

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2008
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**“CAUSAS Y CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FALTA DE UN
CONTROL EFECTIVO EN LA RENDICION DE CUENTAS EN LAS
DILIGENCIAS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE INCAPACIDAD Y
NOMBRAMIENTO DE TUTOR”**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO DE:
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTAN:

**RICARDO ARTURO MELARA DELGADO
ELIZABETH CARMEN REYES LIZAMA**

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

LIC. JUAN JOEL HERNANDEZ RIVERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL 2009

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADO JUAN JOEL HERNANDEZ RIVERA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO:

Porque nunca me ha desamparado, me ha colmando de bendiciones, mostrándome su infinito amor y misericordia durante todos los días de mi vida, ayudándome a sacar las fuerzas necesarias para finalmente alcanzar esta meta y recordarme a diario lo bella que es la vida.

A MIS PADRES:

Mirian Elizabeth Lizama de Reyes y José Luís Reyes Herrera, por su amor incondicional y protección a lo largo de mi vida, a pesar de mis equivocaciones, sus palabras de aliento, esperanza y noches de desvelos, sin las cuales no hubiese podido continuar con la meta propuesta, así como la paciencia de enseñarme principios y valores en los cuales creer y defender, sin olvidar ser yo misma; pero sobre todo les agradezco el haberme orientado para enfrentarme a la vida.

A MIS HERMANOS:

Erick José Reyes Lizama y Mirian Ivette Reyes Lizama, por todo el amor paciencia demostrada todos estos años, así como por su apoyo moral e incluso académico, ya que en diversos modos me han ayudado durante la carrera cuando los he necesitado, lo cual tiene un valor incalculable, para mí.

A MIS ABUELITAS:

Teresa Lizama y Rosenda Reyes, de quienes he aprendido a pesar de que la vida puede ser difícil, hay que mantenerse firmes, ya que es al final de la vida, cuando se ven los frutos de los esfuerzo realizados.

A MIS ASESORES METODOLOGICO Y DE CONTENIDO

Licenciados Miguel Angel Paredes Bermúdez y Juan Joel Hernández Rivera, porque a pesar de la carga laboral llevada no solo durante el tiempo de realización del presente trabajo, sino durante todos sus años como catedráticos dentro de la Universidad de El Salvador, siguen demostrando tener una verdadera vocación y espíritu de enseñanza e inculcar el sentido de responsabilidad y madurez a los estudiantes.

A MI COMPAÑERO DE TESIS:

Ricardo Arturo Melara Delgado, por su tolerancia a lo largo del presente trabajo.

Elizabeth Carmen Reyes Lizama.

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO:

Por me conservarme con bien durante, permitiendo además que en este momento pueda alcanzar una de las metas más importantes en mi vida, como lo es el haber llegado al final de mi carrera.

A MI PADRE:

Ricardo Arturo Melara Minero, por esforzándose en llevarme por la senda del bien y porque hasta el día de hoy me ha brindado palabras de aliento, instándome a seguir a delante a pesar de todo.

A MIS HERMANOS:

Patricia Guadalupe Melara Delgado, Andrea María Melara Delgado Y Ricardo Sebastián Melara, las primeras por ser las mujeres más importantes en mi vida, dignas de respeto y admiración, por su carácter y determinación, brindándome además el equilibrio necesario y porque al igual que mi padre me han brindado su apoyo incondicional; a mi hermano quien a su corta edad se ha convertido en una fuente de inspiración para continuar buscando la superación personal.

A MIS ASESORES METODOLOGICO Y DE CONTENIDO

Licenciados Miguel Angel Paredes Bermúdez y Juan Joel Hernández Rivera, los conocimientos impartidos durante el proceso de realización de tesis.

A MI COMPAÑERA DE TESIS:

Elizabeth Carmen Reyes Lizama, por su tolerancia a lo largo del presente trabajo.

Ricardo Arturo Melara Delgado.

INDICE

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO 1	1
ORIGEN HISTORICO DE LA TUTELA	1
1.1. DERECHO ROMANO.....	1
1.2. DERECHO FRANCES.....	5
1.3. DERECHO ESPAÑOL.....	6
1.4. DERECHO CHILENO.....	8
1.5. DERECHO SALVADOREÑO.....	9
1.5.1. Origen de la tutela en El Salvador.....	9
1.5.2. De la tutela en el anteproyecto del Código de Familia.....	11
1.5.3. Creación del Código de Familia.....	24
CAPITULO 2	26
FUNDAMENTO DOCTRINARIO Y GENERALIDADES DE LA TUTELA	26
2.1. Conceptos generales de la tutela.....	26
2.2. Definición de conceptos relativos a la tutela.....	30
2.2.1. Incapacidad e incapaz.....	30
2.2.1.1. Tipos o clases de incapacidades.....	32
2.2.1.1.1. La incapacidad absoluta.....	32
2.2.1.1.2. La incapacidad relativa.....	34
2.2.1.2. Causas que originan la incapacidad.....	35
2.2.2. Diligencias de declaratoria judicial de incapacidad.....	37
2.2.3. Diligencias de nombramiento de tutor.....	38
2.3. Naturaleza jurídica de la tutela.....	38
2.4. Objetivo de la tutela.....	41
2.5. Características de la tutela.....	42

