acordará la colocación familiar o en entidad de atención, siendo esta provisional, pues las particularidades del caso pueden exhortar a un cambio posterior de medida, por ejemplo, a una tutela.

Ahora bien, si los padres, o uno de ellos, han previsto su eventual ausencia no culpable y, estando en el ejercicio de la patria potestad, designaron un tutor para tal contingencia, ello es motivo para privilegiar la constitución de la tutela (artículo 397-B de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Adicionalmente, se podrían considerar que, si el menor de edad ha quedado huérfano de ambos o uno de los progenitores que detentaban la patria potestad, de forma tal que surja una separación permanente de la familia de origen, probablemente recibirá una herencia y ello demandara

¹²⁷ En España, la tutela también se sustancia por un expediente de jurisdicción voluntaria (artículo 208 del Código Civil).

de un administrador de dichos bienes y de la apertura de la tutela para tales fines.

Por su parte, resultaría más conveniente la colocación familiar para las hipótesis de separaciones temporales de los padres del ejercicio de la patria potestad, en razón de una determinada medida de protección (artículo 126.g de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), vencimiento del abrigo (artículos 397.a, 397-A y 397-C *eiusdem*), ausencia, no presencia, hospitalización, privación de libertad (supuestos conocidos como de «suspensión» de la patria potestad, artículo 262 del Código Civil) o privación del ejercicio de la responsabilidad de crianza del único padre que ejercía la patria potestad.

Como se puede apreciar, no existen verdaderos criterios y todo dependerá de los informes y situaciones de hecho, además del consentimiento del adolescente si fuera el caso.

Lo cierto es que, decidida la procedencia de la tutela como medida de familia sustituta, corresponde al juez designar de manera preventiva un «tutor provisional», para que se encargue de la responsabilidad de crianza del menor de edad y realice los actos de administración y conservación necesarios hasta que entre en ejercicio el tutor ordinario. Durante esta provisionalidad, de requerirse hacer un acto que excede la simple administración, deberá el juez autorizar expresamente, tomando además las medidas necesarias para evitar perjuicios patrimoniales.

La anterior figura no es novedosa, ya que el Código Civil se refería a ella como «tutor interino» y contenía normas más garantistas, pues se refería expresamente a la «guarda» –actualmente responsabilidad de crianza–¹²⁸

¹²⁸ En el supuesto español, el Código Civil instituye como principio que la actividad del tutor estará «bajo la salvaguarda de la autoridad judicial» (artículo 200), además de la vigilancia del Ministerio Fiscal (artículo 209), e incumben no solamente los aspectos patrimoniales, sino, sobre todo, a la persona del menor de edad.

y que el mismo podía recaer en parientes o amigos de la familia del menor de edad protegido (artículos 313 y 314).

2.10. *Contenido y ejercicio de la tutela*

Artículo 10.- La tutela de las niñas, niños y adolescentes comprende el ejercicio de la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de sus bienes.

Las tutoras y tutores deben ofrecer un ambiente de afecto, seguridad, solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua y respeto recíproco que permita el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. El ejercicio de la tutela se rige por lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y esta Ley.

Esta disposición está compuesta por tres partes: la primera, en la que señala los atributos que concede la tutela, en términos similares al Código Civil (artículo 347). En la segunda, alude a cómo debe desarrollarse la tutela, reproduciendo lo indicado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 26, en concordancia con el artículo 5), que además son principios contenidos en la Constitución (artículo 75) y en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (artículos 1 y 4). Finalmente, concluye con una declaración sobreentendida al señalar que el ejercicio de la tutela se rige por la Constitución y la referida Ley Orgánica.

En cuanto a los atributos que corresponden al tutor en el ejercicio de su oficio, en términos generales son muy similares a los que les incumben a los progenitores. Lamentablemente, el Proyecto no se esfuerza en subrayar el aspecto personal de la tutela¹²⁹, es decir, el referido a la

¹²⁹ Lo mismo ocurría en la regulación del Código Civil. *Cfr.* AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 148 y 149, «nuestra tutela de menores es en extremo lacónica en lo referente a la protección de la persona del pupilo (...) que contrasta con las numerosas normas relativas a la protección patrimonial del pupilo».

responsabilidad de crianza que, de acuerdo al modelo de protección integral que se instituye con la Convención sobre los Derechos del Niño, es el más relevante. Empero, en una correcta interpretación de todo el sistema, es evidente que, para comprender el verdadero rol que le atañe desempeñar al tutor, deberán incluirse los principios y el catálogo de derechos que se regula en detalle en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de allí que la remisión que se hace al final a la Constitución y a la Ley tal vez persiga como fin pedagógico aludir a que la institución de la tutela no debe interpretarse de forma aislada, sino en completa sintonía con el sistema de protección que se instituye en la Ley Orgánica.

En todo caso, desaprovecha el Proyecto de colocar énfasis en la capacidad evolutiva¹³⁰ y el deber del tutor de preparar al pupilo en el ejercicio de su ciudadanía activa (artículo 78 de la Constitución)¹³¹. Así, por ejemplo, sobre el reconocimiento de la capacidad en desarrollo que puede poseer el adolescente —de acuerdo con su desarrollo, madurez, opinión e interés superior—, solo la reconoce expresamente en lo referente a la designación del tutor, que, como se observó, alude a que se requiere su consentimiento (artículo 8 del Proyecto); también para determinar la modalidad de familia sustituta (artículo 395.a de la Ley Orgánica para la Protección de Niños,

¹³⁰ Elemento que se desprende del artículo 13 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con el artículo 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes*. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, *in totum*. Decía PORTALIS: ob. cit. (*Discurso preliminar...*), pp. 84 y 85, «En nuestro siglo, mil causas concurren a formar más tempranamente a la juventud; demasiado a menudo incluso envejece nada más salir de la infancia. El espíritu de sociedad y el espíritu de industria, hoy tan generalmente extendidos, dan un empuje a las almas, que suple las lecciones de la experiencia y que dispone a cada individuo a llevar más pronto el peso de su propio destino».

¹³¹ En palabras de AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 143, «... que el pupilo tenga una intervención progresiva y suficientemente acentuada en sus negocios jurídicos para asegurar así su adecuada preparación, de modo que, llegado a la mayoría, pueda hacer buen uso de su capacidad negocial».

Niñas y Adolescentes) y en lo referente a la determinación de su interés superior (artículo 8 de la misma Ley).

Pero es claro que el Proyecto pudo ser más específico y referir su intervención obligatoria en materia de educación¹³², residencia¹³³, salud, trabajo, recreación, etcétera; así como establecer que, en aquellos asuntos en los cuales el adolescente evidencie capacidad evolutiva, pudiera el juez habilitarlo para actuar con asistencia del tutor, en una especie de «emancipación voluntaria»¹³⁴ y fijar como deber que el tutor informe adecuadamente al pupilo adolescente sobre la administración del patrimonio, en especial sobre los actos de administración que, aunque comunes y cotidianos, son justamente los que deberá manejar con mayor destreza una

¹³² *Vid.*, por ejemplo, la Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6737 extraordinario, de 23-02-23, artículo 13: «... los estudiantes participarán activamente y de acuerdo a su desarrollo evolutivo en todos los aspectos del ámbito educativo, con la debida orientación de las madres, padres, representantes o responsables...».

¹³³ El Código Civil le reconoce cierta participación –derecho a ser oído– en materia de educación y residencia al pupilo a partir de los 10 años (artículo 348); y presentar quejas sobre el abuso del tutor (artículo 350 del Código Civil, en concordancia con los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). El Proyecto pudo ampliar su intervención en estos asuntos.

¹³⁴ Emancipación que existía en nuestro ordenamiento hasta la reforma del Código Civil en 1982, que, al reducirse la mayoría de edad de 21 a 18 años, optó por suprimir esta figura, dejando la emancipación solo para el caso de matrimonio –y por extensión para la unión estable de hecho–. *Vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La emancipación y la capacidad evolutiva de los niños y adolescentes». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10. Caracas, 2018, pp. 761 y ss. SANOJO: ob. cit. (*Juicio sobre el Código...*), p. 24, advertía: «no encontramos por qué un menor que no tiene padres (...) y que a juicio del tutor y del juez tiene la suficiente aptitud para administrar sus bienes; por qué, decimos no se le ha de emancipar, queriéndolo él también»; según el Código Civil de 1867 (artículos 146 y 233), la mayoría se alcanzaba a los 21 y a partir de los 18 años el menor se podía emancipar voluntariamente por los padres, pero el referido Código omitió incluir el caso para el menor de edad bajo tutela –*vid.* ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. IV, pp. 611 y 616–.

vez que salga de la tutela¹³⁵, pues para los actos de disposición el juez deberá oírlo en el decurso del trámite judicial de autorización¹³⁶.

