

LA TUTELA ORDINARIA DE MENORES

María Candelaria Domínguez Guillén*

El tutor está destinado a sustituir al padre y a la madre, que son los tutores naturales, los primeros y los mejores de todos."

Marcel Planiol y Georges Ripert

Sumario

- Introducción

1) Noción

2) Principios

3) Presupuestos

4) Órganos de la tutela

A) Tutor

B) Protutor

C) Consejo de Tutela

D) Autoridad Judicial

5) Procedimiento tutelar

A) Apertura

B) Constitución

a) Ordenación de la tutela

b) Designación de los titulares de los cargos

b.1.-Inhabilidad

b.2.-Delación

c) Asunción de cargos (excusas)

d) Formalidades previas al ejercicio de la tutela

* Investigador-docente. Instituto de Derecho Privado UCV. Profesora de Derecho Civil I.

- d.1.-Existencia de protutor
- d.2.-Formación y consignación del inventario
- d.3.-Constitución de garantía
- d.4.-Discernimiento

- 6) Remuneración y gastos de manutención
- 7) Cesación
- 8) Obligaciones del tutor al dejar el cargo. Sanciones.
- 9) Críticas
- 10) Incidencia práctica
 - Conclusiones y recomendaciones
 - Bibliografía

Introducción

El presente estudio está referido al procedimiento de la tutela ordinaria de menores. Desde que comenzamos a dictar clases de Derecho Civil I, sentimos la necesidad de reducir un tema tan amplio como la tutela, a fin de poder cumplir con la totalidad del programa de "Personar". Es por ello que pensamos que una síntesis del procedimiento tutelar sería provechosa a los efectos didácticos. De manera que con este trabajo no pretendemos profundizar sobre la institución tutelar; por el contrario, nuestro objetivo es resumir, en la medida de lo posible, el referido procedimiento. Esto es, porque la premura y la escasez de tiempo no justifican el desconocimiento de uno de los regímenes de incapaces.

Tocaremos los aspectos más importantes del procedimiento tutelar y algunos elementos esenciales de la institución en general. Para ello, realizaremos un estudio teórico de la tutela con interesante doctrina nacional y extranjera. Posteriormente, haremos una breve referencia a la incidencia práctica del procedimiento en algunos tribunales del área Metropolitana de Caracas; investigación de campo realizada por nuestra colega María Cristina Quintero Aponte, cuando trabajamos el tema de la tutela, durante el curso de la materia "Procedimientos de Menores", en la Especialización de Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela (primer semestre de 1999). Para finalizar, presentaremos ciertas conclusiones y recomendaciones.

1) NoCIÓN

La tutela ordinaria de menores suele considerarse como el régimen de protección de los menores no emancipados que no se encuentran sometidos a patria potestad o a las medidas de protección previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente -LOPNA- (esta última elimina la tutela del Estado); y mediante el cual, el cuidado del menor es atribuido a un tercero.

Para aquellos supuestos en que falle la patria potestad, la forma más normal de proteger al menor es mediante la organización de una tutela, la cual se encargará de atender no sólo a su persona sino también a sus bienes. (Aguilar Benítez, Mariano y otros: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid, Edit. Tecnos, 1996, p. 65).

Rogel Vide indica que la tutela es una institución. Desde un punto de vista técnico es una situación jurídica... es una situación artificial... no es un fenómeno social espontáneo, sino que aparece fabricado por el derecho. De aquí que la tutela se organice. (Rogel Vide, Carlos: *La tutela del deficiente mental*. En: *La Situación Jurídica de los Deficientes Mentales en el Derecho Español*. Madrid, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, p. 157). La tutela es una institución jurídica, a diferencia de la patria potestad, que es una institución natural. Se presenta como una creación artificial del derecho; contempla una situación que no es espontánea pues no se deriva de los vínculos de sangre. (Carretero Pérez, Adolfo: *La Problemática Jurídica de los Subnormales en España*. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 87).

Para Spota, la tutela es el medio legal de protección de la persona y bienes del menor no amparado por la patria potestad o el patronato (Spota, Alberto G.: *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, T. II, Vol. 4, Parte Segunda, p. 353). Obsérvese que la referencia al patronato, en el derecho argentino, equivale a las medidas de protección de nuestra normativa.

Para el autor argentino Víctor Martínez la tutela de menores es "la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a patria potestad." (Martínez, Víctor: *La Tutela en el Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1959, p. 12). Escobar refiere: "Desde un punto de vista general, y según nuestro derecho positivo, la tutela es un ministerio que, deducido de la ley, se atribuye a los elementos integrantes de aquella para la representación y protección de un individuo determinado, en el doble orden personal y patrimonial." (Escobar De La Riva, Eloy: *La Tutela*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943, p. 3). Por su parte, Laurent indica que se trata de un cargo civil conferido a una persona bien sea por la ley o en virtud de disposiciones, para gobernar y administrar la persona y los bienes del menor. (Laurent, F.: *Principios de Derecho Civil*. Puebla, Editor J.B. Gutiérrez, 2ª edic., 1912, T. IV, pp. 538 y 539).

Véase igualmente con relación a la doctrina nacional: Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 12ª edic., 1995, p. 230; La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2da. edic., Vol. II, 1984, p. 125; Marín Echeverría, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998, p. 169; Zerpa, Levis Ignacio: *Derecho*

Civil I Personas. Guía y materiales para su estudio por libre escolaridad. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987, p. 159; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999, p. 204. Para Vivas de Serfaty la tutela es una institución supletoria de la patria potestad cuyo supuesto es el estado de necesidad de una persona que requiere de la protección que el derecho de patria potestad presta, y que carece de quien tenga el ejercicio de ese derecho, siempre y cuando no se trate de un menor declarado en estado de abandono. (Vivas de Serfaty, Suave: *Introducción al Estudio de la Materia de Menores*. Barquisimeto, s/e, 1972, p. 63). Como indicamos, la LOPNA elimina la tutela del Estado y en consecuencia la declaratoria de estado de abandono.

La tutela atiende a la necesidad que tiene el menor no emancipado, que no cuenta con la protección de sus padres, de ser cuidado por otro sujeto capaz de desempeñar un rol semejante al de éstos, pues sus necesidades continúan siendo las mismas a pesar de la ausencia paterna.

La protección que por naturaleza reclama un niño toma especial interés en el ámbito de la tutela, porque en ella el menor no cuenta con el cuidado de sus protectores primigenios, como son los padres, sino con familiares o terceros. (Domínguez G., María C.: *La Tutela del Estado y la Reforma a la Ley Tutela de Menores*. En: De los menores a los niños, una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 76).

A falta de particulares, el Estado debe asumir la protección del menor. De allí que nuestro sistema distinguiera hasta la entrada en vigencia de la LOPNA entre tutela ordinaria y del Estado; porque a falta de la primera, el Estado debe asumir el cuidado del menor. La LOPNA elimina la institución de la tutela del Estado, pero mantiene - como es lógico - la atención al menor a través de las medidas de protección, previstas en los Arts. 125 y ss.

2) Principios

La tutela tiene dos principios que la relacionan con la patria potestad, uno de *analogía* y otro de *diferenciación*: en virtud del primero, ambas instituciones se asemejan y poseen los mismos atributos (guarda, representación y administración), pues las necesidades del menor siguen siendo las mismas; pero en virtud del segundo, el legislador ha precedido la tutela de una serie de formalidades producto de la desconfianza hacia el tutor, en razón de no ser éste el protector natural del menor.

La tutela es una institución inspirada en la patria potestad, con ella se pretende llenar el vacío que supone la falta de los padres, intento por lo demás difícil. (Lete del Río, José Manuel: *Pasado y Presente de la Tutela o Guarda de los Menores* □

Incapacitados. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, p. 17).

El principio general que domina la institución es que el tutor reemplaza al titular de la patria potestad aunque con menos atribuciones y sujeto a una fiscalización mayor. (De Luna, Isabel M. P.: *Capacidad para contratar*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III LXVII, 1953, p. 183).

Sobre este aspecto nos hemos pronunciado con anterioridad, véase: Domínguez Guillén, María C.: *Algunos Problemas de Interpretación en materia de tutela*. En RFCJPUCV, N° 109, Caracas, 1998, pp. 266-268. Por aplicación del principio de la analogía vemos que el contenido de la tutela abarca los mismos atributos que la patria potestad, a saber, guarda, representación y administración; el tutor, al igual que los padres, requiere de autorización judicial para realizar actos que excedan de la simple administración. Las diferencias se acentúan en razón del principio de diferenciación, según el cual se evidencia cierta desconfianza hacia el tutor por no ser éste el protector natural del menor, en virtud de lo cual la ley exige ciertas formalidades y garantías que no tienen lugar en la patria potestad (ibid., p. 266). Véase igualmente: Hung Vaillant, ob. cit., p. 206.

Aguilar Gorrondona hace una crítica a la exagerada aplicación del principio de analogía y de diferenciación de la tutela con la patria potestad: para el autor la reglamentación de la protección de la persona del pupilo, al igual que la patria potestad es sumamente lacónica y la regla de la unidad de la administración tutelar es extrema, debido a que el tutor administra todo el patrimonio del pupilo de la misma forma que en la patria potestad; el principio de diferenciación se ha exagerado, pues la desconfianza hacia el tutor se traduce en una extraordinaria complejidad, en la constitución y desenvolvimiento en la gestión tutelar, incurriéndose en un formalismo extremo. En cuanto a los deberes de tutor el principio de diferenciación peca por defecto, al no exigir al tutor una actividad protectora como la del padre y permitir, por ejemplo, las excusas. (*Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Colección de Estudios Jurídicos, 1957, Vol. XX, pp. 152-155).