2.6.	Presupuestos generales de la tutela.....	50
2.6.1.	Sujetos a las tutelas o guardas.....	50
2.6.1.1.	Sujeto activo.....	51
2.6.1.2.	Sujeto pasivo.....	52
2.6.2.	Otros sujetos que intervienen en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor.....	53
2.6.2.1.	El protutor.....	53
2.6.2.2.	Ministerio Público.....	55
2.6.2.3.	Tribunales de Familia.....	56
2.7.	Tipos de tutela.....	57
2.7.1.	Tutela testamentaria.....	57
2.7.2.	Tutelas legitima.....	59
2.7.3.	Tutela dativa.....	61
2.8.	Capacidad, causas de inhabilitación, excusas y remoción de tutores, en la tutela.....	63
2.8.1.	De la capacidad.....	64
2.8.2.	Causas de inhabilitación.....	64
2.8.3.	Excusas.....	67
2.8.3.1.	No son motivo de excusa.....	72
2.8.3.2.	Plazos para alegar excusas.....	73
2.8.4.	Remoción de tutores.....	74
2.8.4.1.	Características de la remoción de tutores.....	75
2.8.4.2.	Causales de remoción.....	75
2.9.	Del ejercicio de la tutela.....	81
2.9.1.	Requisitos previos al ejercicio de la tutela.....	82
2.9.1.1.	Inventario.....	82
2.9.1.2.	Garantía.....	85
2.9.1.2.1.	Determinación de la garantía.....	86

2.9.1.2.2. Quienes están obligados a prestar garantía.....	86
2.9.1.2.3. Efecto de la falta de garantía.....	86
2.9.1.3. Discernimiento de la tutela.....	87
2.9.2. Facultades y deberes del tutor respecto al pupilo.....	88
2.9.2.1. La representación legal.....	89
2.9.2.2. De la administración de los bienes.....	90
2.9.2.3. Responsabilidad derivada de la gestión de los tutores.....	94
2.9.2.4. Rendición de cuentas.....	95
2.9.3. Remuneración de la tutela.....	97
2.9.3.1. Cuantía de la remuneración.....	98
2.9.4. Fin o extinción de la tutela.....	99
CAPITULO 3.....	101
MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA TUTELA.....	101
3.1. Fundamento legal.....	101
3.1.1. La Constitución de la República.....	101
3.2. A nivel internacional.....	105
3.2.1. Declaración de los Derechos del niño.....	105
3.2.2. Convención sobre los Derechos del niño.....	106
3.2.3. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	107
3.3. Convención de Derecho internacional privado.....	107
3.4. Derecho internacional privado.....	108
3.5. Leyes Secundarias.....	115
3.5.1. Código de Familia.....	115
3.5.2. Ley Procesal de Familia.....	130

CAPITULO 4.....	132
TRAMITE DE LA TUTELA Y RENDICION DE CUENTAS LA LEGISLACION SALVADOREÑA.....	132
4.1. Juez competente.....	132
4.2. Presupuestos de la tutela.....	133
4.3. Diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.....	134
4.3.1. Solicitud y requisitos.....	135
4.3.2. Admisión de la solicitud.....	137
4.3.3. Audiencia de sentencia.....	139
4.3.4. Sentencia.....	143
4.4. Diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela.....	146
4.4.1. La garantía.....	146
4.4.1.1. Personas obligadas a prestar garantía.....	147
4.4.2. El discernimiento del cargo.....	147
4.4.3. Inventario y avalúo de bienes del pupilo	148
4.5. La rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.....	149
4.5.1. Plazo para la rendición de cuentas.....	150
4.5.2. Iniciativa para rendir cuentas.....	151
4.5.3. Procedimiento de rendición de cuentas.....	151
CAPITULO 5.....	155
LA RENDICION DE CUENTAS COMO MEDIO PARA GARANTIZAR EL CONTROL EFECTIVO DE LOS BIENES DEL PUPILO EN LAS DILIGENCIAS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE INCAPACIDAD Y DE NOMBRAMIENTO DE TUTOR.....	155
5.1. Estudio sobre las causas que generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial	