2.11. *Tutela de hermanos*

Artículo 11.- Cuando la tutela se constituye sobre un grupo de hermanas y hermanos estos deben mantenerse unidos con la misma tutora o tutor, salvo en los casos que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior. En este supuesto excepcional, podrán designarse tutoras y tutores diferentes para grupos de hermanas y hermanos.

El tema de los grupos de hermanos ha sido un asunto que siempre ha estado regulado, así el Código Civil lo menciona como facultad de los padres de designar un tutor o varios para los hermanos (artículo 307) y para la tutela dativa se indicaba que el juez debía nombrar un solo tutor para los hermanos, y si surgían eventuales conflictos de intereses se designaba un curador *ad hoc* (artículo 310). La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes también reitera este principio para el caso de medidas de abrigo y colocación familiar, salvo por condiciones de salud se requiera separar a los hermanos (artículo 26, parágrafo segundo)¹³⁷.

¹³⁵ Por ejemplo, OSSORIO Y GALLARDO: ob. cit. (*Anteproyecto del Código...*), pp. 49 y 52, propone que el pupilo mayor de 16 años «tendrá derecho a intervenir en las diligencias de inventarios» y al comentar otra norma en que se regulaba la intervención del menor de edad, indicaba: «Paréceme este artículo una previsión prudente, pues los que no tengan perdida la razón deben estar enterados y dar su parecer sobre lo que con sus personas y bienes se trata de hacer».

¹³⁶ RAMÍREZ: ob. cit. (*Anotaciones de Derecho...*), t. I, p. 297, indicaba en referencia al artículo 334 del Código Civil que alude a la edad de quince años, «El menor, a esa edad, es capaz de discernimiento, por lo que es posible obtener de él un parecer sensato acerca del acto de disposición que se tiene en proyecto».

¹³⁷ El Código Civil español contiene regla similar al establecer que «Si hubiere que designar tutor para varios hermanos, se procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona» (artículo 215).

En definitiva, el Proyecto da más libertades para designar tutores distintos a los hermanos, pero, en tal caso, debe fundar su decisión en razones particulares de necesidad, ponderándose obviamente como en toda decisión judicial o extrajudicial el principio de interés superior del niño.

2.12. *Reintegración familiar durante la tutela*

Artículo 12.- Cuando la tutela de las niñas, niños y adolescentes se haya constituido por encontrarse privados temporalmente de su familia de origen nuclear, las tutoras y tutores deben realizar todas las acciones necesarias y adecuadas dirigidas a lograr el fortalecimiento de los vínculos familiares y su reintegración en ella.

Es un principio, según la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que las modalidades de familia sustituta temporales –como la colocación familiar– persigan la reintegración del protegido en la patria potestad en la medida de lo posible (artículo 394-A), así como el fortalecimiento de los vínculos familiares con la demás parentela (artículo 397-D), el Proyecto lo extiende a la tutela.

En cuanto a la expresión «familia de origen nuclear» que fue incorporada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en razón a la reforma del 2007 (artículos 26 párrafo segundo y 397-D), se ha manifestado un desacuerdo con su empleo, pues la «familia de origen» no es otra que aquella que está representada por la patria potestad y, en consecuencia, siempre es «nuclear»¹³⁸, en el sentido de que reúne los nexos

¹³⁸ CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 24, «La familia de hoy no es la familia extensa, es la familia conyugal, nuclear, reducida a la pareja y a los hijos menores. Los ascendientes y, sobre todo, los colaterales, sin quedar enteramente excluidos de ella, se ven rechazados hacia la periferia, hacia la penumbra, y su pertenencia a la familia depende más de la realidad concreta, de las relaciones y de los afectos, que de un lugar cifrado de antemano en la jerarquía de la herencia (...) En lugar de esta familia extensa y fantasmal, en adelante el basamento de la tutela va a ser la familia estricta, tal como se vive realmente».

más cercanos, a saber: padres en ejercicio de la autoridad parental —o uno de ellos— y los hijos, y los demás familiares son coadyuvantes en el rol de garantizar la protección integral de los referidos hijos menores de edad, por tanto, cuando los parientes intervienen o son auxiliares de los guardadores naturales o poseen un rol específico como responsables o tutores, caso en el cual se está ante una familia sustituta. En síntesis, la familia de origen «ampliada» se encuentra sin sentido en este modelo tuitivo.

En todo caso, la disposición es positiva en el sentido de que en algunos casos la tutela no responde a una extinción de la patria potestad —que, como se indicó es definitiva—, sino que puede relacionarse a una medida transitoria sobre la cual los progenitores pudieran solventar el impedimento de hecho o de derecho que les obstaculizó en su momento cumplir con su rol natural y, en tal sentido, ser rehabilitados o superar la causal de suspensión en el ejercicio. En este último escenario, es que resulta útil que el tutor efectúe las acciones necesarias para que no se pierdan totalmente los nexos del pupilo con la demás parentela y, en particular, con los padres y así, si se logra superar la situación que origina la afectación de la patria potestad, una vez restablecida, el hijo pueda reintegrarse más armoniosamente a esta nueva realidad.

2.13. Requisitos para ser tutor

Artículo 13.- Las personas deben cumplir con los siguientes requisitos para ser tutoras o tutores:

1. Ser mayores de 25 años, salvo que se trate de la tutela de hermana o hermano.
2. Poseer plena capacidad de ejercicio en materia civil.
3. Idoneidad moral.

Con esta disposición comienza el capítulo tres referido a las reglas comunes de la tutela. En cuanto al primer requisito, no parece justificado

el establecer una particular edad para desempeñar esta función, pues ello podría considerarse discriminatorio al no existir ningún argumento de peso para distinguir entre, por ejemplo, un tío que tenga 24 años de edad y otro que posea 26, a los efectos de ocupar tal responsabilidad. Tal vez piensa el redactor que con los 25 se posee mayor madurez y experiencia en la administración de patrimonios, pero ello solo es un prejuicio que además no parece tener suficiente peso cuando se excluye al tutor hermano de tal requisito. Lo cierto es que el Código Civil establece que con los 18 años se adquiere la capacidad plena de ejercicio, salvo excepciones (artículo 18), y en este último supuesto deben ser expresas y con fundamento objetivo y racional.

En lo tocante a la segunda condición, ya se ha indicado que las modificaciones de la capacidad de ejercicio en el caso de adultos están en plena retirada¹³⁹. Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prohíbe las limitaciones de la capacidad como efecto de una diversidad funcional y, en otros trabajos, se ha indicado que la «interdicción legal» como resultado de una pena accesoria resulta claramente inconstitucional por ser contraria a la dignidad del ser humano, además de poco práctica¹⁴⁰, únicamente quedaría el caso de la prodigalidad que genera una curatela como limitación parcial de la capacidad. En todo caso, pareciera que este requisito responde a que el tutor debe tener «la libre administración de sus bienes»¹⁴¹ para poder administrar los de un tercero, en este caso los del pupilo, lo cual en realidad es un principio lógico sobre administración de patrimonios¹⁴².

¹³⁹ Para los menores de edad se habla de «semicapacidad» o «capacidad evolutiva», como se indicó *supra*. Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), pp. 125 y ss.

¹⁴⁰ Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil I Personas*), pp. 488 y ss.

¹⁴¹ Así lo establece el Código Civil, aunque refiriéndose a las inhabilidades para ocupar los cargos tutelares (artículo 339.1).

¹⁴² Como se señaló *supra*, en el caso español no hay limitaciones para desempeñar el cargo de tutor, solo se requiere una idoneidad para el adecuado desenvolvimiento en el rol (artículos 211 y 214 del Código Civil) y que no se esté incurrido en causales de inhabilidad que se establecen en el Código (artículos 216 y 217).

Finalmente, en cuanto el tercer elemento que fija la norma proyectada, la idoneidad moral es un criterio muy subjetivo, que podría sobreentenderse que ninguna persona puede estar a cargo de la formación de otro individuo si lleva una vida descarriada, en el sentido de realizar conductas que riñen con el orden público y las buenas costumbres. Empero, debe tenerse bastante cuidado en identificar tales comportamientos supuestamente «viciosos» o «reñidos» con la moral, pues podría caerse en una discriminación si no existen razones serias; por ejemplo, si el posible tutor se encuentra desempleado para el momento de la constitución de la tutela la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes señala: «La carencia de recursos económicos no puede constituir causal para descalificar a quien pueda desempeñarse eficazmente como familia sustituta» (artículo 395.e).