Por nuestra parte, con relación a la analogía entre patria potestad y tutela, nos mostramos de acuerdo en una regulación semejante de los atributos, sin ver como negativos la generalidad y la unidad de los mismos respecto de la persona del tutor, pues no resulta conveniente para el menor dividir en otros sujetos tales actividades. Pareciera más bien, haberse exagerado en cuanto a la diferenciación, debido al exceso

de formalidades exigidas al tutor. (Domínguez Guillén, *Algunos problemas...*, p. 267). Sólo a través de la concentración en una persona de las facultades y deberes atinentes a la conducta e intereses económicos del menor, se logra una situación similar equivalente a la atención que tales aspectos reciben de los padres. (Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991, p. 565).

Con relación a la posibilidad de excusas, la ley simplemente reconoce una realidad jurídica y práctica: el posible tutor no es el protector natural del menor. Por ello, si bien éste en principio está obligado a asumir el cargo si el juez no acepta la excusa, la tutela no podrá desarrollarse contra la voluntad real del llamado a asumirla.

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 en este sentido. Ello porque la naturaleza misma de una función tan delicada como la tutelar se opone a la idea de coercibilidad. (Domínguez G., María C.: *La Tutela del Estado...*, p. 78).

3) Presupuestos

La doctrina ha reconocido tres presupuestos básicos de la tutela ordinaria: 1.- La existencia de un menor no emancipado; 2.- No sometido a patria potestad - la tutela es sucedánea con la patria potestad, pues no pueden coexistir simultáneamente (De Luna, ob. cit., p. 183).- y 3) No sometido a las medidas de protección previstas en la LOPNA (anteriormente se indicaba, que el menor no debía estar sometido a la tutela del Estado). Véase en este sentido: Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil...*, p. 239; Zerpa, ob. cit., p. 160.

La tutela ordinaria de menores es subsidiaria respecto de la patria potestad, pero a su vez, tiene preeminencia sobre las medidas de protección. Antes de considerar el cuidado del menor por parte del Estado, se debe acudir necesariamente a la posibilidad de formalizar la tutela ordinaria de menores. Se encuentra así la tutela en un punto intermedio, subsidiario y preeminente, entre la patria potestad y las medidas de protección, respectivamente.

La existencia de la tutela supone igualmente la necesidad de un menor no emancipado, pues de tener lugar el matrimonio del menor, éste se libera de la patria potestad o de la tutela y entra en un régimen de asistencia y autorización, a la vez que adquiere el libre gobierno de su persona.

4) Órganos de la tutela.

Los órganos que integran el procedimiento tutelar, en el derecho venezolano son: *tutor, protutor, Consejo de Tutela y Autoridad Judicial*.

El órgano de la tutela es el ente a quien se encarga el cumplimiento de los fines de la institución. (Baquero Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez: *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, Edit. Harla, 1996, p. 241). Puede afirmarse que la tutela del menor está organizada a través de un órgano ejecutivo, como es el tutor; de un órgano contralor, como lo es el protutor y de un órgano consultivo, constituido por el Consejo de tutela. El Tribunal tiene funciones de órgano tutelar de decisión, cuando la ley requiere su intervención. (Ábreu Burelli, Alirio: *Las disposiciones del Código Civil atinentes a la minoridad, patria potestad, guarda, tutela y regímenes de administración de bienes de menores*. En: *Derecho de Menores en Venezuela*, Publicación N° 11. Caracas, Despacho del Fiscal General de la República, Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, 1985, pp. 48 y 49).

Véase en este sentido: Abouhamad Hobaica, Chibly: *El menor en el mundo de su ley*. Colección de estudios jurídicos N° 6. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1979, pp. 502 y 503; Hung Vaillant, ob. cit., pp. 206 y 207; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 170-179; La Roche, ob. cit., pp. 148 y ss.

Veamos entonces cada uno de los órganos que conforman el procedimiento tutelar y algunas de sus funciones.

A) TUTOR: El tutor es el órgano ejecutivo del poder tutelar, y aunque depende del Consejo de familia, posee facultades independientes de iniciativa y decisión. (Rodríguez-Arias Bustamante, L.: *La Tutela*. Barcelona, s/e, 1954, p. 191). El tutor es la persona que cumple fundamentalmente en forma personal y directa los fines de la tutela. (Soto Álvarez, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998, p. 128). El tutor tiene la guarda de la persona del menor, es su representante legal y administra sus bienes (Art. 347 CC).

Guarda: Se dice que tal atributo se encuentra más limitado que en la patria potestad: El tutor no decide en qué lugar debe ser criado el menor y su educación: tales decisiones suelen corresponder al Juez, cuando no se trate de los abuelos, previa consulta del Consejo de Tutela y escuchando la opinión del menor. De existir diferencia entre el Consejo y el Tribunal decidirá el Juez Superior, pero se cumplirá en tanto lo que decida el Tribunal (Art. 348 CC). Las correcciones deben ser "moderadas" (Art. 349 CC: véase igualmente Art. 266 CC). En caso de abuso del tutor el menor lo comunica al

protutor o al Tribunal, a fin de que se tomen las medidas pertinentes (Art. 350 CC). A falta de padres, corresponde a los abuelos, dar su consentimiento para que el menor contraiga matrimonio, a falta de éstos corresponde al tutor. (Art. 61 CC).

Representación: La representación corresponde en principio al tutor salvo: oposición de intereses (corresponde al protutor, Art. 337 CC), remoción (tutor interino, Art. 341 y 346 CC), procurador de menores (Art. 726 CPC), curador especial (310 y 311 CC).

Respecto a los tutores que no sepan leer y escribir, por analogía de la prohibición respecto de los padres, se nombrará un curador especial. Obsérvese que el analfabetismo no es causa de inhabilidad de la tutela, por lo que sólo impide ejercer la representación y administración.

En cuanto a la extensión del poder del tutor, cabe observar lo mismo que en la patria potestad: no se extiende a los actos para los cuales el menor tenga capacidad plena o limitada y consideramos incluidos aquí los actos estrictamente personales y los actos respecto de los cuales el tutor no tiene el poder de administración.

La representación legal que realiza el tutor, al igual que el padre que ejercer la patria potestad, es una *representación necesaria* para la expresión de la vida jurídica de los sujetos que la ley, en su interés declara incapaz de actuar. (Pérez Vargas, Víctor: *Existencia y Capacidad de las Personas*. San José, Costa Rica, Lex Loci Ltda, 1977, p. 73).

Administración: Al igual que en la patria potestad el poder de administración corresponde al tutor permanente, salvo en los mismos casos señalados para la representación; que se nombre curador especial; los bienes adquiridos contra la voluntad del tutor o donde éste era indigno de suceder, bienes producto del trabajo del menor, los subrogados a éstos, etc.

Nosotros a diferencia de Aguilar -quien sostiene la teoría de la plenitud de poderes- asumimos la teoría de los poderes de simple administración, porque como bien ha señalado la doctrina, las enumeraciones de los actos de disposición son meramente enunciativas y las facultades del tutor no pueden ser más amplias que las de los padres, en atención a la naturaleza de la propia institución. No es consecuente con la institución que estudiamos, pensar que el tutor sólo requiere autorización judicial para realizar los actos taxativamente indicados en el Art. 365 del CC pues existen otros actos que ponen en peligro el patrimonio del menor y que no se encuentran incluidos en la enumeración, por ejemplo, el arrendamiento de bienes raíces por tiempo "indeterminado" (el cual ciertamente presenta un riesgo mayor que el arrendamiento a tiempo determinado, al cual hace referencia la norma). Véase en este sentido: Domínguez Guillén, *Algunos problemas...*, pp. 268-274.

A fin de controlar la gestión administrativa del tutor, éste debe presentar *estados anuales de cuenta*, de conformidad con el Art. 377 del CC.

Puede presentarse también la figura del *tutor interino*: éste puede surgir dentro del proceso de constitución de la tutela para atender la protección del pupilo en caso que el juez lo considere conveniente, de conformidad con los Arts. 313 y ss del CC.

En el derecho argentino se le da el nombre tutor especial a quien ejerce las funciones de curador especial en nuestra legislación (véase: Bossert y Zannoni, ob. cit., p. 568). Véase igualmente: Planiol, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996, p. 291, los autores aluden a *tutor ad hoc*, aquel designado para un asunto especial. Véase en el mismo sentido, Azpíri, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976, pp. 227 y 228, quien distingue entre tutela general y especial, la primera se ejerce sobre la persona y bienes del menor, en tanto que la segunda, se refiere a determinados asuntos de carácter patrimonial que no pueden ser ejecutados por los padres o por el tutor general. Vale indicar que en nuestro derecho lo que se denomina curador especial se debería designar como tutor especial, pues en tales casos la persona seleccionada ejerce la representación y administración del menor en el caso particular, función típica de un tutor, a diferencia del curador quien simplemente asiste.

B) **PROTUTOR**: El protutor constituye el órgano de vigilancia del tutor, desempeñando funciones diferentes a éste. Ejerce pues una labor fiscalizadora o de supervisión respecto del órgano protagónico de tutela.

Indica Raffaele Brunetti que el protutor es un órgano importante de la tutela y de la organización tutelar y debe constituirse de oficio. Tiene funciones de colaboración y de representación en caso de oposición de intereses. Es un órgano complementario y no sustitutivo del tutor. (Brunetti, Raffaele: *Patria Potestá e Tutela. Nella Giurisprudenza*. Padova, edizioni Cedam, 1970, p. 422). La institución es de origen francés. (Penichet y Lugo, Francisco: *La Tutela*. Madrid, Hijos de Reus editores, 1899, p. 110).