de incapacidad y de nombramiento de tutor en los Juzgados 1º,2º, 3º y 4º, de Familia de San Salvador.....	155
5.1.1. La falta de un control efectivo en la rendición de cuentas por parte de los Juzgado de Familia y Procuraduría General de la República.....	155
5.1.2. Negligencia y burocratismo	157
5.1.3. Falta de recursos humanos y sobrecarga de trabajo.....	159
5.2. Estudio sobre las consecuencias que generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en los Juzgados 1º,2º,3º y 4º, de Familia de San Salvador.....	161
5.2.1. Vulneración de los derechos patrimoniales de los pupilos....	161
5.2.2. El incumplimiento del procedimiento y términos establecidos en el Código de Familia	163
5.2.3. Acumulación de diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor sin realizar la rendición de cuentas.....	164
CAPITULO 6.....	166
PRESENTACION Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.....	166
6.1. Presentación de Entrevistas.....	166
6.1.1. Entrevistas realizadas a Jueces de Familia.....	166
6.1.2. Entrevistas realizada a Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la República y a Procuradoras de Familia Adscrita a los Juzgado de Familia de San Salvador.....	168
6.2. Resultados de las encuestas realizadas a funcionarios y empleados de los Juzgados de Familia y Procuraduría General de la República.....	170

CAPITULO 7	190
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	190
7.1. Conclusiones	190
7.2. Recomendaciones	194
BIBLIOGRAFIA	197
ANEXOS	202

INTRODUCCION

El presente documento constituye el trabajo final de investigación ó tesis, que desarrolla el tema: **“Causas y consecuencias jurídicas de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”**. Ello con el fin de cumplir con el requisito académico que establece la Universidad de El Salvador, y que se presenta a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales previo para optar al Título de Licenciado/a en Ciencias Jurídicas.

Su objetivo general consiste en presentar un estudio sistematizado de carácter socio-jurídico, relacionado con las diligencia de incapacidad y nombramiento de tutor, por medio del cual se hace posible dar a conocer las causas y consecuencias que genera la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en dichas diligencias; previo análisis y evaluación de la función de las instituciones y autoridades competentes y así como de la normativa jurídica nacional e internacional relativa al tema en estudio, sin dejar de lado la doctrina aplicable, que constituye la guía básica para el desarrollo del sistema con el que se maneja esta institución jurídica.

Su estructura está integrada por los capítulos siguientes:

El primer capítulo, se refiere a los antecedentes históricos de la tutela, tanto a nivel universal como nacional.

El capítulo dos, contiene un marco doctrinario de la problemática aludida, haciendo mención, de aspectos generales de la tutela, su concepto, finalidad, naturaleza, características, etc. Ello con el objeto de establecer la base teórica mínima para abordar su análisis objetivo.

El capítulo tres, está conformado por el marco normativo jurídico, dentro del cual se exponen los instrumentos nacionales e internacionales aplicables

El capítulo cuatro, está orientado a dar a conocer un poco sobre las tutelas y la rendición de cuentas en el proceso de familia salvadoreño; en éste capítulo, se busca dar a conocer brevemente el desarrollo del procedimiento, mediante el detalle de los pasos que lo conforman las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor, así como de la rendición de cuentas en dichas diligencias.

El capítulo cinco, es de contenido prioritariamente analítico, realizado, luego de haber recopilado toda la información necesaria para llegar a tener un panorama, conocimiento y manejo claro de la temática, que hacen posible llegar al fondo de la problemática y que faculta para exponer de manera objetiva, su raíz y sus efectos.

El Capítulo seis, comprende la acumulación de la información recolectada; mediante la presentación de las síntesis de las entrevistas realizadas, así como de la interpretación de los datos recolectados por medio de las encuestas realizadas, tanto a funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la República, como de los Juzgados de Familia de San Salvador, que contribuyen a establecer causas y consecuencias jurídicas de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor.

Finalmente el capítulo siete desarrolla la parte de las conclusiones y recomendaciones, siendo las constituyéndose primeras, como las apreciaciones que durante la investigación han podido obtenerse de la

problemática estudiada, mientras que las segundas, constituyen una solución viable para buscar resolver la realidad encontrada.

CAPITULO I

ORIGEN HISTORICO DE LA TUTELA

1.1. DERECHO ROMANO.

La temática concerniente a las tutelas ha servido de fuente a las actuales legislaciones; en sus orígenes dicha institución tenía motivaciones distintas a las que ahora presenta, ya que Servio Sulpicio (contemporáneo de Cicerón), la definía como "la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquel que por causa de su edad no puede defenderse por sí mismo"¹. Durante esa época, se aplicaba a los impúberes sui juris* de ambos sexos, y además durante un largo periodo del derecho romano, por razón del sexo a las mujeres púberes sui juris. Los comentaristas del derecho romano, analizan la definición de la tutela así: la fuerza y el poder, se refieren a la persona y bienes del pupilo, pero esa potestad esta tomada en un sentido amplio y no equivalente a la potestad dominical o paterna. Cabeza libre es una expresión sinónima de persona no esclava y más propiamente, de persona sui juris. La institución se concibe ya en esta época como el derecho para la protección y defensa del interés del pupilo por razón de su edad, habiéndose suprimido la tutela perpetua de la mujer. La tutela se consideraba propia de los ciudadanos romanos, dada y permitida por aquél derecho. Con esto último se hacia referencia las tres clases de tutela en cuanto a la fuente de su procedencia: legítima, dativa y testamentaria².