2.14. Incompatibilidad para el ejercicio de la tutela

Artículo 14.- No podrán ser tutoras o tutores quienes:

1. Hayan sido privados de la patria potestad o del ejercicio de la responsabilidad de crianza.
2. Se encuentren sancionados penalmente.
3. Hayan sido declarados responsables de amenaza o violación de los derechos y garantías de la persona sobre la persona a ser sujeta a tutela.
4. Se encuentren sujetos a inhabilitación o interdicción civil.
5. Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármacos dependientes que pudiesen comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos e hijas, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su tutora o tutor.
6. Hayan sido declarados responsables de amenaza o violación de los derechos y garantías de la persona sobre la persona a ser sujeta a tutela.
7. Mantengan deudas o acreencias sobre la persona a ser sujeta a tutela.

En caso de tutela de las niñas, niños y adolescentes, la tutora o tutor deberá tener al menos dieciocho años más de edad, salvo que se trate de su hermana o hermano.

En esta norma se regulan los supuestos de «inhabilitación» que traía el Código Civil para ocupar los cargos tutelares, el Proyecto los reduce a seis casos –ello en razón de que por error en la causal 3 y 6 se indica el mismo contenido–, además de añadir al final otro requisito de edad. Veamos:

i. El que ha sido privado de la patria potestad o del ejercicio de la responsabilidad de crianza ha demostrado que no es idóneo para proteger a sus propios hijos, con mayores razones se dudaría del cuidado sobre otros menores de edad. Ahora bien, el Código Civil también incluye el caso de ser removido de la tutela que aquí no se menciona (artículo 339.3).

Igual razonamiento operaría si ha sido sancionado como responsable de amenaza o violación de los derechos del pupilo, por ejemplo, si ha sido establecida una obligación de alimento y se han dictado medidas preventivas ante el retraso injustificado en su cumplimiento (artículo 381 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), o se ha dictado en su contra una medida de protección (artículo 126.g).

También, en caso de que sea adicto a fármacos, drogas o alcohol que pudiera afectar la salud, seguridad o moralidad del pupilo –el Proyecto alude a «hijos» porque transcribe textualmente la causal de privación de la patria potestad que contempla la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 352.f)–, pero en realidad debería corresponder a toda adicción grave que pueda comprometer los derechos objetivamente considerados del tutelado¹⁴³.

ii. Sea sancionado penalmente: debe interpretarse como condición que la sanción se esté cumpliendo e imposibilite desempeñar el rol respectivo,

¹⁴³ En el Código Civil artículo 339.8.

pues si la pena no es privativa de libertad, como, por ejemplo, servicio comunitario, no habría en principio un impedimento, salvo que además la naturaleza del delito implique inhabilidad «moral» o pudiera representar un riesgo para el pupilo.

iii. Sea sujeto a inhabilitación o interdicción civil: esta causal se sobreentiende en el requisito de «plena capacidad de ejercicio» y ya se ha señalado que la interdicción no puede interpretarse como una causal de «incapacidad», sino que habrá de recurrirse a medidas de apoyo, lo cual no quiere decir que el grado de la diversidad funcional no dificulte la posibilidad de ejercer el cargo, en tal caso no debería tratarse como una causal de inhabilidad, sino ponderarse por el juez a los efectos de hacer la designación.

En el caso de la inhabilitación por prodigalidad, es evidente que, al no tener la libre administración de su patrimonio, tampoco debería administrar el ajeno.

iv. Mantenga deudas o acreencias con el pupilo: en este caso se observa una contradicción, pues, en principio, el hecho de que previamente exista una relación patrimonial entre pupilo y el posible tutor no debería ser motivo suficiente para su incompatibilidad. Por ejemplo, el Código Civil solo la contempla cuando el conflicto o eventual pleito fuera de tal gravedad que pudiera afectar el estado civil o en lo patrimonial, siempre que menoscabara una parte de los bienes, por ejemplo, una acción hereditaria (artículo 339.6) y castigaba con remoción al tutor que no inscribía el crédito a favor o en contra del menor de edad en el inventario (artículo 358), esto último, igualmente contemplado en el artículo 22 del Proyecto.

Por tanto, el Proyecto, por una parte, considera incompatible para ser tutor el tener una relación crediticia y, por otra, lo permite siempre y cuando esté inventariada. Tal situación debe solucionarse en aras de la coherencia, y el remedio más adecuado es mantener el supuesto como una causal de remoción, pues en tal caso los efectos prácticos de la relación

crediticia tutor-pupilo como, por ejemplo, el pago, se resolvería nombrando un curador *ad hoc*.

Finalmente, el Proyecto reclama otro requisito etario, como el que el tutor tenga más de dieciocho años de edad en relación con el pupilo, salvo que recaiga el cargo en un hermano. La verdad es que aquí el redactor simplemente toma las exigencias de más 25 de edad del tutor y de diferencia de 18 entre tutor y pupilo de la adopción (artículos 409 y 410 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), no pareciera que tales requerimientos se justifiquen en la tutela que es una medida temporal, a diferencia de la adopción que es permanente y donde los adoptantes –si se declara con lugar la solicitud– ocuparán un lugar idéntico al de los padres biológicos. El tutor, si bien debe ofrecer un ambiente familiar, no sustituye plenamente a los progenitores¹⁴⁴, sino que ejecuta a su falta los atributos que estos no desarrollan por diversas razones, pero aun así, y siempre en la medida de lo posible, debe tratar de que el pupilo se reintegre a su familia de origen, es decir, a la patria potestad. Por tanto, el tutor no es padre, es –según el Proyecto– un pariente que ejecuta una responsabilidad familiar en beneficio del pupilo.

2.15. *Constitución de la tutela*

Artículo 15.- Para la constitución de la tutela solo se requerirá una tutora o tutor que cumpla con los requisitos establecidos en la ley. Una vez verificado que la niña, niño, adolescente se encuentra en los supuestos de procedencia de la tutela, la jueza o juez procederá a su constitución mediante la designación de una tutora o tutor.

Excepcionalmente se podrá designar uno o más tutores. En estos casos ejercerán la tutela de manera compartida, siempre respetando la igualdad y equidad de género.

¹⁴⁴ El Código Civil español alude a que «Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor» (artículo 213).

Esta disposición reitera que se han eliminado los cargos de protutor y consejo de tutela¹⁴⁵ y, en consecuencia, con la designación del tutor se constituye la referida modalidad de familia sustituta.

Por otra parte, incorpora la posibilidad de pluralidad en el cargo de tutor, lo cual sería extraordinario, fijando que en el desempeño del rol actuarían de forma conjunta¹⁴⁶. Pero para que se entienda esta excepción hay que cotejarla con la facultad de los padres de dar tutores a los hijos en donde se alude en plural a «personas» (artículos 7 y 16 del Proyecto) y con la colocación familiar en donde se permite designar como responsables de la medida a una pareja de esposos o unidos estables de hecho (artículo 399 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Entonces, a los fines de asimilar lo más posible el ambiente familiar a lo que debería ofrecer la patria potestad cuando se está ante parejas protegidas preferentemente por la Constitución (artículo 77) –matrimonio o unión estable de hecho– se pueden nombrar como tutores a los consortes o compañeros.

Podría también pensarse que, si las complejidades de la administración del patrimonio lo demanda, se podría nombrar un tutor para la responsabilidad de crianza y otro para la administración de los bienes y representación de los mismos, pero en dicho caso no serían «compartidas» las

¹⁴⁵ No se crea que ello constituye una completa novedad, pues la verdad del asunto es que el Código Civil de 1867 –que tuvo realmente vigencia, ya que como se debe recordar el de 1862 fue prontamente derogado– seguía como modelo una tutela con tutor y autoridad judicial. Como indica SANOJO: ob. cit. (*Juicio sobre el Código...*), p. 23, el consejo de familia, acogido por los códigos modernos, «El Código no lo ha adoptado, y en esto estamos perfectamente de acuerdo con él (...) El Código ha sustituido en el juez a los parientes, y a él ocurre el tutor en busca de autorización para ejercer ciertos actos de su encargo».

¹⁴⁶ El Código Civil y Comercial argentino admite esta opción y la condiciona al interés superior del pupilo, añadiendo que las diferencias se resolverán por vía judicial con intervención del Ministerio Público (artículo 105). El Código Civil chileno de don Andrés BELLO también contempla que una tutela puede ser ejercida por dos o más tutores (artículos 347 y 361).

funciones como lo que establece el Proyecto¹⁴⁷. Por lo anterior, aunque el Proyecto parece decantarse más por el supuesto de tutores parejas o respetar la pluralidad que surja de la «tutela testamentaria», no sería contrario a un régimen previsorio el incluir el supuesto de división de la tutela cuando la administración del patrimonio lo demande¹⁴⁸.