El protutor es el órgano *contralor* de la actividad del tutor (Hung Vaillant, ob. cit., p. 207). Tiene el carácter de vigilante, de supervisor de otros miembros de la tutela (Abouhamad Hobaica, ob. cit., p. 503). Por su parte Alberto La Roche señala que el protutor es otro de los funcionarios importantes en cuanto al mecanismo de la gestión tutelar. La protutela es uno de los órganos llamados por la doctrina de Alta Tutela. El protutor cuya aparición se produce en el derecho consuetudinario francés, es una especie de fiscal, de vigilante, de supervisor de la actuación del tutor. (La Roche, ob.

cit., pp. 155 y 156). La Roche distingue entre facultades ordinarias y extraordinarias del protutor, las primeras se refieren a sus funciones de vigilancia, las segundas pueden ser divididas en dos: 1.- suplir las faltas del tutor y 2.- asistir circunstancialmente al menor en su patrimonio cuando surja oposición de intereses entre el tutor y el menor. (ibid., pp. 156 y 157). Véase igualmente: Hung Vaillant, ob. cit., p. 207; Zerpa, ob. cit., p. 165.

La figura del protutor ha sido criticada por algunos, por considerar que dificulta el engranaje tutelar. Algunos sostienen que la presencia de tal órgano en la tutela da lugar a una serie de conflictos con el tutor, optando la legislación austriaca y suiza, por su supresión. Así, en la exposición de motivos del código suizo, se indica, que el protutor puede ser indispensable en una tutela de familia, no así en donde la tutela es de autoridad, porque el control oficial de la tutela es superior al del protutor. (Rodríguez-Arias Bustamante, ob. cit. p. 213). Rodríguez-Arias Bustamante se muestra igualmente contrario a la subsistencia de esta figura, pues sus funciones pueden ser desempeñadas por el Consejo de Familia (ibid.), que en nuestro caso correspondería al Consejo de Tutela. - No obstante, nosotros como indicaremos *infra* preferimos la existencia del protutor sobre la del Consejo de Tutela.-

El Art. 335 del CC prevé igualmente la figura del *protutor suplente*, el cual llena las faltas accidentales del protutor.

C) CONSEJO DE TUTELA: Denominado en otras legislaciones Consejo de Familia, es un organismo integrado, en principio, pero no de modo indispensable, por parientes del pupilo; funcionando como elemento esencial, autónomo y fundamental del régimen tutelar, teniendo como misión resolver los asuntos más importantes de la tutela y ejercitar la alta inspección de la misma. (Rodríguez-Arias Bustamante, ob. cit., p. 215).

Varias características distinguen al Consejo de Tutela: - Es un órgano *colegiado* (concurren siempre 4 personas); - Es un órgano *deliberante* (las decisiones se toman por mayoría absoluta de votos no calificados); - Es un órgano *permanente*. (La Roche, ob. cit., p. 158; Hung Vaillant, ob. cit., p. 206). Anteriormente a la reforma del CC en 1942 el Consejo de Tutela era accidental, se reunía para cada caso. (La Roche, ob. cit., p. 158)

Este órgano ejerce la función denominada por Aguilar Gorrondona como "supratutela", es decir, controlar las decisiones más importantes en materia de tutela, pero a título *CONSULTIVO*, a requerimiento del Juez (pero por lo general si la decisión del Juez es contraria con la del Consejo debe consultarse con el Juez Superior). (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil...*, p. 279). Por ejemplo, debe emitir opinión sobre la solicitud de autorización del tutor para realizar actos que requieren autorización judicial (Art. 324 CC).

Sobre el carácter consultivo del consejo de tutela, véase: Hung Vaillant, ob. cit., p. 206; Marín Echeverría, ob. cit., p. 173. Excepcionalmente la ley concede poder de decisión al Consejo de Tutela por sí solo en los casos de los Arts. 341, 346, 354, 360, 362 y 369 del CC.

De Apalatequi indica que en algunas legislaciones el Consejo de Familia es desconocido, porque en la familia moderna, fuera del vínculo estrecho del hogar, no existen los vínculos de solidaridad necesarios para la eficacia del Consejo de Tutela. El Consejo de Familia, contraria y dificulta la unidad de acción que todo poder directivo necesita, reduce al tutor a un mero ejecutor (De Apalatequi, Pedro y -la contestación de- Manuel De Bofarull y Romaná: *La Tutela de Autoridad*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1954, p. 60). Esta razón de lejanía afectiva unida al inconveniente práctico de reunir demasiadas personas en la toma de decisiones complica el procedimiento tutelar.

En el curso de Seminario titulado "Las causas que afectan la capacidad de obrar", que dictamos en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, entre 1997-98, tuvimos ocasión de conversar personalmente con el estudiante Luis Padra, quien realizó su trabajo de seminario sobre la tutela y curiosamente estuvo largo tiempo sometido a dicha institución. Su comentario más interesante estaba referido a la incomodidad que representan tantas personas (familiares) dentro del procedimiento, pues nada más reunir al Consejo de Tutela, representaba un problema de orden práctico, en razón de que los familiares se encontraban lejanos (tanto en distancia como en afecto). Esta idea, es a todas luces acertada y perfectamente acorde con el comentario realizado por De apalatequi, según el cual, los lazos afectivos se pierden al salir del núcleo básico familiar.

Por nuestra parte, nos mostramos de acuerdo con la eliminación del Consejo de Tutela, pues pensamos que tantas personas implicadas en un procedimiento que requiere por su naturaleza celeridad, más bien tiende a complicar la institución. Por otra parte, suficiente garantía de cuidado y protección otorga el Juez y el protutor como órgano de vigilancia.

Véase igualmente, sobre la incapacidad funcional del consejo de familia: Andreoli, Marcelo: *La Riforma del Diritto Tutelare. (Considerazioni sul diritto vigente e sul progetto del nuovo codice civile)*. Italy, Cedam, Casa editrice dott. A. Milani Già Litotipo, 1931, IX, p. 10. De allí, que algunas legislaciones, como la argentina rechaza el sistema del consejo de familia, inspirado en el Código Civil francés. (Spota, ob. cit., p. 367).

D) LA AUTORIDAD JUDICIAL: El órgano jurisdiccional juega un papel esencial en el desarrollo de la tutela; veremos a lo largo del estudio de la institución que éste tiene a su cargo el desarrollo del procedimiento tutelar. La intervención judicial en la constitución de la tutela ordinaria de menores tiene por objeto actividades de control y de gestión.

La tutela es judicial en la medida que el tutor la ejerce bajo la supervigilancia del juez. Es éste el organismo de control y fiscalización natural de la actividad del tutor. (Diez-Picazo, Luis: *Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de tutela*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, Nº 41, enero-marzo 1984, p. 12).

La evolución jurídica de la tutela ha puesto especial énfasis en el cuidado de la persona del incapaz, considerando la tutela más como una función con marcado interés público. Por ello en los sistemas modernos se da la intervención del poder público a través de los jueces de menores. (Baquero Rojas y Buenrostro Báez, ob. cit., p. 237).

5) Procedimiento tutelar

A) Apertura:

La apertura de la tutela tiene lugar en forma automática y espontánea ante la necesidad de comenzar la protección de un determinado menor. Se produce de derecho -sin necesidad de declaratoria judicial- cuando se dan las condiciones o presupuestos necesarios para que tenga lugar la tutela ordinaria de menores.

La apertura de la tutela se produce de pleno derecho desde el momento mismo en que tienen lugar los presupuestos. La apertura no está sujeta a ninguna de las notificaciones pertinentes. (Aguilar Gorrondona, José Luis: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. XXVI, 1962, p. 75).

Sobre los presupuestos véase *supra* 3. Véase igualmente sobre la apertura: Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil...*, pp. 239 y 240; Hung Vaillant, ob. cit., p. 209. Así, cuando estemos en presencia de un menor no emancipado, no sometido a patria potestad o las medidas de protección de la LOPNA, que requiera la protección del régimen que estudiamos, se abrirá de derecho la tutela. No obstante, la efectividad y aplicación de la figura requiere necesariamente de la constitución.

El problema que se plantea en nuestro medio es que muchas tutelas no trascienden a la etapa de apertura, pues se dan los presupuestos o condiciones necesarias para su

existencia, pero no se procede a su constitución, y surge lo que la doctrina ha llamado "tutela de hecho". Así comenta Víctor Martínez, que hay tutela de hecho cuando una persona ejerce las funciones de tutor de un menor sin derecho, o cuando aún teniendo derecho a la tutela, entra a desempeñar el cargo sin cumplir los requisitos legales. (Martínez, ob. cit., pp. 67 y 68).

El Tribunal competente a los efectos del lugar de apertura de la tutela y por lo mismo, de su organización, es el domicilio del menor. Siendo el domicilio legal del menor el de sus padres, éste también, es en principio el lugar de apertura de la tutela. (Bonnecase, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, p. 190). Véase en el mismo sentido: Spota, ob. cit., p. 373; Abouhamad Hobaica, ob. cit., p. 504; Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil...*, p. 241, en defecto de domicilio se tomará en cuenta la residencia del pupilo y supletoriamente, su paradero.

B) Constitución:

La constitución de la tutela implica la intervención del órgano jurisdiccional a fin de dar curso al procedimiento tutelar.

La tutela ha de constituirse necesariamente por vía judicial. (Moro Almaraz, María Jesús y Ignacio Sánchez Cid: *Nociones Básicas de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1999, p. 133).

Abierta la tutela, ésta debe constituirse, la constitución, abarca las siguientes fases: - la ordenación de la tutela; - la designación de los titulares del cargo; - la asunción de dichos cargos; - el cumplimiento de determinadas formalidades antes de entrar en funciones. Veamos cada una de ellas por separado.

a) Ordenación de la tutela

La etapa inicial de la tutela, tiene lugar cuando se ordena la misma. No obstante a la ordenación de la tutela le preceden ciertas actuaciones por medio de las cuales la autoridad judicial constata la apertura de la misma.