En la época antigua del Derecho Romano, los tutores sólo se dedicaban a conservar los bienes del pupilo porque por sucesión algún día serian

¹ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, 1ª edición, Impreso en El Salvador, Publicación Unidad Técnica Ejecutora, Imprenta Criterios, 1994, Tomo II, pp. 702.

* **no sometida a ninguna potestad**

² *Ibidem*, pp. 703

suyos. Posteriormente esta idea evolucionó y la tutela adquirió un matiz de protección para el incapaz. El tutor no se encargaba exclusivamente del cuidado personal ni de la educación del pupilo. El se ocupaba únicamente del patrimonio del incapaz, en tal sentido, las funciones del tutor eran dos: *gestio negotiorum* y la *auctoritas interpositio*, determinadas por la edad del pupilo. Si este era infante, es decir, persona menor de siete años, se consideraba carente de voluntad y por consecuencia, incapaz de efectuar cualquier acto aun en ventaja propia. Tenía en lugar aquí la “*gestio*”, esto es, la administración por el tutor de los negocios del pupilo. Debe recordarse que como los romanos no admitieron la representación, los actos realizados por el tutor mediante la *gestio*, recaían en la persona de este y en su patrimonio. Consecuencia de lo anterior fue obligación del tutor el rendir cuentas al término de la tutela, para traspasar los efectos de éstos y resarcirse de los gastos.

Cuando el pupilo había salido de la infancia y hasta la llegada de la pubertad (de siete a catorce años el varón), tenía lugar la “*auctoritas*”, es decir, la cooperación o concurso de tutor en un acto realizado por aquel, en la cual aumenta y completa la personalidad del pupilo con su presencia, “*auctoritas, viene de la voz*” *aucta*”, que significa aumento.

Lo anterior era así porque en el Antiguo Derecho, los infantes mayores podían adquirir y en general, realizar actos que le fueren ventajosos, pero no podía enajenar, ni obligarse, ni disponer de sus bienes de ahí que necesitasen para estos últimos actos de la *auctoritas*, de su tutor, lo cual no era un consentimiento cualquiera, puesto que no admitía plazo ni condición y era voluntario para el tutor dar sus *auctoritas* o no; es decir que para celebrar un contrato, en la época clásica tenía que concurrir a la vez el tutor que daba la *auctoritas*, el pupilo que actuaba y el tercero con quien se contrataba que debía cerciorarse de que el tutor prestaba la *auctoritas*. A los terceros interesaba conocer, para los efectos de las obligaciones, si el

que contrataba era el pupilo autorizado por su tutor, o si éste en su calidad de mero administrador. Las consecuencias jurídicas eran, naturalmente distintas. Si el pupilo actuaba con autorictas, él se obligaba, o adquiría derechos, y él era el sujeto titular de las acciones que se derivaban de los actos o contratos.³

La regla de la tutela terminaba entre otras causas, por alcanzar el pupilo la pubertad, es decir los catorce años de edad, según lo establecido por Justiniano, constituyéndose en plenamente capaces, administraban libremente sus bienes y se obligaban, lo que produjo resultados perjudiciales para el púber “sui juris”, por no tener éste el suficiente desarrollo intelectual necesario para el adecuado manejo de sus negocios. Por tal razón se trato de protegerlos por distintos medios como: a) La Ley Plaetoria, que estableció un juicio público (acción popular) en interés del menor contra el tercero, que hubiere abusado de su inexperiencia. La condena traía consigo la nota de infamia y una multa; b) La “In integrum Restitutio”, acordada por el pretor si en el negocio realizado por el menor hubiera dolo o violencia, teniendo aquella por objeto restablecer la cosa a su estado primitivo; c) La curatela. Se introdujo, la costumbre motivada por la perdida o disminución del crédito del menor púber sui juris, por el temor de los acreedores a los dos remedios anteriores, de nombrar un curador ad certam causam, y así los terceros pudieron negociar con mayor confianza. Marco Aurelio, decidió que los menores de veinticinco años podían pedir un curador permanente e incluso, el que no lo tenía verse obligado a hacerse nombrar uno en determinados casos, por ejemplo para el pago, rendición de cuentas, etc.