No establece el Proyecto, para el caso de tutela conjunta, la forma de tramitar los desacuerdos en el ejercicio de los atributos de la tutela, por tanto,

¹⁴⁷ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 151 y 152, aludía a la posibilidad de reformar la tutela en este sentido: «En efecto, existen casos en los cuales resulta excesivo exigir al tutor ordinario la administración de todo el patrimonio del pupilo. Tales son los de casos en que el patrimonio pupilar es particularmente cuantioso, de que los bienes del menor se encuentran en lugares alejados del domicilio del tutor y de que dentro del patrimonio del menor existen determinados establecimientos cuya explotación no pueda hacerse cesar sin grave perjuicio para el menor, pero que a su vez por el tiempo o conocimientos que exige, no pueda ser debidamente atendidos por el tutor (...) En esta forma, a. se aseguraría una mejor gestión patrimonial; b. se relevaría al tutor de una responsabilidad excesiva, y c. se tendría la ventaja de poder designar tutor a personas que ofrezcan una inmejorable garantía para la protección de la persona del pupilo; pero que no serían idóneas para manejar la totalidad del patrimonio del pupilo en razón de la magnitud, dispersión espacial o integración especial de dicho patrimonio».

¹⁴⁸ Estos tres supuestos están contemplados expresamente en la legislación española, donde se establece como regla general la tutela unívoca, pero se admite dividir la tutela cuando circunstancias especiales de la persona o del patrimonio inviten a separar los cargos en distintos tutores; también, cuando se designa tutor al tío del pupilo, se puede extender el rol a la esposa o pareja estable de hecho y, finalmente, cuando los padres han designado varios tutores (artículo 218 del Código Civil), en estos últimos supuestos el ejercicio es conjunto. En todo caso, el legislador español previó la forma de resolver los conflictos en caso de desacuerdo en el ejercicio (artículo 219 del Código Civil). Por su parte, el Código Civil y Comercial argentino alude a una tutela especial y entre unos de los supuestos contempla: «... f. Cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar» (artículo 109). Similar solución se contempla en el Código Civil de BELLO donde «Si el tutor o curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador...» (artículo 351).

habrá que recurrirse analógicamente a las reglas que se fijan sobre responsabilidad de crianza en la patria potestad (artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), que sería procurar métodos de autocomposición, como la conciliación; escuchar la opinión del pupilo, evidentemente ponderar su interés superior –como lo demanda el artículo 8 de la referida Ley Orgánica– y, si no surgiera una solución concertada, acudir a la vía judicial.

2.16. Designación de tutores mediante documento público o testamento

Artículo 16.- El padre y la madre en ejercicio de la patria potestad podrán designar tutoras y tutores a sus hijas e hijos con menos de dieciocho años de edad. Esta facultad podrá ser ejercida de forma unilateral cuando uno de los progenitores haya fallecido, se desconozca su ubicación o se encuentre afectado en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza. En caso de designaciones sucesivas, prevalecerá el efectuado en último término.

El documento público o testamento deberá contener la identificación de las niñas, niños, adolescentes, así como de las personas designadas como tutoras o tutores. Adicionalmente, podrá contener regulaciones específicas acerca del ejercicio de la tutela, incluyendo la administración de los bienes.

Aspira el redactor del Proyecto a reglamentar la facultad de los padres de designar tutores a sus hijos (artículo 7.4). Para tal fin se deben reunir los siguientes requisitos: i. que el progenitor al momento de efectuar la declaración lo haga durante el ejercicio de la patria potestad, ii. que lo realice en documento público o testamento, y iii. que se identifique tanto al eventual tutor o tutores como a los hijos favorecidos.

En consecuencia, cualquier designación realizada por un padre que ha perdido la patria potestad o su ejercicio de manera dolosa carece de eficacia, por ejemplo, si ha sido privado del ejercicio de la autoridad

parental, se ha extinguido por reincidencia en la privación o ha sido privado como efecto de una pena accesoria.

Se discute para el supuesto de que el hijo tiene a sus dos progenitores en ejercicio de la patria potestad si se requiere que ambos hagan la designación en conjunto. Pareciera del texto que se exige la manifestación compuesta, pero ello es poco práctico por muchas razones; entre ellas, que puede ocurrir que no se pongan de acuerdo o que cada padre tenga su propio parecer, o simplemente al permitirse efectuarla por testamento no sería posible la manifestación de los dos padres al ser este un acto unilateral e individual. En el caso de haber cada progenitor realizado una designación por separado y de personas distintas, será el juez quien decidirá entre una de ellas según los criterios *infra* indicados que da a entender a una prelación para la última designación¹⁴⁹ o, tal vez, designar dos tutores como parece permitirlo la literalidad del artículo 15 del Proyecto, para el ejercicio conjunto¹⁵⁰.

Finalmente, los progenitores también podrán tomar medidas particulares sobre el ejercicio de los atributos, como, por ejemplo, lo referido a la habitación, educación u otros aspectos vinculados con la administración de los bienes. Así como designar tutor para el grupo de hermanos o un tutor distinto para cada uno de ellos¹⁵¹. Igualmente, se debe valorar la exclusión de parientes que expresamente puedan hacer los progenitores¹⁵². También,

¹⁴⁹ *Cfr.* artículo 205 del Código Civil.

¹⁵⁰ El Código Civil y Comercial de Argentina se resuelve de la siguiente forma: «... Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado» (artículo 106).

¹⁵¹ Estos aspectos se encuentran regulados en el Código Civil (artículos 307 y 311).

¹⁵² AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 64, «en la medida en que el padre o la madre puedan designar personas para ocupar cargos de la tutela de sus hijos, creemos que también pueden excluir de dichos cargos personas determinadas. Pero en este caso, consideramos que el poder correspondiente está implícito en la ley». *Vid.* Código Civil y Comercial argentino, donde se establece que los padres pueden excluir expresamente para el cargo de tutor, aunque el juez puede designarlo si lo considera «beneficioso» para el pupilo (artículo 110.k).

fijar una remuneración al cargo de tutor (artículo 20 del Proyecto). El juez debe ponderar estas regulaciones específicas atendiendo siempre el interés superior del pupilo y solo alejarse de ellas por causa fundamentada que deberá expresar motivadamente en su decisión.

2.17. Criterios para la designación del tutor

Artículo 17.- Cuando dos o más personas legitimadas para ejercer la tutela soliciten su ejercicio en el caso de una niña, niño y adolescente, la jueza o juez designará la tutora o tutor en su interés superior. Se ordenará la práctica de un informe técnico integral de las personas solicitantes y de quienes vayan a ser sujetos a tutela, dirigidos a conocer las circunstancias bio-psico-social y legal relevantes para adoptar la decisión.

En caso de designaciones de tutoras y tutores mediante documento público o testamentos, prevalecerá el efectuado en último término, sin perjuicio que otras personas legitimadas para ejercer la tutela puedan solicitarla ante el tribunal competente. En estos casos la designación atenderá a los criterios establecidos en este artículo.

De entrada, para que el juez pueda decidir sobre la conveniencia de determinada modalidad de familia sustituta debe auxiliarse del equipo multidisciplinario (artículos 394-A y 295.d de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y ese mismo apoyo debe requerirse a los efectos de la designación del tutor, más aún cuando hay varios solicitantes.

Prácticamente, además del interés superior, que es un principio fundamental que se debe aplicar a toda actuación, el consentimiento del adolescente sobre el particular y los informes técnicos serán en conjunto las herramientas que deberá emplear el juez para guiar su decisión.

Obsérvese, que la delación paterna no posee preferencia, pues, si existe otro solicitante idóneo, el juez puede, con base en lo que determine el

«informe técnico integral», designar a alguien distinto al indicado por el progenitor¹⁵³. Esto último ocurre en atención a que, si bien los padres normalmente actúan guiados por el afecto que tienen hacia sus hijos y por ello desean lo mejor en beneficio de su protección, también se dan casos en los cuales para dichas decisiones han medido prejuicios y determinados estereotipos que rayan con lo ilegal al ser prácticas discriminatorias, de allí que actualmente se considera posible que el juez, previo análisis del caso y ponderación de los diversos elementos de juicio, se aleje motivadamente de lo que en su momento previeron los padres en ejercicio de la patria potestad¹⁵⁴.

2.18. *Ejercicio voluntario de la tutela*

Artículo 18.- La condición de tutora y tutor se ejerce de manera libre, voluntaria y responsable. En consecuencia, ninguna persona podrá ser constreñida a asumir la tutela de otra y, en cualquier momento, podrá excusarse de su ejercicio y dar por terminada la misma ante el tribunal que conozca del procedimiento de tutela correspondiente.