Una vez que ha tenido lugar la apertura de la tutela, se debe informar al juez de los hechos relacionados con la misma. Esta obligación de informar se le impone a dos categorías de personas: a) El funcionario que recibe la declaración sobre la muerte de quien dejó hijos menores (Art. 302 CC, multa: 1.000 Bs.); b) El tutor nombrado por los padres, el llamado por la ley a serlo, y los parientes dentro del 4º grado de consanguinidad. (Art. 303 CC, multa: 500 Bs.). El primero que informa releva de ese deber a los demás.

Las multas resultan irrisorias. Por otra parte, la ley debería ser más exigente con el cumplimiento de este deber de información porque del mismo depende la posibilidad de intervención del juez y en gran medida la eficacia de la institución.

Véase en torno al deber de información al juez sobre la apertura de la tutela; Aguilar Gorrondona, *Necesidad...*, pp. 83 y ss.

Pensamos que cualquier persona que tenga noticia de la apertura de determinada tutela, podría informale a la autoridad judicial, a fin de que ésta proceda oficiosamente.

El juez debe AVERIGUAR si se ha abierto o no la tutela ordinaria en su jurisdicción y en caso afirmativo recabar PRUEBA de ello; y luego, una vez comprobada la apertura de la tutela debe procederse a su ORDENACIÓN, es decir, a dictar un mandato judicial a fin de proceder a su CONSTITUCIÓN.

b) Designación de los titulares de los cargos

Una vez que se ordena la tutela se debe determinar quiénes son las personas aptas para determinar los cargos tutelares. Para ello debemos referirnos a dos figuras: la inhabilidad y la delación.

b.1.- **La inhabilidad:** La inhabilidad supone un impedimento legal para desempeñar el cargo tutelar. La misma se deriva de una especie de presunción de ineptitud que pesa sobre cierta categoría de personas.

La inhabilidad puede ser absoluta o relativa, según se refiera a la tutela en general o a uno o varios menores en específico.

* **Inhabilidad absoluta:** Art. 339 CC, ords. 1 al 5 y ord. 8:

a) Los que no tengan la libre administración de sus bienes (menores, entredichos e inhabilitados).

b) Los que carecen de domicilio y no tienen residencia fija.

c) Los que hayan sido removidos de una tutela (por dolo o culpa).

d) Los que hayan sido privados de la patria potestad sobre sus hijos.

e) Los que hayan sido condenados a alguna pena que lleve consigo interdicción o inhabilitación.

f) Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean de notoria mala conducta.

g) Los adictos alcohólicos y los fármaco-dependientes habituales.

• **Inhabilidad relativa:** Art. 339 CC, ords. 6, 7 y 9.

a) Los que tengan o se hallen en circunstancia de tener, o cuyo padre, madre, descendiente o cónyuge, tengan o se hallen en circunstancia de tener con el menor un pleito en que se ponga en peligro el estado civil del menor o una parte de sus bienes.

b) Los jueces de primera instancia en lo Civil y los jueces de Menores, cuando el menor o sus bienes estén en el territorio de su jurisdicción.

Según Aguilar Gorrondona, esta inhabilidad tiene lugar, a fin de evitar recusaciones e inhibiciones (*Derecho Civil...*, p. 245). No obstante, nos parece que la prohibición abarca un espectro muy amplio, siendo que si el menor tiene sus bienes en el área metropolitana, por ejemplo, ningún juez de la localidad podría ser tutor, independientemente de que no tenga interés en la tutela; no vemos el inconveniente de que se aplicara a ello la figura de la recusación o inhibición pues son incidencias breves y serían excepcionales. Aquí, ante el temor, se hizo regla lo que debió ser excepción.

c) Los expresamente excluidos por los progenitores en ejercicio de la patria potestad. Esta inhabilitación se presenta como una consecuencia en negativo de la figura de la delación. Véase *infra* b.2.

b.2.- **La delación:** es la forma de determinar los titulares de los cargos tutelares.

Para Escobar De La Riva es la forma en que tiene lugar el llamamiento de la persona que ha de desempeñar el cargo tutelar (ob. cit., p. 71). La delación será paterna, legítima o dativa, según que el llamamiento proceda de los padres, de la ley o del juez. Véase en este sentido: Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Derecho de Familia*. Barcelona, José María Bosch editor, 3ª edic., 1989, Vol. 2, p. 297.

En doctrina extranjera suele denominarse también a la delación como los MODOS DE DEFERIRSE LA TUTELA. El Código argentino dispone que "la tutela se da, o por los padres, o por la ley o por el juez"... Las tres clases de tutela están sujetas a una gradación, de forma que la paterna tiene preferencia sobre la legítima y ésta a su vez sobre la dativa. Es así, que si un tutor legítimo se hallara en ejercicio y apareciera el testamentario, la tutela se defiere a éste. Igualmente es desplazado el tutor dativo cuando un pariente está en condiciones de ejercer la tutela legítima. (Martínez, ob. cit., p. 27).

La delación entonces puede ser: paterna (padres), legítima (ley) y dativa o judicial (juez). La delación es de *orden público*, de manera que no se puede alterar por la

voluntad de los particulares. Veamos pues las distintas formas de delación, en los diferentes órganos tutelares:

* **Tutor:**

- **Delación paterna:** Se fundamenta en que el afecto y conocimiento paterno representa la mejor opción en la designación, por ello la ley priva de eficacia a esta última en caso de que la conducta del padre la desvirtúe.

Existe verdadera prelación respecto a este tipo de delación por el respeto que al legislador le ha merecido siempre la voluntad de los padres. (Penichet y Lugo, ob. cit., p. 31).

Debe hacerse por instrumento público o auténtico (Art. 307, ap. único). Es impropio referirse a delación testamentaria para aludir a la delación paterna, porque el testamento no es la única forma de constituir este tipo de delación, pues puede tener lugar mediante otro documento auténtico. Ni siquiera requiere ser un acto de última voluntad, aunque suele ser lo característico.

De allí que Torres-Rivero se refiere a este tipo de delación con el término "tutela voluntaria", que a su vez, subdivide en dos especies: testamentaria y por escritura pública. La primera es por testamento y la segunda es por acto *inter vivos*. (Arturo Luis Torres-Rivero: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, Universidad Central de Venezuela-Colegio de Abogados del Estado Lara, 1984, Vol. I, p. 100).

La posibilidad de hacer la designación se tiene dentro de los atributos de la patria potestad; se trata de un acto unilateral y revocable. Para su validez se requiere que el nombramiento se haga por el padre o la madre que ejerce la patria potestad al momento de su designación y que al momento de la apertura no hayan sido privados de la misma. (Arts. 305 y 306 CC.).

Los padres no pueden designar al menor dos tutores, por la indivisibilidad de la tutela, pero sí pueden en caso de varios hermanos, nombrar un tutor a cada uno. (Art. 307 CC.). En cambio el juez no puede dividir a los hermanos a través de distintos tutores; en caso de hermanos, el juez debe nombrar al mismo tutor. (Art. 310 CC.).

Señala el autor argentino Víctor Martínez, que la delación paterna, a diferencia de la legítima y de la dativa puede estar sometida a condición, pues ella tiene lugar por la voluntad del padre. No obstante, refiere que los autores italianos indican en este sentido que el cumplimiento de la condición debe referirse únicamente al tiempo en

que se abre la tutela y no después, porque la tutela debe ser única e ininterrumpida. (ob. cit., p. 25). Por ejemplo, los padres podrían condicionar el cargo de tutor al estado civil de casado al momento de aceptar el cargo, pero no pueden pretender que una vez asumido éste la persona no se pueda divorciar.

La persona designada queda llamada al cargo y en caso de nombramientos sucesivos se toma en cuenta el último (Art. 305 CC, ap. único). Indican Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón que según el derecho español de designar el padre y la madre distintos tutores, el juez escogerá uno de ellos, según lo considere más conveniente, según decisión motivada. (*Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 6ª edic., 1995, Vol. IV, pp. 316 y 317).

La delación paterna está inspirada en la presunción de afecto y conocimiento de los progenitores respecto de sus hijos, razón por la cual no sólo pueden por escritura pública designar tutor, también pueden excluir de los cargos tutelares a cualquier persona. Esto último origina una inhabilidad relativa (Art. 339, Ord. 9), según indicamos *supra* 5.b.1.

- **Delación legítima:** Es legítima la tutela cuando es la propia ley la que designa al tutor (Saura Martínez, Fernando: *Incapacitación y Tutela*. Madrid, Edit. Tecnos, 1986, p. 61). Prevé el Art. 308 del CC, que si no hubiere tutor nombrado por el padre o la madre, "la tutela corresponde de derecho al abuelo o a la abuela sobreviviente". En este caso pues, hay delación legítima, porque la ley es la que establece la persona llamada a ocupar el cargo de tutor.

Obsérvese que el único caso de delación legítima en nuestro derecho es en el supuesto de existir un solo abuelo sobreviviente, pues de existir más de uno, el juez podrá acordarla a cualquiera de los abuelos, tomando en cuenta el interés del menor (Art. 308 CC) y en tal caso hablaremos de delación dativa, porque la selección en definitiva la realiza el juez.

La tutela legítima tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o niegan de serlo. (Martínez, ob. cit., p. 34).

Con anterioridad a la reforma de 1982 la delación legal era evidentemente discriminatoria, pues existía una doble preferencia a favor del hombre: Así establecía el Art. 308 del CC de 1942: "... la tutela corresponde de derecho al abuelo paterno y, en su defecto, al materno; a falta de ambos, a las abuelas paterna y materna, en este mismo orden."