³ Rodríguez Ruíz P. Napoleón, Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, 1ª Edición 2006, pp. 502- 504

Existía además la tutela perpetua de las mujeres púberes sui juris, que se fundaba en el interés de conservar los bienes de la mujer en beneficio de sus parientes agnados (parientes civiles), y que el derecho justificaba pretextando la debilidad de la mujer. Su ligereza de carácter y su inexperiencia en los negocios, comenzó a decaer a fines de la República, cuando el marido podía nombrar por testamento un tutor a su mujer bajo potestad marital y con las Leyes Julia y Papia Poppaea, que excluyeron de esa tutela, a la ingenua que tuviera tres hijos y a la manumitida que tuviera cuatro (ius liberorum). Finalmente, los emperadores Honorio y Teodosio, por constitución del año 410 concluyeron dicha tutela al conceder el ius liberorum, a todas las mujeres.”

Durante esa época se poseía igualmente un sistema protectorio al que se le denominaba curatela, la cual en la época de las Doce Tablas la establecían para los furiosos y los pródigos. El Furioso era el privado completamente de razón, tuviera o no intervalos lúcidos. Pródigos eran los que disipaban los bienes adquiridos por la sucesión abintestato, de su padre o abuelo paterno. Para el primero, no era necesaria la interdicción porque tenía una incapacidad natural; para el pródigo sí precisaba de interdicción. El pretor extendió la curatela a los mente capti, los sordos, mudos y los enfermos graves también, según decisión de este funcionario, se entendió por pródigo todo el que disipará sus bienes cualquiera que fuere su procedencia. El curador no concedía auctoritas, porque el pupilo era absolutamente incapaz; solo administraba los bienes del sujeto a curatela, derivándose esa gestio, su obligación de rendir cuentas.

En cuanto a la distinción entre tutela y curatela, la única distinción de fondo fue que el tutor podía conceder su auctoritas, lo cual no era permitido al curador. Pero incluso esa diferencia tendió a borrarse con la institución de

la curatela para los menores de veinticinco años a los que se hizo referencia y en la cual, el curador concedía el consensus, para los actos que no fueran provechosos para el menor, ya que incluso, la administración de los bienes, rendición de cuentas y su remoción eran análogas y salvo las diferencias que provenían de la capacidad de la persona en cuyo interés se hallaban establecidas, ambos cargos hubieran podido refundirse en uno solo.

Cabe mencionar también que los romanos admitieron el nombramiento de curadores especiales para la administración de los bienes de algunas personas en casos determinados, los cuales se mantienen, tales son: Adjuntos, del ausente, de la herencia yacente y de los derechos eventuales del que esta por nacer⁴.

1.2. DERECHO FRANCÉS.

En el derecho Justiniano, tutela y curatela pasan a identificarse y la unicidad plena se establece en el derecho Francés del medioevo, recogiendo el Código Napoleón la máxima tuteir el curateur n'est qu'un⁵. En un principio la tutela fue una potestad, un poder encomendado al más próximo heredero varón del pupilo, por lo que se protegía principalmente el interés del tutor facultándole la conservación del patrimonio familiar mientras, el incapaz viviese, impidiendo que dilapide sus bienes. Más tarde se va desarrollando la idea de protección al incapaz y la tutela llega a ser un deber público al servicio de sus intereses y necesidades. El Estado empieza a reconocer que el cuidado del pupilo es una cuestión pública; la

⁴ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit. pp. 703-706

⁵ D^r Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo III, Capítulo XVII, Tutela Ministerio de Menores Patronato del Estado, Rubinzal-Culzoni, editores, Impreso en Argentina, 1992, pp. 254.

tutela llegó a convertirse en una “manus”, de lo cual no era posible substraerse sino por causa legales taxativamente enumeradas⁶.

En el Derecho Francés, no existía la curaduría general para los púberes menores de veinticinco años, sino una sola especie de guarda, la tutela. Se conocía también la curaduría, pero para los mayores de edad o emancipados de mentes o disipares y para los sordomudos. Con relación a los menores solo existían curadores especiales designados para un asunto determinado en que necesitaban ser asistidos por otra persona, que tenían un interés contrario con el tutor en funciones o con un ex tutor, se le llamaba curador para las causas.

El código Francés de 1804, o Código Napoleónico, mantuvo la tutela como única guarda para los menores impúberes y púberes, no admitiendo la curaduría para los mismos casos en que se establece en el derecho anterior⁷.

1.3. DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español se encuentra la guarda de los incapaces, organizada con los caracteres de la legislación visigoda que disputo la supremacía del Derecho Romano.