Uno de los cambios más significativos del modelo es que, según el Proyecto, el cargo de tutor ya no es una carga obligatoria, sino voluntaria y de libre renuncia¹⁵⁵. Ello representa de por sí un contrasentido en relación

¹⁵³ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 114 y 115, comentaba «en las legislaciones que consagran más radicalmente el sistema de tutela de autoridad se reconoce a la autoridad tutelar la facultad de dejar sin efecto los llamamientos “testamentarios” y legítimos por ciertos motivos que se dejan a la apreciación discrecional de la autoridad».

¹⁵⁴ Por ejemplo, en el caso español, donde se indica que las disposiciones de los padres «vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada» (artículos 201 y 202 del Código Civil).

¹⁵⁵ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La tutela del Estado...»), p. 78, «El largo y complicado desarrollo de la tutela ordinaria de menores requiere necesariamente la voluntad de los sujetos llamados a asumir los cargos tutelares, no obstante la obligatoriedad prevista por el Código en algunos casos y las sanciones consagradas

con la regla de que el cargo de tutor recaiga en la «asociación natural» que es la familia, pues justamente por el hecho de la parentela surgen deberes que se fundamentan en «la solidaridad» (artículo 75 de la Constitución), la «corresponsabilidad» y son responsables de forma «inmediata e indeclinable» de asegurar los derechos de los niños y adolescentes (artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), lo que demanda una «convivencia solidaria» y «la responsabilidad compartida de las tareas que implican la vida familiar» (artículos 1 y 4 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad).

Por lo anterior, el Código Civil establece que: «La tutela es un cargo de que nadie puede excusarse, sino en los casos determinados por la ley» y norma en detalle tales supuestos y el trámite (artículos 304, 342-346), además de permitir excepcionalmente su renuncia¹⁵⁶.

Por tanto, es coherente con el Código que la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, en su reciente reforma, establezca:

Artículo 32.- Promoción del programa de familias sustitutas. El Estado promoverá la participación de las familias en los programas de familias sustitutas, incentivando la sensibilización y su formación para el cumplimiento de dicha corresponsabilidad con el Estado, en el marco de los principios de solidaridad social.

en este sentido. Ello porque la naturaleza misma de una función tan delicada como la tutelar se opone a la idea de coercibilidad. De manera, pues, que en algunos casos no es posible que tenga lugar el mecanismo de la tutela ordinaria de menores, porque no se cuenta con personas dispuestas a asumir tal responsabilidad. Este caso es el común cuando el menor no cuenta con bienes de fortuna.

¹⁵⁶ RAMÍREZ: ob. cit. (*Anotaciones de Derecho...*), t. I, p. 288, «se puede ser tutor aun contra la propia voluntad, ya que la tutela es un indeclinable deber social, a cuyo cumplimiento nadie puede sustraerse» salvo motivo de excusa taxativamente señalada en la Ley. En el actual Código Civil español se sigue esta idea al señalar que: «Las funciones tutelares constituyen un deber...» (artículo 200) y estableciendo causales de excusa (artículos 223 y 279).

El Poder Popular, los movimientos sociales y las organizaciones de base comunal incentivarán la incorporación de las familias de su comunidad a los programas de familia sustitutas promovidos por los órganos competentes.

Empero, contrario a lo expuesto, en el Proyecto se desarrolla una tutela voluntaria y hasta cierto punto caprichosa, por cuando el tutor puede renunciar a la misma sin alegar ninguna causa, pudiendo poner por encima su discrecional deseo al concreto interés superior del pupilo, lo cual no se compagina con la estructura de las relaciones familiares que, si bien imponen cargas, ellas son compensadas con diversos beneficios, prerrogativas e incentivos de variado índole¹⁵⁷.

Además, ello genera dificultades prácticas que es probable que el proyectista no analizara, como sería que del Proyecto se desprende que es de número cerrado y que se exigen requisitos etarios que de seguro van a dificultar que el juez tenga verdaderas opciones para ubicar tutores idóneos, más allá del hecho de que, si lo encuentra, en cualquier momento puede renunciar con un daño a la estabilidad personal del niño o adolescente que se verá expulsado nuevamente de un ambiente familiar y que no se compagina con la estabilidad que demanda esta institución de protección.

Ahora bien, una forma de concertar posiciones la expone AGUILAR GORRONDONA cuando apunta que podría establecerse un «sistema de la designación de tutor por tiempo limitado y del derecho de este de excusarse después de haber desempeñado el cargo durante cierto período»:

... en principio, es más ventajoso, en cambio, para el menor, estar sometido a un mismo tutor durante toda la tutela, porque todo cambio de tutor le trae consigo problemas de readaptación. Es precisamente por esta

¹⁵⁷ Como es el caso de la inamovilidad que se concede por dos años al trabajador responsable de una colocación familiar (artículos 335 y 339 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), la cual, por analogía, debe extenderse a la tutela.

razón por lo que nuestro legislador ha impuesto al tutor, salvo el caso de excusa legal, la obligación de desempeñar sus funciones hasta tanto cese la tutela del menor, de tal manera que, por su duración, el tutor de menores puede ser equiparado al padre en ejercicio de la patria potestad. Pero no obstante tal interés del menor, parece conveniente intentar una solución conciliatoria para satisfacer parcialmente tanto el interés de la limitación de las exigencias al tutor como la conveniencia para el pupilo de no cambiar de tutor...¹⁵⁸.

2.19. *Prescripción de las acciones*

Artículo 19.- Las acciones civiles relacionadas con el ejercicio de la tutela de las niñas, niños y adolescentes contra sus tutoras o tutores prescriben a los diez años siguientes al cumplimiento de su mayoría de edad.

No hay novedad en este aspecto que el Código Civil regula con mayor detalle, al señalar la suspensión de la prescripción y los efectos en la prescripción breve (artículos 381, 1964.3 y 1985), normas que mantendrían su vigor. En todo caso, se está haciendo referencia a pretensiones, como, por ejemplo, de indemnización por daños y perjuicios o de rendición de cuentas, entre otras.

2.20. *Carácter honorario del ejercicio de la tutela*

Artículo 20.- El ejercicio de la tutela y la condición de tutora o tutor es de carácter gratuito y honorario, salvo las regulaciones que se hayan estipulado en los documentos públicos o testamentos de designación de tutoras y tutores.

¹⁵⁸ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 156. Cfr. OSSORIO Y GALLARDO: ob. cit. (*Anteproyecto del Código...*), pp. 45 y 46, «es humano no imponer indefinidamente un servicio tan duro y molesto, sobre todo si se tiene en cuenta que, por regla general, los tutores no suelen ser gente joven». Nuestro Código Civil para la tutela de entredicho señala que no hay obligación para continuarla después de 10 años, salvo para el cónyuge, descendientes y ascendientes (artículo 402). Igual, el Código Civil chileno (artículo 518).

Excepcionalmente, las tutoras y tutores podrán solicitar al tribunal que fije remuneración o contraprestación por la administración de los bienes de la tutela. En estos casos, la jueza o juez estimará prudencialmente los montos a percibir en función del patrimonio de la niña, niño, adolescente y en ningún caso podrá ser superior al quince por ciento de la renta líquida.

La regla general es que la tutela sea gratuita; sin embargo, se admite como liberalidad de los padres que pueden dar tutor a sus hijos que fijen en el mismo acto una remuneración¹⁵⁹. Asimismo, tradicionalmente (artículo 375 del Código Civil), se ha aceptado que por las cargas económicas que puede generar la administración de un patrimonio provisto de varios bienes o negocios, lo cual demandaría de tiempo y esfuerzo para su correcta gestión y conservación, que el tribunal pueda fijar una remuneración.

Ahora bien, si el pupilo posee un patrimonio rentable, es claro que estaría más que justificado una remuneración por su correcta gestión, pero aquí surge una contradicción cuando el Proyecto eliminó las cuentas anuales.