- **Delación dativa o judicial:** La delación dativa o judicial es la que en defecto de la paterna y de la legítima da el juez al pupilo. (Gómez De La Serna, Pedro y Juan Manuel

Montalbán: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, T.I, p. 487). En nuestro derecho, la delación dativa tiene lugar cuando el juez competente, selecciona al tutor. Indica el artículo 308 del CC que si existe más de un abuelo, el juez podrá acordar a cualquiera de ellos, según indicamos *supra*. Reiteramos que en este caso estamos en presencia de una delación dativa o judicial porque aunque la ley lo disponga, es el juez quien en definitiva hará la designación al cargo tutelar. Esto siempre que exista más de un abuelo sobreviviente. Existe otra hipótesis de delación dativa prevista en el artículo 309 del CC; a falta de abuelos, el juez escogerá al tutor, en igualdad de circunstancias, entre los parientes del menor dentro del cuarto grado. Se debe escuchar al Consejo de Tutela. Obsérvese que la ley no establece un orden imperativo en cuando a la selección del tutor, esto a fin de tener en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso.

A falta de tutor designado por los padres y de tutor legítimo corresponde al Juez determinar el tutor, por lo que no se puede acudir a este tipo de delación sin agotar previamente, en primer lugar la delación paterna y en segundo lugar la delación legítima.

Recordemos que el juez sólo puede nombrar un tutor en caso de hermanos (Art. 310 CC), a diferencia de los padres (Art. 307 CC).

* Protutor y suplente

Sólo existe delación paterna y dativa para escoger al protutor y al suplente de éste, es decir, la ley no establece al respecto la determinación. No hay pues, personas llamadas por la ley al desempeño de la protutela. En opinión de Escobar, ello se debe, a que la ley ha querido evitar la concomitancia de parentesco entre los órganos de la tutela en razón de la labor fiscalizadora que tiene a su cargo el protutor (Escobar De La Riva, ob. cit., p. 58). Son aplicables las mismas reglas relativas al tutor en este sentido.

* Consejo de Tutela

Si los padres han hecho la designación el Juez hará la constitución con cuatro (4) de ellas y cuando éstas falten o estén impedidas hará su escogencia entre las otras; en el primer caso existe delación paterna y en el segundo dativa.

En caso de que los progenitores no hayan realizado designación o si tales personas no pueden asumir el cargo, el Juez procederá a constituir el Consejo de Tutela de la forma siguiente: (Art. 325 CC).

a) Se deben nombrar cuatro (4) de los parientes del menor por orden de cercanía de grado, a menos que pase del 3er grado donde se puede designar libremente. Si hubiere

parientes próximos en ambas líneas se escogerán los cuatro de una y otra, siempre que fueren del mismo grado.

b) A falta de parientes de cualquier grado, el juez nombrará a personas amigas y relacionadas con la familia del menor, mayores de edad y de buen concepto público.

c) Asunción de los cargos (excusas).

Una vez seleccionada la persona que ha de asumir el cargo tutelar, se le debe notificar, a fin de que ésta proceda a su aceptación o excusa al cargo. El Art. 345 del CC prevé que las excusas deben proponerse dentro de tres días siguientes a la notificación del nombramiento.

Toda persona válidamente designada para el cargo y cuya excusa no haya sido aceptada está en el deber de asumir el cargo. (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil...*, p. 251).

Según indicamos *supra* 2, la posibilidad de excusa responde al hecho de que en la tutela, el menor no cuenta con el apoyo de sus protectores naturales, sino con el auxilio de terceros, que si bien son parientes, no están inspirados por el mismo amor paternal.

Aguilar Gorrondona indica que "el designado no está en el deber de excusarse" (ibid., p. 252). Esta afirmación resulta obvia, pues por algo hablamos de excusas, éstas indican que no estamos en presencia de algo obligatorio.

a) Régimen de excusas del tutor, protutor y protutor suplente. Las excusas se encuentran taxativamente indicadas en el Art. 342 CC; - Los militares en servicio activo; - Los ministros de cualquier culto; - Quienes tengan bajo su patria potestad tres (3) ó más hijos (podría suceder que los hijos no estén bajo la patria potestad y sin embargo aún tenga que mantenerlos económicamente); -Pobreza; - Mal estado habitual de salud; -El tutor o curador de otra persona; - Los que no sepan leer y escribir (obsérvese que si la persona no se excusa, será tutor pero no tendrá los atributos de representación y administración; sólo tendrá la guarda. No creemos que el analfabetismo del tutor deba ser causa inhabilidad porque de mediar una gran relación afectiva con el menor, estaría impedido de orientar su conducta, en razón del carácter indelegable que presenta el atributo de la guarda); - Los impedidos.

- Procedimiento: Arts. 345 y 346 CC. Las excusas deben presentarse ante el juez antes de aceptar el cargo y dentro del lapso legal de 3 días; se debe oponer todas las excusas juntas si son más de una; debe probarse la excusa; se nombra un tutor interino; se debe apreciar el dictamen del Consejo de Tutela (la opinión no es consultiva); el

interesado puede apelar ante el Juez Superior, pero de la decisión de éste no hay recurso. El régimen de excusas de los miembros del Consejo de Tutela está previsto en el Art. 327 CC. El juez puede excusar a los miembros, tanto del cargo como de la asistencia a las sesiones, por razón de distancia u otros motivos justos.

-**Sanciones en caso de no asumir los cargos tutelares:** ¿Qué sucede si no obstante rechazarse la excusa la persona llamada al cargo no quiere asumirlo? Como señalamos *supra* 2, un cargo tan delicado como el tutelar, necesariamente supone la idea de voluntariedad. Por ello, aunque el cargo en principio es obligatorio y el juez puede rechazar la excusa, la tutela en sí misma se opone a la idea de coercibilidad. Así, en caso de que el tutor llamado a asumir el cargo, no cumpla con sus deberes, podrá ser *removido* de su cargo y podrá *responder por daños* ocasionados al menor (Art. 340, ord. 3 CC). La ley establece multas irrisorias en el Art. 317 CC.

d) Formalidades previas al ejercicio de la tutela

d.1.- **Existencia del protutor** (Art. 336, CC). El tutor no podrá entrar en el ejercicio del cargo si no existe protutor. En razón de ser el protutor el órgano de vigilancia del tutor, requiere su preexistencia a este último. El tutor debe promover su nombramiento, so pena de remoción e incurrir en daños y perjuicios.

d.2. Formación y consignación del inventario de bienes del pupilo.

El inventario es una relación exacta de todos los bienes que integran el patrimonio, debidamente particularizados uno a uno, y determinando el estado, cantidad y calidad de los mismos. (Naranjo Ochoa, Fabio; *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª edic., 1996, p. 277). El inventario judicial es de cumplimiento inexcusable (Spota, ob. cit., p. 378).

- **Formación:** Lo harán el tutor, el protutor y los miembros del Consejo de Tutela personalmente, sin necesidad de asistencia del juez. (Art. 352 CC); caso de inventario de bienes situados en lugares distintos; se da comisión al Juez local para constituir un Consejo Auxiliar de Tutela. (Art. 352 CC); caso de comercio o industria en el patrimonio del menor, intervendrán las personas que el Consejo de Tutela crea conveniente llamar. (Art. 354 CC). * **Inicio:** Dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que el tutor esté conociendo de su llamamiento (Art. 351 CC); * **Contenido:** muebles, inmuebles, créditos (Art. 353 CC); * **Término:** Debe concluirse dentro de los treinta (30) días a partir de la expiración del plazo para iniciarlo. Se puede solicitar prórroga antes de expirar el término. (Art. 351 CC).

- **Consignación:** Deben consignarlo las personas encargadas de formarlo; la ley no fija lapso pero se entiende que debe consignarse antes del término para concluirlo

ante el Tribunal de la Tutela o ante el Tribunal Comisionado. Se debe juramentar a las personas que intervienen en el inventario.

- **Sanciones:** los encargados de formar y consignar el inventario responden por los perjuicios ocasionados al menor (Art. 356 CC); la misma consideración vale para los jueces (Art. 357 CC; multa de 100 Bs.); remoción del tutor (Art. 358 CC); remoción de quienes no hayan verificado el inventario (Art. 340, Ord 2 CC).

Los bienes que el menor adquiera con posterioridad al inventario seguirán la misma formalidad (Art. 359 CC).

d.3. Constitución Garantía

El aseguramiento de las resultas de la administración del tutor consiste en la constitución de una garantía (real o personal) a fin de asegurar el crédito que podría tener eventualmente el pupilo en razón de la mala administración del tutor.

Este deber rige para el tutor que no sea abuelo del pupilo y supone que se haya concluido el inventario. Véase Art. 360 CC.

La garantía debe constituirse por la cantidad fijada por el Juez de la constitución de la tutela (Art. 360, ap. 1). El Juez debe atender a la naturaleza y circunstancia de los bienes que forman el patrimonio del pupilo. La decisión del Juez es irrecurrible.

Según el Art. 360, ap. 3 CC, si el tutor no ofrece otro género de caución, el Consejo de Tutela, determinará los bienes de aquél sobre los cuales debe constituirse la hipoteca; y si en el mismo caso, no tuviere el tutor bienes suficientes, se procederá al nombramiento de otro. Obsérvese lo radical de la disposición indicada, pues quien no presente suficiente garantía no podrá ser tutor, al margen de la relación afectiva existente.