El fuero Juzgo estableció la tutela legítima de los menores de quince años, que fueran huérfanos, de padre y madre. En este ordenamiento la mayoría de edad, se alcanzaba a los veinte años cumplidos y los hijos menores de edad, estaban sometidos a patria potestad. Al morir los padres, los hijos menores de quince años, estaban sujetos a la tutela legítima de sus hermanos legítimos mayores de veinte años; a falta de tutor legítimo, tenía

⁶ Calderón de Buitrago Anita y otros, Manual de Derecho de Familia, 2ª edición, publicación realizada por el Proyecto de reforma Judicial II, gráfico, UCA, 1995, pp. 677

⁷ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit. pp. 709

lugar el dativo. El fuero Juzgo no reguló la curatela, posiblemente porque no la estimó necesaria, pues la mayoría de edad se obtenía a los veinte años, para evitar los abusos que el tutor pudiera cometer, la ley exigió que éste rindiera cuentas de su administración ante el Juez, cuando el ex pupilo pudiera administrar sus bienes debidamente. Parece ser, que aun cuando el pupilo dejase de estar bajo tutela por haber alcanzado los quince años de edad, si tenía bienes de fortuna, el tutor seguía administrando hasta que aquel alcanzara la mayoría de edad.

La legislación foral no desconoció la institución tutelar: el fuero viejo de Castilla destinaba el título cuarto a la guarda de los huérfanos y de sus bienes. En este fuero se disponía que si el padre o madre dejaba al morir hijos menores, debían ser confiados a la guarda de los parientes más próximos y a la falta de estos, el Juez debía nombrar guardador. La guarda duraba hasta que el pupilo cumpliera dieciséis años. En la ley cuatro del título cuatro de este fuero puede verse el origen del curador Ad litem. La Ley establecía que si alguien demandaba a un menor, debía llamarse al pariente más próximo, para que lo representara en juicio. El Fuero Real siguiendo al Fuero Juzgo, estableció también la tutela para los menores huérfanos de padre y madre. La mayoría de edad se fijaba a los veinte años cumplidos, después de la cual se podía ser tutor, se dejaba de estar bajo tutela y se adquiría la libre disposición de los bienes. La tutela era legítima y dativa.

La legislación española de los fueros fue modificada fundamentalmente por las Partidas que adoptaron el Derecho Romano, de la época de Justiniano. La ley de partidas al igual que el Derecho Romano, distingue dos clases de guardadores: el tutor y el curador, se daba tutor al varón menor de catorce años, y a la hembra menor de doce; y el curador a los mayores de esas edades y menores de veinticinco años. El tutor se daba a la persona y

bienes del menor, y no para cosas y negocios determinados. El curador era dado principalmente para la administración de los bienes; pero no podía oponerse si el menor no lo quería, salvo para juicios en que tuviera que intervenir como demandante o demandado y en la práctica el problema se resolvía permitiendo al menor designar la persona del curador para que fuese confirmada por el Juez si la persona era idónea.

En lo referente a las obligaciones del tutor y curador y sus facultades administrativas, las Partidas y leyes que las complementaron no establecían diferencias sensibles y la distinción de las dos instituciones se mantuvo más bien por la tradición del Derecho Civil Romano que sometía a tutela a los impúberes y a curatela a los mayores de edad inhabilitados y los menores púberes.

El proyecto del Código Civil Español de 1851, fue influenciado por el sistema Francés, adoptaron la tutela como única guarda para la persona y bienes del menor, que no está emancipado, ni sujeto a la patria potestad, y la curatela para los mayores de edad, locos o dementes, aunque tengan intervalos lucidos, al sordomudo que no sabe leer y escribir y al prodigo⁸.

1.4. DERECHO CHILENO.

El Código Civil Chileno, siguiendo la tradición de la época, hizo un distingo entre tutela y curadurías que se basa en diversas consideraciones que se pasan a anotar: a) Solo podía darse al hombre impúber o sea menor de catorce años y a las mujeres menores de doce años, y la curatela se daba a menores púberes y a mayores que se encontraban en las situaciones siguientes: Se conferían también a simples patrimonios como la herencia

⁸ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit. pp. 706-708

yacente; b) la tutela imponía la obligación de velar por la persona y bienes del pupilo con la voluntad de los padres legítimos o naturales, la curatela podía o no referirse a la persona, generalmente se refería más a la administración de los bienes; c) El tutor siempre debería obrar representando a su pupilo; el curador podía en ciertos casos autorizar a su pupilo para que obre por sí mismo. Las diferencias no eran sustanciales: El curador y el tutor del menor prácticamente son la misma institución⁹.