En tal sentido, se juzga que es evidente que el juez debe estar atento de cómo transcurre la tutela en lo personal y en lo patrimonial, pues, como «medida judicial de protección» que es, la tutela se enmarca dentro de un sistema de protección que debe tener como guía el disfrute efectivo de los derechos del niño o adolescente beneficiado por la modalidad de familia sustituta y por ello el juez –por aplicación analógica de los artículos 131 y 401-B de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes– deberá hacer

¹⁵⁹ OSSORIO Y GALLARDO: ob. cit. (*Anteproyecto del Código...*), p. 45, comenta: «es muy frecuente la costumbre de ejercer las funciones gratuitamente. Este hábito me parece malo, primero, porque todos los trabajos deben ser retribuidos, y después, porque la falta de una remuneración justificadamente proporcionada al esfuerzo suele ser una tentación para incorrecciones y abusos». *Cfr.* GRANADILLO C.: ob. cit. (*Tratado elemental...*), t. II, p. 210, la «regla tradicional ha cedido el paso a la nueva corriente que considera que no se le puede exigir al tutor suficiente rendimiento y competencia en el desempeño de su cargo, si no se le remunera en algo su trabajo».

seguimiento y revisar cada seis meses, por lo menos, la ejecución de la medida y dictar lo conducente si observa alguna irregularidad¹⁶⁰. Más allá del rol que desempeñen otros órganos del sistema de protección que, como veedores de derechos, adviertan cualquier irregularidad, como el Ministerio Público (artículo 169), la Defensoría del Pueblo (artículo 169-A) o las defensorías de niños o adolescentes (artículo 201), entre otros.

Pero, además, en el supuesto de que el pupilo no posea patrimonio, debería activarse inminentemente el mandato constitucional que establece que, como contingencia social este disfrutará de una pensión por orfandad y el tutor otra por «cargas derivadas de la vida familiar» (artículo 86 de la Constitución), para así ser más llevadera esta responsabilidad que para su más eficiente desempeño demanda recursos económicos¹⁶¹.

De allí que, si estos elementos se activaran, resultaría más consecuente establecer una tutela obligatoria con causales de excusas y eficientemente supervisada, que garantizara –más allá de lo programático, que termina siendo letra muerta– pensiones de seguridad social y retribuciones por el correcto desempeño de esta actividad.

¹⁶⁰ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 150, proponía «que sería muy útil imponer al tutor obligado a presentar estados de su administración en el curso de la tutela, la obligación adicional de presentar un informe sobre la persona del menor todos los años y además cuando el juez se lo exija (...) El informe debería contener todo aquello que fuere significativo para conocer la situación real de la protección de la persona del menor, y en especial, el estado de salud del menor (...) lugar donde se haya criado (...) educación dada al menor con indicación (...) de los resultados (...) trabajo que desempeña el menor y (...) conducta del pupilo».

¹⁶¹ Lo cual tampoco es una novedad, pues tanto la derogada Ley Tutelar de Menores –*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 2710 extraordinario, de 30-12-80–, contemplaba para el caso de las colocaciones familiares «una asignación suficiente para los gastos del menor» (artículo 114), como el derogado Estatuto de Menores –*Gaceta Oficial* N.º 23 118, de 05-01-50– indicaban: «En la colocación familiar remunerada, el hogar recibe al menor mediante una paga convenida...» (artículo 83).

2.21. Administración de los bienes

Artículo 21.- Las tutoras y tutores deben administrar los bienes de las niñas, niños y adolescentes como buenas madres y padres de familia, siguiendo las reglas de la sana administración, y serán responsables civil y penalmente, de conformidad con la ley.

Nada nuevo señala el Proyecto en relación con las reglas generales sobre administración de patrimonio ajeno, en el cual se contempla como criterio el deber de actuar como «buen padre de familia»¹⁶² y de que se es responsable por las faltas que se cometan.

El buen padre de familia es un criterio abstracto que persigue fijar las bases para el comportamiento deseado y el establecimiento de responsabilidades. En palabras de GUERRERO BRICEÑO: «siendo el modelo psicológico o interno sobre el cual se funda la referencia posterior de conducta óptima, adecuada, usual, previsible, segura, leal o conveniente para la ejecución contractual con buena fe y diligencia abstracta»¹⁶³. Por lo anterior, TOMÁS MARTÍNEZ indica:

¹⁶² *Vid.* el caso del usufructuario, arrendatario, gestor de negocio y en el cumplimiento de las obligaciones (artículos 602, 1592, 1175 y 1270 del Código Civil). La terminología tradicional *bonus pater familias* es de herencia romana que, para dicho momento histórico, la dirección de la familia recaía en el progenitor varón *sui iuris* y era un prototipo ideal de individuo responsable; el Proyecto alude a la madre, tal vez pensando en superar estereotipos que más que nominales son culturales. RASO DELGUE, Juan: «¿El buen padre de familia?». En: *Noticias CIELO*. N.º 3. ADAPT University Press. Bergamo, 2023, pp. 1 y 2, señala: «Hoy el concepto es absurdo y trasnochado, y encierra una triple discriminación: derriba la idea de igualdad de género, olvida que grandes franjas de nuestra sociedad están conformadas por hogares uniparentales, a cargo de verdaderas “buenas madres de familia” (en muchos casos los padres han desaparecido), y finalmente excluye al varón no casado y sin hijos. Francia, en el año 2014, suprimió la expresión *bon père de famille* en el Código Civil, sustituyéndola por expresiones como “razonable” o “razonablemente”».

¹⁶³ GUERRERO BRICEÑO, Fernando F.: «Los valores en el Código Civil, una visión general». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 20. Caracas, 2013, p. 69.

... el modelo de conducta del «buen padre de familia» no toma el nombre, como modelo de conducta, ni por ser hombre, ni por ser padre, sino por la consideración abstracta y objetiva de la prudencia y diligencia que debía observar con sus bienes e intereses propios, como con los ajenos que le fueran confiados. Cuando una persona se apartaba de ese arquetipo juicioso y sensato, se desviaba de ese modelo de conducta en mayor o en menor medida, según que su comportamiento hubiera sido más o menos grave¹⁶⁴.

Los hechos recientes –y la marcada crisis económica– deberían ser suficiente para que el redactor del Proyecto hubiera tomado ciertos recaudos a los fines de realmente proteger el patrimonio del pupilo, pues bajo las reglas actuales es muy palpable –casi certero– que la inflación mermara los mismos, si no se recurre a técnicas dinámicas para corregir tales efectos indeseados de la actual economía¹⁶⁵.

Por ello, además de instruir al tutor y al juez –supervisor de su gestión–, en el deber de colocar los fondos líquidos, por ejemplo, en resguardo en una cuenta en divisas, hubiera sido ideal la oportunidad para regular la posibilidad de que el tutor pudiera ser asesorado por expertos financieros o que la tutela se dividiese entre tutor personal –responsable guardador– y tutor administrador –encargado exclusivamente en la gestión de la importante tarea patrimonial–.

2.22. *Inventario de bienes*

Artículo 22.- En el procedimiento de constitución de tutela, la jueza o juez ordenará a la o el solicitante la formación del inventario de bienes

¹⁶⁴ TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: Reforma en Francia y valoración de su alcance». En: *Revista de Derecho Civil*. Vol. 2, N.º 1. Tenerife, 2015, p. 64.

¹⁶⁵ El Código Civil y Comercial argentino, motivado por las crisis pasadas y actuales, ha tomado recaudos en este sentido, indicando que el dinero debe ser colocado a interés en banco, invertido en títulos públicos, fideicomisos u otra inversión segura (artículos 124 y 125).

de la niña, niño, adolescente. El inventario deberá consignarse en el procedimiento correspondiente y no podrá designarse tutora o tutor ordinario hasta que culmine la formación del inventario.

El inventario de bienes debe indicar los inmuebles, muebles, créditos, deudas, escrituras, papeles y notas relativas a la situación activa, indicando la descripción de su estado y la estimación de su valor. Si hubiere en el patrimonio establecimientos de comercio o industria, se procederá a su inventario, según las formas usuales. La tutora o tutor está obligado a inscribir en el inventario el crédito que tuviere en contra o en favor del menor; y si a sabiendas no lo inscribiere, será removido. Los bienes que adquiera después de la constitución de la tutela, se inventariarán con las mismas formalidades. El incumplimiento de esta disposición generará responsabilidad civil de las personas que hayan formado el inventario de bienes por los daños que haya ocasionado a las niñas, niños, adolescentes.

En esta disposición surgen varias dudas sobre la persona obligada a formar inventario. El Código Civil atribuye esta obligación al tutor una vez llamado a ocupar el cargo –junto al protutor y consejo de tutela– para que efectúe el inventario, fijando un lapso para tal deber (artículos 351 y 252).

El Proyecto alude expresamente al «solicitante», pero este puede que no termine siendo designado como tutor. Además, esto puede ser contraproducente, en el sentido de que, si el solicitante se le obliga a formar inventario, puede generarse como efecto que un legitimado se abstenga de promover la constitución de la tutela por temor a que se le obligue a cumplir esta formalidad.

Por otra parte, durante el tiempo en que se tramita la constitución de la tutela se nombra un «tutor interino» que, por razones lógicas, debería asignársele a este dicho deber, partiendo de que es un verdadero administrado, aunque transitorio, pero que normalmente sería ratificado como tutor ordinario, con tal medida protegería el patrimonio del pupilo. Otra razón de peso sería que para lograr la constitución del inventario se requiere hacer

actos jurídicos y de hechos para acceder a los bienes y la documentación respectiva, para lo cual sería conveniente tener el cargo de tutor –ordinario o provisional–.