El tutor que no constituye garantía puede ser removido de su cargo y responder por los daños ocasionados al menor (Art. 340, ord. 1 CC). El Juez puede variar a posteriori el monto de la garantía o cambiarla por otra (Art. 361 CC).

d.4. Discernimiento

El discernimiento en la tutela es el acto judicial que consiste en autorizar al tutor para entrar en ejercicio de sus funciones; también se le denomina así al instrumento donde consta tal autorización. De manera pues, que se diferencia esta acepción, de aquella que implica la posibilidad de distinguir o diferenciar, vinculada a la noción de capacidad natural.

Al respecto, observa Ossorio que esta palabra tiene dos acepciones; la habilitación a una persona para ejercer un cargo, por ello, *discernir* es encargar el juez a alguien la tutela de un menor. Pero en un sentido general, discernimiento quiere decir: juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas. Y discernir, es entonces distinguir una cosa de otra. (Ossorio, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1981, p. 257).

El discernimiento permite una verificación de la regularidad de la constitución de la tutela e indica el cumplimiento de las formalidades previas. No es necesario cuando el tutor es abuelo del pupilo. (Art. 312 CC).

El documento debe contener los datos del pupilo, tutor y protutor (nombre, edad, domicilio), mencionar el título por el cual el tutor es tal (delación) y declarar que se han cumplido las respectivas formalidades (Art. 413 CC). El discernimiento debe protocolizarse en el Registro Público correspondiente a la jurisdicción del domicilio del menor (Art. 413 CC) y publicarse por la prensa dentro de los 15 días después de su fecha (Art. 415 CC). A pesar de las referidas formalidades, el discernimiento no se presenta como un requisito que afecte el desempeño del cargo.

6) Remuneración y gastos de manutención

En principio, el cargo tutelar es gratuito, pero el Tribunal puede fijar una remuneración que no exceda del 15 % de la renta líquida de los bienes del pupilo. (Art. 375 CC).

En nuestra opinión la remuneración al tutor resulta positiva pues se presenta como un incentivo a una gestión por demás delicada. La patria potestad es gratuita y obligatoria porque los padres son los protectores naturales del menor, pero tal gratuidad no es imperante en la tutela; porque el tutor aun cuando pueda ser pariente del pupilo, no se ve inspirado por la misma relación paternal.

Aguilar Gorrondona indica que en razón de la posibilidad del testador de disponer de sus bienes, debe admitirse la validez de la disposición testamentaria del padre o de la madre que fije al tutor una remuneración mayor, a menos que con ello se lesione la legítima o se violen otras normas de orden público. (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil ...*, p. 277). Por nuestra parte pensamos que los padres no pueden disponer una remuneración superior al quince por ciento (15 %) si la misma es tomada del patrimonio del menor, porque ello ciertamente representaría un perjuicio económico para éste. Recordemos que los padres no pueden disponer de los bienes de sus hijos o beneficiarse de los mismos, razón por la cual la reforma del CC de 1982 eliminó el usufructo legal que tenían los padres sobre los bienes de los hijos. Lo que sí puede hacer el progenitor es disponer de una porción de sus propios bienes -si ello no afecta la legítima de sus

herederos- a favor del posible tutor. La disposición testamentaria del padre deberá estar dirigida a sus propios bienes y no a la renta del menor; a los progenitores no les está dado exceder el límite previsto en la ley a los efectos de la remuneración del tutor, porque no pueden disponer de una renta que no les pertenece.

El tutor pierde derecho a remuneración si contrae matrimonio con el pupilo antes de la aprobación definitiva de cuentas (Art. 131, Ord. 2 y Art. 58 CC).

Por otra parte, la ley también prevé la asignación de los gastos de manutención: el Art. 362 CC indica:

"Después de hecho el inventario de los bienes, el Tribunal oyendo al Consejo de Tutela, fijará el máximo de gastos que deba hacer el tutor en la manutención y educación del menor, teniendo para ello presente la posición y circunstancias del último y principalmente la renta líquida de su fortuna. Podrá alterarse esa fijación según las circunstancias, oyendo siempre al Consejo de Tutela."

Si después del prolijo examen, el Consejo lo creyere equitativo, y el Tribunal lo encontrare suficientemente justificado, podrá acordarse la compensación de frutos por alimentos."

De los Arts. 375 y 362 del CC se desprenden dos figuras distintas: la *remuneración* al tutor y los *gastos de manutención* del menor. Estos últimos son tomados del patrimonio del menor para su propia subsistencia y no en retribución a la labor del tutor, como es el caso de la remuneración. Por su parte, la compensación de frutos por alimentos se refiere a la posibilidad del tutor que corre con los gastos de manutención del menor, de hacer suyos los frutos de los bienes de éste (en lugar de percibir una cantidad periódica).

La Roche considera que esta compensación no podrá exceder del quince por ciento (15 %) de la renta líquida que produzca el patrimonio del menor (La Roche, ob. cit., pp. 147 y 148).

No obstante, nosotros no consideramos que la ley impone como límite a los efectos de la compensación de frutos por alimentos, un porcentaje del quince por ciento (15 %). Ello porque dicho porcentaje está referido a la remuneración del tutor sobre la base de la renta líquida del menor y no a la compensación de frutos por alimentos; ésta dependerá de diversas circunstancias, entre las cuales se encuentra el nivel socioeconómico del menor. Lo anterior se desprende del propio Art. 362 CC que indica que en los gastos de manutención se tendrá en cuenta la posición y circunstancias

del menor y la renta líquida de su fortuna. Representarían un perjuicio para el tutor asumir los gastos de un menor que tenga un nivel económico y social elevado, y a su vez verse retribuido sólo mediante el quince por ciento de la renta de éste último.

7) Cesación

La tutela ordinaria de menores al igual que la patria potestad ha de llegar a un término. La cesación de la tutela puede ser *absoluta o relativa*. En el primer caso, el pupilo ha dejado de estar sometido a ese régimen; en el segundo, el titular del cargo cesa en su oficio aunque el menor continúe sometido al régimen de protección.

- a) *Supuestos de cesación absoluta: (están referidos al menor)*; - muerte; - mayoría; - emancipación; - sometimiento a patria potestad; - sometimiento a medidas de protección.
- b) *Supuestos de cesación relativa: (se refieren al tutor)*; - muerte; - renuncia (aceptada por el Juez); - remoción (por decisión judicial).

Remoción es la deposición o separación, mediando causa legal, del tutor designado anteriormente. (Saura Martínez, ob. cit., p. 69). **Remoción del tutor por juicio principal de remoción de la tutela.** Art. 340 CC. Causales de remoción: - No asegurar los resultados de administración; - No realizar el inventario o no hacerlo fielmente; - se condujere mal respecto de la persona o bienes del pupilo; - evadir la presentación del estado de cuentas; - Incapacidad o mala conducta; - Pena corporal; - cuando sea declarado fallido culpable o fraudulento; - abandono de la tutela; - cuando a sabienda no inscribe crédito a favor o en contra del pupilo; - cuando lo decida el Juez por no existir protutor o que el tutor no promueva el nombramiento de éste; - Cuando el tutor haya incurrido en determinadas violaciones de los derechos del pupilo (Art. 368 LOPNA: caso de obligación alimentaria si es pariente). *Legitimación activa:* parientes dentro del 4º grado de consanguinidad, Síndico Procurador Municipal y de oficio (Art. 341 CC). Los *supuestos de cesación relativa del protutor y suplente, así como del Consejo de tutela*, igualmente pueden ser: - Muerte; - Renuncia; - Remoción.

8) Obligaciones del tutor al dejar el cargo

Las dos obligaciones que surgen para el tutor al momento de dejar el cargo son: *entregar el patrimonio del pupilo y rendir cuentas.*

Concluida la tutela, el tutor debe rendir cuenta definitiva, además de las anuales, y hacer entrega de los bienes al menor. En caso de fallecimiento del tutor estas obligaciones pasan a sus herederos. (Baquero Rojas, Edgard: *Derecho Civil. Diccionario Jurídico Harla*. México, Edit. Harla, 1995, V. I, p. 110).

No debe confundirse esta obligación de rendir cuentas con la de presentar estados de cuenta, éstas sólo constituyen información periódica de la marcha de la tutela, en tanto que aquí se comprende toda su administración.

Todo tutor está obligado a rendir cuentas, incluyendo los abuelos, estos sólo están exonerados de presentar los estados anuales. En caso de muerte del tutor, la obligación incumbe a sus herederos. (Art. 376 encab. CC).

El tutor debe rendir cuentas en el término de dos (2) meses desde el día que ha cesado en su cargo (Art. 379 CC). Se sigue en caso judicial el procedimiento previsto en el CPC, Arts. 673 y ss. Las cuentas deben explicarse razonablemente, año por año, y dentro del ámbito de los gastos no controlados entran a jugar las presunciones *hóminis*. Los gastos corren a cargo del pupilo y éste no puede exonerar al tutor del deber de rendir cuentas. (Aguilar Gorronzona, *Derecho Civil...*, p. 285).

Las cuentas deben rendirse: - si la administración termina antes de la mayoría o emancipación del menor se rinden ante el nuevo tutor con intervención del protutor - en caso de emancipación ante el menor asistido por sus padres o a falta de éstos por un curador especial - en caso de mayoría ante el pupilo asistido por el protutor - en caso de muerte del pupilo ante los herederos. Véase Arts. 378 y 380 del CC.

Sanciones: - Procedimiento de rendición de cuentas. - Ni el tutor ni sus descendientes pueden contraer matrimonio con el sometido a su tutela hasta hacer rendición de cuentas. (Art. 58 CC), si el matrimonio se efectuó es válido pero el tutor pierde remuneración. - El tutor no podrá aprovecharse de las disposiciones testamentarias del pupilo salvo que sea pariente del mismo (Art. 844 CC). Igualmente no podrá adoptar el tutor al pupilo hasta aprobar las cuentas de la tutela (Art. 494, letra i LOPNA).