1.5. DERECHO SALVADOREÑO.

Luego de haber hecho un recuento somero acerca de la evolución histórica de la institución jurídica de la tutela en los distintos períodos del Derecho y de observar que con el tiempo, se aspira a reemplazar definitivamente la concepción original de la misma introduciendo ideas tales como: proteger el patrimonio del menor o que en la misma no se incluía a las personas mayores de edad declarados incapaces; es hoy cuando se da un cambio significativo, aunque no pleno, de la dicha figura, pues ahora se pretende que haya un verdadero cumplimiento del Principio del Interés Superior del Menor y de las personas incapaces; en ese sentido, a continuación se hará un breve análisis del devenir histórico de esta figura en El Salvador.

1.5.1. Origen de la tutela en El Salvador.

En el derecho propiamente indígena no había nada reglamentado en lo que se refiere a tutela curatela u otras figuras similares. Entre los pipiles, por ejemplo, a la muerte de los padres era el hermano mayor quien se convertía en el jefe de la familia; y si no había hermano hábil, por edad para ejercer la jefatura de la familia, pasaban los huérfanos al poder del pariente más cercano. En la época contemporánea de la República de El Salvador, es

⁹ Rossel Saavedra Enrique, Manual de Derecho de Familia, Editorial Jurídica de Chile, Impresiones Salesianos, 1986, pp. 438

necesario hacer mención que en el Código de Procedimientos Judiciales de mil novecientos cincuenta y siete se encontraban dos capítulos de la tutela¹⁰

En El Salvador, durante la colonia y después de la independencia hasta la promulgación del Código Civil en 1860, rigieron las disposiciones de las partidas y las de los fueros viejo de Castilla y Real, así como la existencia en el Derecho Castellano general, complementadas con disposiciones especiales para las colonias de América, que forma parte del Derecho Indiano, incomparadas a la recopilación de leyes de Indias de 1680.

El código Civil de 1860, se mantuvo fiel a la doctrina Romanista y admitió la clasificación de tutelas, curadurías generales, curadurías de bienes, curadurías adjuntas, curadurías especiales o Ad Hoc, que estaban en uso.

La tradición romano española que domina en América, con la legislación de las partidas tuvo mayor autoridad que la evolución que había iniciado entre los Códigos modernos, el Código de Napoleón.

En el Código de 1860, los artículos 351 y 352 respectivamente disponían: “Están sujetos a tutela los impúberes”. “Están sujetos a curaduría general los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entre dicho, de administrar sus bienes y los sordomudos, que no puedan darse a entender por escrito”.

¹⁰ Rodríguez Ruíz Napoleón, Historia de las Instituciones Jurídicas, Salvadoreñas, tomo II, Editorial Universitaria, San Salvador, 1959, pp. 137

Sin embargo, en virtud de la Ley del cuatro de agosto de 1902, se reformo el artículo 352 antes citado, dándole la redacción siguiente: “están sujetos a curaduría los que por demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito”.

Imitando la legislación de varios países el nuestro conserva el nombre de tutelas y hace durar ésta hasta que el pupilo llegue a la mayor edad y el nombre de curaduría para los que se hallan en entre dicho de administrar sus bienes o sordomudez.

Los datos históricos anteriores demuestran que no hay diferencia esencial entre la tutela y la curaduría general; por ello la distinción entre ambas carece de utilidad práctica y la nueva legislación regula en una sola institución la tutela, la cual protege a los menores y los mayores declarados incapacitados¹¹.

1.5.2. De la tutela en el anteproyecto del código de familia.¹²

Las instituciones jurídicas de protección a los menores no sujetos a la autoridad parental y de los mayores incapacitados, así como las normas legales para el internamiento de los dementes en los establecimientos adecuados, para su atención, han evolucionado, particularmente en la segunda mitad del presente siglo. En el caso de la tutela, su concepción tradicional, en nuestro país y en muchos otros ha sido criticada considerándosele como una institución anacrónica, de exigua aplicación, e irregular o de deficiente funcionamiento cuando tiene lugar. También se ha

¹¹ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit. pp. 707-712.

¹² Anteproyecto de Código de Familia, Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, Impresión cortesía de la Corte Suprema de Justicia, octubre 1990, pp. 456- 475.

dicho, que ella esta adaptada a personas y familias con fortuna superior a la media, aun cuando en la misma existe un impulso de protección del patrimonio y de los intereses del mismo, no sólo conciernen al tutelado, sino también a las personas a quienes ese patrimonio debe llegar si él tutelado falta.

En el anteproyecto del código de familia la tutela se encontraba regulada en el titulo tercero del libro cuarto, el mismo pretendía recoger el fruto del movimiento reformista inicialmente referido para convertir a la tutela en un verdadero y eficaz medio jurídico de protección; orientado prioritariamente por los valores e intereses humanos y para que en ella, el interés de los tutelados sea la consideración principal. Con este objetivo el anteproyecto del código de familia, introdujo una serie de reformas a la institución tutelar, entre las que se destacan:

1) *Supresión de la curaduría en general:* Esto debido a que anteriormente en el Código Civil se mantenían dos instituciones similares, la tutela y la curatela. En general, no establecía entre una y otra diferencias fundamentales que hicieran necesaria su coexistencia que solo tenía una justificación histórica.