Finalmente, si el inventario fuera hecho por un tercero, distinto al tutor, ¿cómo puede comprometer u obligar al tutor a que su crédito con el pupilo esté inscrito? Por tanto, lo ideal es que sea el tutor –que va a ser el administrador– el que realice los trámites para inquirir cuál es el verdadero patrimonio que deberá gestionar como un buen padre de familia.

Ante esas incógnitas, pareciera más adecuada la solución que ofrece el Derecho común de que sea el tutor, una vez nombrado, el encargado de elaborar el inventario, presentándolo al tribunal en un determinado plazo, como primer deber en las labores de administrador¹⁶⁶.

En cuanto al contenido del inventario, el Proyecto reproduce, con algunos cambios puntuales, las disposiciones del Código Civil (artículos 352 al 356, 358 y 359)¹⁶⁷.

2.23. Límites en la administración de bienes

Artículo 23.- Las tutoras y tutores en la administración de los bienes de las niñas, niños, adolescentes no pueden, sin 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

¹⁶⁶ Lo mismo ocurre en el Derecho español, donde el tutor –por remisión a las reglas sobre curatela– está obligado a hacer inventario dentro de 60 días, presentado ante letrado de la administración de justicia y la no inclusión de los créditos contra el pupilo «se entenderá que renuncia a ellos» (artículos 285 y 286 del Código Civil).

¹⁶⁷ Tal vez hubiera sido útil incorporar una norma como la que propone OSSORIO Y GALLARDO: ob. cit. (*Anteproyecto del Código...*), p. 49, «Cuando el valor de los bienes sea insignificante, el juez podrá dispensar del cumplimiento de todas o de algunas de las formalidades antedichas». En el Código Civil chileno también se establece un mecanismo especial cuando «los bienes son demasiado exiguos» (artículo 380).

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. En ningún caso podrá la tutora o tutor aceptar válidamente herencias, sino a beneficio de inventario, ni repudiar legados no sujetos a cargas ni condiciones.

Ni la tutora o tutor pueden comprar bienes de las personas sujetas a tutela, ni tomarlos en arrendamiento, ni hacerse cesionarios de créditos ni derechos contra ellas. Tampoco pueden adquirir de terceras personas los bienes de la persona sujeta a tutela hubieren enajenado.

Igualmente, no efectúa ninguna innovación el redactor en esta disposición que reproduce casi literalmente las normas respectivas del Código Civil (artículos 365, 367 y 370). Empero, el Proyecto omite –injustificadamente– pronunciarse por algunos aspectos que sí están regulados en el Derecho común: la conversión de los títulos al portador en nominativos (artículo 366), el deber de darle colocación a los fondos disponibles (artículo 368), la gestión de los establecimientos industriales o mercantiles (artículo 369); así como los criterios a los efectos de dar autorización judicial para actos de disposición: como comprobar la necesidad, utilidad, especificar el tipo de negociación y la limitación al acto concreto que se requiere (artículos 371, 372 y 374), salvo el derecho a opinar y ser oídos del pupilo (artículo 8 del Proyecto).

2.24. Rendición de cuentas

Artículo 24.- Toda tutora o tutor está obligado a rendir cuentas, terminada su administración. Estas cuentas deben ser año por año, razonadas y comprobadas, con toda la claridad y precisión necesarias. Las cuentas se

rendirán en el término de tres meses contados desde el día en que termine la tutela y deben rendirse en el lugar donde se ha administrado la tutela. Los gastos de su examen serán a cargo de la persona sujeta a tutela, pero en caso necesario deberá avanzarlos la tutora o tutor, a reserva de que se les reembolsen.

Cuando la administración de la tutora o tutor terminare antes de la mayoría de edad de las niñas, niños o adolescentes, las cuentas de la administración se rendirán ante la nueva tutora o tutor. Si la tutela terminare por mayoría de la persona sujeta a tutela, las cuentas deberán rendirse directamente a ella. En ambos casos, para que la rendición de esta cuenta sea definitiva, debe ser confirmada por la jueza o juez. No puede celebrarse ningún arreglo o convenio entre la tutora o tutor y la persona sujeta a tutela antes de la aprobación definitiva de las cuentas.

Nuevamente, el Proyecto compila varias normas del Código Civil (artículos 376, 378, 379 y 380), pero se establecen puntuales variaciones al régimen actualmente vigente, la más relevante es la eliminación de la rendición de cuentas anuales ante el consejo de tutela, mecanismo que tenía como finalidad el poder supervisar continuamente el estado patrimonial¹⁶⁸. La razón pudiera ubicarse en el hecho que al estar relevados los abuelos de tal deber, se estableció un parangón con ellos, pues el Proyecto reserva la tutela dativa solo para que recaiga el cargo de tutor en familiares.

Ahora bien, aunque se pretenda eliminar dicha inspección, puede igualmente acordarse por el tribunal de protección en atención a principios de interpretación que exhortan a que las medidas de protección temporales

¹⁶⁸ Vid. RAMÍREZ: ob. cit. (*Anotaciones de Derecho...*), t. I, p. 311, «Estos estados anuales, además de servir para el control del tutor y de situar al juez en condiciones de tomar las providencias que las circunstancias demanden, es decir, de remediar en su oportunidad las deficiencias que se observen, por culpa o dolo del tutor, o por causa que no le sea imputable, sin esperar el vencimiento de la tutela, ofrecerán datos apropiados para el examen general de dichas cuentas». El Código Civil y Comercial argentino mantiene el deber de rendir cuentas periódicas, así como a solicitud del juez y del Ministerio Público (artículo 130).

deben ser revisadas por lo menos cada seis meses, así ocurre con la colocación en familia (artículos 131 y 401-B de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y, por analogía, debería ocurrir con la tutela, de allí que lo más sano sería que se incorpore expresamente en el texto del Proyecto.

Por otra parte, debería también corregirse la norma cuando indica que, en caso de que la tutela finalice durante la minoría de edad de pupilo, se rendirán las cuentas al «nuevo tutor», por el «nuevo representante», pues la verdad es que puede extinguirse la tutela por ser los progenitores o uno de ellos reintegrados en la patria potestad (artículo 25 del Proyecto), o por cambiarse a otra modalidad de familia sustituta, como la adopción.

2.25. Terminación de la tutela

Artículo 25.- La tutela termina:

1. En el caso de las niñas, niños y adolescentes al cumplir dieciocho años de edad o cuando el padre o la madre sea rehabilitado en el ejercicio de la patria potestad o la responsabilidad de crianza.

En cuanto a las causales de extinción de la tutela el Proyecto se quedó corto y únicamente alude al caso de que el pupilo arribe a la mayoría de edad –debió incluir también la posibilidad de emancipación, que actualmente podría ocurrir por matrimonio o unión estable de hecho para los adolescentes de 16 o 17 años de edad¹⁶⁹– y a la reintegración del pupilo a la patria potestad, pero también se extinguiría la tutela cuando el tribunal de protección acuerde un cambio de modalidad de familia sustituta a colocación familiar –en caso de adopción, previo a su decreto, los adoptantes entran en un período de prueba en el cual ejercen una colocación familiar (artículos 422 y 423 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)–.

¹⁶⁹ *Vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 241 y ss.

Además, también termina por fallecimiento del pupilo o del tutor, en esta última hipótesis habría que resolverse si se requiere constituir una nueva tutela o recurrir a otra modalidad de familia sustituta, lo mismo ocurriría si se acuerda la «remoción» del tutor. Finalmente, la extinción puede ser resultado de la comisión de un delito que tenga como pena accesoria este efecto¹⁷⁰.

2.26. *Remoción del tutor*

Artículo 26.- Serán removidos de la condición de las tutoras o tutores quienes:

1. Incurran en una causal de incompatibilidad al ejercicio de la tutela de manera sobrevenida después de su constitución.
2. Ejerczan la tutela en contra de lo previsto en esta Ley de forma grave, arbitraria, reiterada o habitual.
3. Causen un grave daño al patrimonio de la persona sujeta a la tutela, de forma intencional o por culpa grave en la administración de sus bienes.
4. No cumplan con las obligaciones referidas a la administración de los bienes y su inventario de forma grave, arbitraria, reiterada o habitual.
5. Sea declarada la privación o extinción de la patria potestad o el ejercicio de la responsabilidad de crianza.
6. Incurran en causales de privación o extinción de la patria potestad con respecto a las niñas, niños y adolescentes sujetos a la tutela.