El tutor asume responsabilidad frente al expupilo por el incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone (Spota, ob. cit., p. 416). Las acciones derivadas de la tutela prescriben a los diez años a partir de la fecha en que cesó la función. (Art. 381 CC).

9) Crítica

Si observamos el procedimiento tutelar, veremos que en ocasiones la institución se presenta lenta e ineficaz. Este aspecto lo atribuye la doctrina a las excesivas formalidades de la cual está cargada la tutela. Se indica así que la extrema carga que implica el procedimiento tutelar hace que el mismo se revierta en perjuicio de quien pretende proteger.

Véase en este sentido: Aguilar Gorrondona, *Teoría General...*, pp. 125-127: Hay muchos menores que necesitan protección tutelar y la tutela ni siquiera se ha constituido, lo que trae dudas sobre la idoneidad de la institución. También en los casos de las tutelas debidamente constituidas se duda sobre la eficacia de la figura.

Sobre este aspecto nos hemos pronunciado anteriormente, véase: Domínguez Guillén, *Algunos Problemas...*, pp. 267 y 268: Escobar De La Riva comenta respecto al derecho español, lo complicado del procedimiento tutelar, comparándolo con un elefante de gigantescas proporciones pero lento en sus movimientos, razón por la cual se detiene ante cualquier obstáculo. (ob. cit., p. 24): Planiol y Ripert igualmente indican que se hace necesario simplificar el funcionamiento de la tutela porque el menor es quizás la primera víctima de la fiel observancia de las reglas impuestas para su protección. Las mismas son en extremo costosas y desestimulantes. (*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, La Habana, Edit. Cultura S.A., s/f, Tomo I, p. 421). Arturo Valencia Zea refiere que prácticamente la tutela queda reducida a una tutela de bienes. (Valencia Zea, Arturo: *Derecho Civil*, Colombia, edit. Temis, 6ª edic., 1980, T. V, p. 616). "Esta falla de la institución se manifiesta sobre todo en incapaces que carecen de patrimonio". En unas jornadas recientes realizadas sobre la materia en España se indicó: La actual regulación de la tutela dificulta su ejercicio hasta el punto de ir en contra de los intereses de los propios tutelados, por ello la regulación de su ejercicio debe estar precedido por criterios de sencillez y flexibilidad. (*Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección*, 3ª Jornada, 1995-96. En: Foro Andalus de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental. Internet: <http://www.promi.es/htmlpages/web/j3-95.htm>].

Si bien las formalidades no pueden ser eliminadas en la tutela, en virtud de la naturaleza de la misma y de la desconfianza que ocasiona la inexistencia de los protectores naturales, es necesario pensar en aligerar la institución en beneficio del propio menor. El procedimiento tutelar —sin perder sus formalidades esenciales— ha de ser eficaz y sencillo. La desconfianza hacia el tutor no puede llevarse siempre al extremo, porque el mismo hecho de que se trate de un tercero, que no es el progenitor del menor, hace que la institución tutelar se le presente como una pesada carga, difícil de llevar.

En este sentido, se debe reexaminar el contenido del Art. 360 del CC según el cual "si el tutor no tuviere bienes suficientes se procederá al nombramiento de otro". Si bien entendemos que la constitución de una garantía se presenta como una forma de protección al menor, se debe analizar el caso concreto, pues puede resultar contrario a los intereses del menor que alguien con una cercana relación afectiva no pueda ser tutor por su situación económica. Entonces en tal caso, la excusa prevista en el ord. 3 del Art. 342 CC se convertirá en una especie de inhabilidad (Art. 340, Ord. 1 CC). Se debería en tal caso, sopesar las circunstancias del caso concreto, permitiéndosele al

juez cierto margen de discrecionalidad. Vale recordar que al igual que los padres, el tutor requerirá de autorización judicial para realizar actos de disposición, de conformidad con el Art. 365 CC.

Además se contará con la fiscalización y vigilancia del protutor, órgano que ciertamente debe conservarse dentro del procedimiento tutelar. Igualmente, la posibilidad de remuneración debe mantenerse como un incentivo a la gestión del tutor, porque su relación de parentesco por más cercana que sea, no puede asimilarse a la patria potestad en su gratuidad, producto del afecto y el deber innato de la relación paternal.

Como indicamos *supra* 4.C, nos mostramos en desacuerdo con la existencia del Consejo de Tutela. Podríamos pensar también si se quiere en un futuro en la exoneración de la constitución de garantía, en caso que el tutor sea hermano del menor. En este mismo sentido, los hermanos del menor deberían tener una mayor participación dentro del procedimiento tutelar. Pudiese pensarse a futuro, en una suerte de delación a favor de estos, en forma subsidiaria a los abuelos. Para algunos la intervención de los hermanos como tutor en ocasiones sería más provechosa que la de los abuelos debido a su juventud y cercanía con el menor.

Véase en este sentido: Padra, Luis: *La Tutela Ordinaria de Menores. Críticas a la Institución y Aporte de Soluciones*, p. 24: "Los hermanos mayores del menor que estén en capacidad de ser tutores deberían equipararse a la jerarquía de los abuelos en el nombramiento de los cargos, en razón de que en muchos casos los hermanos pueden suplir mejor que los abuelos la falta de los padres, y en mejores condiciones." Dichos comentarios fueron realizados en un trabajo de Seminario, pero además su autor pasó por la experiencia de estar sometido a tutela.

Vale indicar que el procedimiento tutelar debe adaptarse, en la medida de lo posible, a las disposiciones de la LOPNA. Así por ejemplo, la participación del menor ha de ser activa y la opinión de éste siempre debe ser escuchada, al margen de su edad. Véase en este sentido: Arts. 80 y 87 LOPNA; art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, referido a la necesidad de escuchar al menor en los asuntos que le afecten, al margen de su edad. Aplicando tales nociones a la tutela, concluiremos que a los efectos de la designación del tutor, el juez debe necesariamente escuchar la opinión del menor, independientemente de su edad (Art. 80 LOPNA), no obstante que el Art. 308 del CC indique que se debe escuchar si el menor tiene más de doce años o que el Art. 348 *eiusdem*, señale que se ha de escuchar la opinión del menor si tiene más de diez años. La violación de este derecho será sancionada con multa de uno a tres meses de ingreso, sin perjuicio de la nulidad del proceso, de conformidad con el Art. 221 de la LOPNA. Igualmente el menor podría acudir por sí solo ante el juez, a fin de denunciar cualquier irregularidad en torno a la gestión tutelar (Art. 87 LOPNA). El Art. 177,

parágrafo cuarto, letra a) *eiusdem*, alude a la competencia de los tribunales con relación a los procedimientos de tutela.

Escuchar la opinión del menor al margen de su edad y de su incapacidad legal, supone el respeto y la consideración de un ser que puede hacerse un juicio propio. Se trata de tomar en cuenta la opinión del principal interesado, la cual será considerada en función de su desarrollo y de las circunstancias. Véase en este sentido: Stilerman, Marta: *Menores, Tenencia, Régimen de Visitas*. Buenos Aires, Edit. Universidad, 1991, p. 72, desde los siete (7) u (8) ocho años, el niño tiene juicios de claridad.

Finalmente como indicamos *supra* 5.B.a se debe ser más exigente con el deber de informar al juez sobre la apertura de la tutela a fin de que éste proceda a la constitución de la misma, porque de ello depende la eficacia de la institución.

Así por ejemplo en la legislación española cierta categoría de persona como los parientes, están obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieren el hecho que dé lugar a ella. El quebrantamiento de esta obligación hará incurrir a los obligados en la responsabilidad solidaria de indemnizar daños y perjuicios. (Saura Martínez, ob. cit., p. 53; véase Art. 229 del CC español).

10) Incidencia práctica

Resulta curioso preguntarse sobre la incidencia práctica de la tutela ordinaria de menores. Esta investigación de campo fue realizada por nuestra colega *María Cristina Quintero Aponte*, cuando tratamos el tema de la tutela, en la materia "Procedimientos de Menores", en la Especialización de Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela (primer semestre de 1999) dictada por la profesora María Cristina Parra. En este punto nos preguntamos sobre la cantidad de casos relativos a tutela que llegan a nuestros tribunales, a fin de precisar la incidencia práctica o vigencia de la institución objeto de estudio. Para ello, se escogió una muestra representativa de los tribunales de Familia y Menores del Edificio José María Vargas en los últimos cinco (5) años; se llega a un número aproximado de tutelas en cada tribunal por año, para luego hacer un promedio de tutelas en los últimos cinco años por cada tribunal y finalmente llegar a un promedio general.

Juzgado	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Total
1°	0	1	2	3	1	1	8
2°	0	0	0	3	2	7	12
3°	0	2	2	1	3	5	13
4°	0	0	8	2	0	0	10
5°	0	0	0	0	2	1	3
6°	0	0	0	0	2	1	3
7°	5	4	4	7	4	2	26
8°	7	1	4	2	4	1	19
9°	8	4	6	1	8	6	33

Ahora bien si sumamos el número total de tutelas (127) y lo dividimos entre cinco (número de años a considerar), podemos aproximar que se formalizan alrededor de 25,4 tutelas por año, en los tribunales del área metropolitana de Caracas.

Lo anterior resulta, al parecer un número bajo, si consideramos que el número de menores que necesitan dicha institución es alto. La razón, ya la referimos *supra* 9: tal vez los formalismos de la tutela hacen que la misma sólo se constituya respecto de menores con bienes. Sin embargo, no es un número pequeño con relación a otras instituciones jurídicas que en principio parecieran tener mayor aplicación.