Se contemplan varias causales que pueden originar que el tutor sea removido de su cargo. En este caso, el Proyecto se aleja de la regla que al respecto trae el Código Civil (artículo 340) y propone unos supuestos particulares, inspirándose seguramente en los casos de «privación» de patria

¹⁷⁰ *Vid.* ibíd., pp. 249 y ss.

potestad (artículo 352 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), veamos:

i. Incompatibilidad sobrevenida: partiendo de que el Proyecto contempla supuestos en los cuales se prohíbe que un individuo en concreto pueda ser designado tutor (artículo 14), si no son de origen, sino que han ocurrido con posterioridad a la constitución de la tutela, producen como efecto la remoción.

Exempli gratia, el tutor que ha sido «privación» o por reincidencia se ha extinguido la patria potestad o el ejercicio de la responsabilidad de crianza sobre sus propios hijos, obviamente no puede ser tutor por ser una incompatibilidad (artículo 14.1) y convertirse en una causal de remoción sobrevenida –aunque este supuesto el Proyecto lo regula con autonomía en la causal N.º 5–.

ii. Incumplan las reglas de ejercicio de la tutela: en este caso, aquel tutor que en el ejercicio de su rol contraría las obligaciones expresas que le fija la ley y siempre que sean una falta «grave, arbitraria, reiterada o habitual» –como se exige para el caso de la privación de la patria potestad– opera la separación de la tutela. Un ejemplo puede ser cuando hay fallas en la «administración de los bienes y su inventario», aunque en este caso el Proyecto lo mencione como una causal aparte –N.º 4–.

iii. Cause un daño patrimonial grave: si el tutor en la gestión del patrimonio del pupilo ocasiona una lesión o pérdida del mismo que sea sustancia y que sea imputable a título de «intencional o por culpa grave» quedará alejado de la tutela.

iv. Estar incurso en las mismas causales de privación de la patria potestad, pero en perjuicio del tutelado: Varios supuestos de privación¹⁷¹ pueden

¹⁷¹ Aludir a la «extinción de la patria potestad» como lo hace el Proyecto en la causal N.º 6 no tiene sentido, en razón de que ella suprime como efecto la tutela y además

incluirse como causa de incompatibilidad, como los referidos a las adicciones a fármacos, drogas y alcohol o exponerlo a riesgos o amenazas a sus derechos –también la interdicción e inhabilitación, pero sobre ellos se han hecho reparos, *vid. supra*–, y los demás siempre implicarán un ejercicio de la tutela contraria al deber que acompaña la responsabilidad de crianza, como podría mencionarse: maltrato, corrupción, prostitución o abusos sexuales.

Otras causales, que no se incluyen en este artículo, podría ser la no inscripción del crédito que vincula a tutor y pupilo en el inventario (artículo 22 del Proyecto).

2.27. Disposiciones derogatoria y final

Finalmente, el Proyecto trae una disposición derogatoria de las normas del Código Civil que regulan expresamente la tutela (artículos 301 al 381), así como aquellas que choquen con el Proyecto. Empero, debe ponderarse que hay muchos aspectos que el Proyecto no regula y que sí están reguladas en el Código, generalmente referidos a la administración del patrimonio. Es claro que, al ser un modelo de «tutela de autoridad», debían suprimirse las disposiciones sobre el protutor y consejo de tutela; al establecerse un «tutor familiar» con delación del juez, se eliminaron las reglas sobre la delación legal y preferencias; también al ser un «tutor voluntario» se quitaron las normas sobre excusas, entre otras, como las referentes a la constitución de garantías sobre la administración por parte del tutor¹⁷².

los supuestos que se contemplan para la patria potestad, como la reincidencia, no sería extensible por analogía a la tutela, porque el tutor nunca puede ser rehabilitado para que sea reincidente.

¹⁷² La anterior afirmación es parcialmente cierta, pues la verdad es que, aunque el Proyecto no alude a las garantías del tutor por su administración, tampoco es que deroga expresamente el artículo 1885 del Código Civil referente a la hipoteca legal que se constituye a favor del pupilo con el solo registro (artículo 1879).

Sobre este último aspecto, SANOJO se mostraba receloso, pues consideraba que exigir garantía era contrario a que la tutela sea obligatoria, «pues le bastará al tutor nombrado manifestar que no puede constituir la hipoteca exigida, para quedar de hecho libre del cargo»; además, «La ley no puede obligar a nadie a comprometer sus bienes, porque el juez no puede saber siempre si el tutor nombrado los tiene suficientes para hacer efectiva la obligación»¹⁷³.

Cierra el Proyecto con una disposición final mediante la cual señala que el instrumento legal entrará en vigencia con su publicación en el órgano oficial, lo cual está sobreentendido, pues es la regla general que se deduce del Código Civil (artículo 1) y de la Ley de Publicaciones Oficiales (artículo 10)¹⁷⁴.

CONCLUSIONES

El balance general sobre el Proyecto no es positivo por varias razones, si bien actualiza la terminología que resultaba ya anacrónica y se acerca al modelo de la protección integral de la infancia, transforma la tutela en una institución de autoridad e incorpora el aspecto personal que se encontraba muy descuidado en el modelo del Código Civil, yerra en algunos temas que, para que resulten adecuados los cambios propuestos, son de indispensable revisión.

i. En el Proyecto la tutela no posee unos claros motivos de procedencia que la doten de autonomía, deduciéndose que será cuando se demande un administrador de patrimonio, lo que en definitiva resalta y mantiene como relevante el aspecto económico de la figura tuitiva.

¹⁷³ SANOJO: ob. cit. (*Juicio sobre el Código...*), p. 19.

¹⁷⁴ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6688 extraordinario, de 25-02-22. Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 261 y ss.

ii. Si bien es un acierto el modelo de tutela de autoridad, descuida groseramente el instituir verdaderas salvaguardas judiciales y controles extrajudiciales sobre el rol del tutor, lo que es muy probable que surjan pérdidas al patrimonio del pupilo que no puedan evitarse o corregirse a tiempo. Por ello debe instituirse un rol más activo en cabeza del juez, a los fines de que debe necesariamente revisar la medida cada cierto tiempo, instituir la posibilidad de dictar medidas preventivas dirigidas a corregir la gestión y recibir cuentas anuales de la administración. También debe mencionarse expresamente la intervención que en esta materia deben tener los familiares y otros órganos del sistema de protección en garantía de los derechos del pupilo y no solo en el aspecto patrimonial, sino igualmente en el personal.

iii. El diseño del perfil del tutor debe revisarse, pues un tutor exclusivamente familiar no es lógico, pues un pupilo que carezca de tan limitados parientes –por tipo y grado de parentesco o límites de edades– y posea un patrimonio que demande su administración estaría desprotegido, pues la colocación familiar no está diseñada para la garantía del tema económico. Igualmente, una tutela meramente voluntaria choca diametralmente con los principios sectoriales en materia de instituciones familiares que se centran en la solidaridad y corresponsabilidad (artículos 75 y 78 de la Constitución) y se acercan más a una posición mezquina e individualista, muy contrario a lo que se deduce de todas las normas que regulan a la familia y sus institutos.

iv. El instrumento debe enfocarse únicamente en la tutela como institución de protección de la infancia, que es lo que realmente regula, dejando el tema del tratamiento de las personas con discapacidad que demanden de medidas de apoyo para otro texto que siga los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

v. Resulta peligroso que el Proyecto elimine unos órganos tutelares que, aunque claramente inoperantes, poseían unas funciones que no son asignadas a otros entes. De allí que se demandaría un rol preponderante del

Ministerio Público a través de sus fiscales de protección a los fines de mantener una veeduría sobre el comportamiento del tutor y el respeto de los derechos del pupilo.

Ya para cerrar, se juzga positivo el que se tomen arrestos para reformar nuestras instituciones del Código Civil que han estado abandonadas a su suerte por más de 40 años, pero para que tal cometido sea verdaderamente fructífero se demanda una comprensión completa y científica de los institutos a reformar. Por nuestra parte, esperamos que este modesto ensayo pueda coadyuvar para que el texto comentado sea corregido o replanteado y así logre cumplir su objetivo, que es proteger a la infancia carente de sus guardadores naturales.

No sabemos si nuestros legisladores cambiarán la situación actual de nuestros niños y adolescentes desprovistos de sus guardadores naturales. Pero CARBONNIER lo advertía con melancolía:

El verdadero huérfano, sin embargo, continúa solo en la pureza de su legendaria desgracia. Una doble desgracia dirán los pesimistas: al mismo tiempo que ha perdido a sus padres, ha adquirido una fortuna que hay que administrar celosamente y que eventualmente perderá¹⁷⁵.

¹⁷⁵ CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 33.