- Conclusiones y recomendaciones

La tutela es el régimen de protección del menor no emancipado que no se encuentra sometido a patria potestad o a medidas de protección. El procedimiento tutelar se encuentra orientado por un principio de analogía y uno de diferenciación respecto a la patria potestad: por el primero se aprecian en la tutela los mismos atributos y excepciones que tienen lugar en ésta última; en razón del segundo, se presentan en la materia ciertas formalidades producto de la desconfianza que origina el hecho de no ser el tutor el protector natural del menor. Entre estas últimas puede citarse la existencia de un protutor, así como la necesidad de inventario, garantía y discernimiento. De los dos últimos están exonerados los abuelos del menor, en virtud de una suerte de extensión del afecto y la confianza paterna.

Entre las recomendaciones que pueden hacerse, vale indicar: sería provechoso, ser más receloso en el envío al Juez de la información de un menor necesitado de esta institución de protección, ello creando sanciones efectivas y propiciando una campaña de información. Con relación a los órganos que integran la tutela, nos mostramos

partidarios de la permanencia y necesidad del tutor (protagonista de la gestión tutelar), del protutor como vigilante de éste y de la autoridad judicial como la representación del Estado en la garantía de los intereses del menor. Vemos conveniente la eliminación del Consejo de Tutela, por considerar que el mismo resulta en muchas ocasiones inoperante y no presenta un efectivo factor de protección. Nos pronunciamos igualmente por la necesidad de sopesar en cada caso los intereses del menor y escuchar la opinión de éste. Pensamos igualmente, que puede colocarse a los hermanos en una situación semejante a la de los abuelos en razón de la cercanía afectiva que está de por medio. Finalmente, el procedimiento tutelar debe estar precedido por criterios de flexibilidad y sencillez, a fin de que las formalidades no se reviertan en perjuicio del propio menor.

La institución tutelar ha sido quizás subestimada por quienes consideran que se trata de una figura carente de aplicación práctica. Además de pasearnos por el panorama general del procedimiento tutelar pudimos constatar que la tutela sí cuenta con una tímida pero interesante incidencia en los tribunales del área metropolitana de Caracas. Obviamente, existen casos que no llegan a tribunales por diversas razones, limitándose el problema a la "tutela de hecho" pues muchas de estas tutelas no trascienden de la simple apertura y no logran alcanzar la fase de constitución, la cual, tendrá lugar en aquellos casos donde existen bienes de fortuna. Ciertamente, nuestros tribunales no recogen todos los casos que teóricamente deberían existir, sin embargo, ello no nos debe llevar a desestimar la institución: por el contrario, se debe pensar más bien, en aquellos aspectos que lograrían aligerar la figura en estudio. Así, un régimen de protección de la persona y los bienes del menor, no quedará sólo limitado a estos últimos, sino que llegaría a beneficiar a quienes reclaman una efectiva protección a su vida. La tutela ha de partir de un hecho indiscutible: el afecto paterno es irremplazable, pero la ley debe tratar que ese vacío no se presente como un abismo en el desarrollo del niño o del adolescente.

BIBLIOGRAFÍA

- ABUHAMAD HOBAICA, Chibly: *El menor en el mundo de su ley*. Colección de estudios jurídicos N° 6. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1979.
- ABREU BURELLI, Alirio: *Las disposiciones del Código Civil atinentes a la minoridad, patria potestad, guarda, tutela y regímenes de administración de bienes de menores*. En: *Derecho de Menores en Venezuela*, Publicación N° 11. Caracas, Despacho del Fiscal General de la República, Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, 1985, pp. 35-54.

- AGUILAR BENÍTEZ, Mariano y otros: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid, Edit. Tecnos, 1996.
- AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 12ª edic., 1995.
- : *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. XXVI, 1962.
- : *Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Colección de Estudios Jurídicos, Vol. XX, 1957.
- ANDREOLI, Marcelo: *La Riforma del Diritto Tutelare. (Considerazioni sul diritto vigente e sul progetto del nuovo codice civile)*. Italy, Cedam, Casa editrice dott. A. Milani Già Litotipo, 1931, IX.
- AVELLO FUERTES, José Manuel: *Procedimientos de incapacidad introducidos por la Reforma del Código Civil en materia de Tutela*. En: *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, pp. 93-108.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard: *Derecho Civil. Diccionario Jurídico Harla*. México, Edit. Harla, 1995, V. I.
- y Rosalía Buenrostro Báez: *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, Edit. Harla, 1996.
- BONNECASE, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991.
- BRUNETTI, Raffaele: *Patria Potestà e Tutela. Nella Giurisprudenza*. Padova, edizioni Cedam, 1970.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo: *La Problemática Jurídica de los Subnormales en España*. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección. 3ª Jornada, 1995-96. En: Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental. Internet: <http://www.promi.es/htmlpages/web/j3-95.html>.

DE APALATEQUI Y OCEJO, Pedro y (la contestación de) Manuel De Bofarull y Romaná: *La Tutela de Autoridad*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1954.

DIEZ PICAZO, Luis: *Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de tutela*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, pp. 1-12.

— y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 6ª edic., 1995, Vol. IV.

DE LUNA, Isabel M. P.: *Capacidad para contratar*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III, LXVII, 1953.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: *Algunos problemas de interpretación en materia de tutela*. En: RFCJPUCV, N° 109, Caracas, 1998, pp. 257-306.

—: *La Tutela del Estado y la Reforma a la Ley Tutelar de Menores*. En: De los menores a los niños una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1999, pp. 75-102.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy. *La Tutela*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y Juan Manuel Montalbán: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, T.I.

HUNG VAILLANT, Francisco: *Derecho Civil I*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999.

LA ROCHE, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2da. edic., Vol. II, 1984, pp. 55-61.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Derecho de Familia*. Barcelona, José María Bosch editor, 3ª edic., 1989, Vol. 2.

LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Puebla, Editor J.B. Gutiérrez, 2ª edic., 1912, T. IV.

LETE DEL RÍO, José Manuel: *Pasado y Presente de la Tutela o Guarda de los Menores o Incapacitados*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, pp. 13-35.

MARÍN ECHEVERRÍA, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998.

MARTÍNEZ, Víctor: *La Tutela en el Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1959.

MORO ALMARAZ, María Jesús y Ignacio Sánchez Cid: *Nociones Básicas de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1999.

NARANJO OCHOA, Fabio: *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª edic., 1996.

OSSORIO, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1981.

PADRA MEDINA, Luis Alfonso: *La Tutela Ordinaria de Menores. Críticas a la Institución y Aporte de Soluciones*. Trabajo de seminario "Las causas que afectan la capacidad de obrar". Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 1997-98 (inédito).

PENICHER Y LUGO, Francisco: *La Tutela*. Madrid, Hijos de Reus editores, 1899.

PÉREZ VARGAS, Víctor: *Existencia y Capacidad de las Personas*. San José, Costa Rica, Lex Loci Ltda, 1977.

PLANIOL, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996.

—: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana, Edit. Cultura S.A., s/f, Tomo I.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: *La Tutela*. Barcelona, s/e, 1954.

ROGEL VIDE, Carlos: *La tutela del deficiente mental*. En: *La Situación Jurídica de los Deficientes Mentales en el Derecho Español*. Madrid, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, pp. 153-231.

SAURA MARTÍNEZ, Fernando: *Incapacitación y Tutela*. Madrid, Edit. Tecnos, 1986.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998.

SPOTA, Alberto G.: *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, T. II, Vol. 4, Parte Segunda.

STILERMAN, Marta: *Menores, Tenencia, Régimen de Visitas*. Buenos Aires, Edit. Universidad, 1991.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, Universidad Central de Venezuela-Colegio de Abogados del Estado Lara, 1984, Vol. I.

———: *Venta por el tutor después de muerto el pupilo*. En: RFCJPUCV, N° 76, Caracas, 1990, pp. 109-125.

VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil*. Colombia, Edit. Temis, 6ª edic., 1980, Tomo V.

VIVAS de SERFATY, Suave: *Introducción al Estudio de la Materia de Menores*. Barquisimeto, s/e, 1972.

ZERPA, Levis Ignacio: *Derecho Civil I Personas*. Guía y materiales para su estudio por libre escolaridad. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987.

LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de Postgrado de la Universidad
Católica Andrés Bello y de la
Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho (Rechtstaat) supone un control jurisdiccional pleno de los actos de los Poderes Públicos; por ello, cuando se planteó la posibilidad de acudir a la idea de Estado de Justicia (Justizstaat) para reafirmar aquél, en cuanto al control de la legalidad administrativa, se concluyó que ello era innecesario. El rechazo de la concepción de un Estado de Justicia, produjo la afirmación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo dicho anteriormente, constituye parte del debate que se produjo hace siglo y medio, sobre el sistema judicial, en lo que hoy se conoce como la República Federal de Alemania.

La evolución del Estado de Derecho ha supuesto o lleva implícito el Estado de Justicia, es decir, de la existencia de una rama independiente del Poder Público, que realice el control jurisdiccional y que garantice la tutela judicial efectiva a los justiciables. "Por eso, no hay redundancia sino absoluta precisión cuando se dice que Estado de Derecho es Estado de justicia judicial. Porque con ello se está expresando con exactitud que el derecho 'que han ido diciendo' sucesivamente y de forma cada vez más inteligible el constituyente, el legislador (a impulso del gobierno, por regla general), el gobierno mismo, sin intervención de aquél, y los restantes poderes públicos, así como cualesquiera otros operadores jurídicos, es 'canonizado' por el juez que será el que dirá -incluso de forma inapelable en un cierto momento- si ese derecho es