2) *Sujetos a la tutela:* Con el anteproyecto desaparecen las curadurías generales, tanto los menores de edad, como los mayores incapacitados quedan sujetos a las tutelas, siempre que los primeros, no estén sometidos a la autoridad parental y los mayores de edad, declarados incapacitados no estén sometidos a la prorroga de autoridad parental o al restablecimiento de la misma.

3) *Pluralidad de tutores:* El anteproyecto rompe con el principio de la singularidad en el ejercicio de la tutela, al permitir la pluralidad de tutores de una persona en determinados casos, como lo es cuando el testador así lo

hubiere dispuesto o cuando el Juez lo considere conveniente a los intereses del pupilo que sean cónyuges quienes la ejerzan.

4) Pluralidad de pupilos. Tutores específicos. El anteproyecto disponía en el artículo 307 que cuando se sometían a guarda a varios hermanos, generalmente se nombrará un solo tutor para todos ellos con el fin de cumplir los objetivos proclamados en los artículos 3 y 4 del mismo anteproyecto, de procurar la integración y unidad de la familia y también podría colocarse bajo una misma tutela a dos o más personas, con tal que haya entre ellas división de patrimonios.

5) Idoneidad de tutor: En el anteproyecto, para ser tutor no era suficiente que la persona que se nombre o que sea llamada para el desempeño de dicho cargo, careciera de inhabilidades previstas en el artículo 333, sino que, además, conforme al artículo 308 debía ser idónea para el desempeño de aquel, esto es, que tenga acercamiento familiar con el menor o incapacitado, solvencia moral y preparación para ejercerlo satisfactoriamente de modo que sea una garantía para los intereses del menor incapaz.

Aunque estas condiciones personales del tutor debe tenerlas presentes el Juez, el Código Civil no decía nada al respecto, de modo que actualmente una persona que no tenga incapacidad alguna, aunque carezca de los requisitos mencionados podía ser tutor según el Código anterior. En el anteproyecto, son requisitos indispensables, pues el artículo 308 disponía que el nombramiento recaería en la persona que reúna esas condiciones. En tal sentido, los artículos 319 y 322 obligaban al Juez a observar el cumplimiento de esos requisitos.

6) Providencias necesarias para el cuidado del menor o incapacitado y seguridad de sus bienes: Esto significó que con el sistema de tutela adoptado por el anteproyecto, el Juez, desempeñaría un papel de primera importancia, con suficientes facultades para hacer efectiva la protección

de los menores o incapacitados. Esta protección la deben tener aun antes de que se les provea de tutor o se discierna el cargo a éste, para lo cual el artículo 310 del anteproyecto dispuso que “ mientras no se nombre tutor o no se discierna el cargo, el Juez de oficio o a solicitud del Procurador General de la República o procuradores Auxiliares departamentales, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado del menor o incapacitado y la seguridad de sus bienes .

7) Audiencia del menor de doce años: El anteproyecto disponía en su artículo 311, que los menores que hubieren cumplido doce años deberán ser oídos previamente al nombramiento de tutor legítimo o dativo o al discernimiento del cargo respecto al tutor testamentario. La finalidad que se pretende con esta audiencia, es no imponer al menor un tutor que no le sea conocido o que no sea de su conveniencia.

8) Administrador de bienes: La institución del administrador de bienes (artículo 312) sustituye a la del curador adjunto que regulaba el Código Civil (artículos 491 y 492).

9) Control judicial de la tutela: En virtud del anteproyecto se da amplias facultades de intervención al Juez, convirtiendo así la actitud pasiva que poseía con el Código Civil, en una instancia fundamental y decisoria que pone las funciones tutelares bajo su salvaguarda y vigilancia. La razón de este cambio se encuentra en el carácter de orden público de la institución tutelar y es el deber del Estado, de proteger a los menores e incapaces.

10) Derecho a nombrar tutores: A pesar de las reformas al Código civil decretadas en el año de 1972, que admitió la patria potestad compartida o ejercida de consuno, se mantenía la discriminación de la mujer casada en el derecho de nombrar tutor o curador por testamento a sus hijos legítimos. En efecto ese derecho la ley se lo concedía al padre legítimo y si a los hijos no les quedaba madre viva, o esta fuese incapaz de ejercer la

patria potestad por ser menor de edad, o por cualquier otro motivo. Sólo a falta del padre, la ley le concedía ese derecho a la madre, con tal que no hubiese estado divorciada por adulterio ni haya sido privada por mala conducta de la patria potestad o del cuidado personal del hijo. En lo concerniente al hijo fuera del matrimonio, el derecho de nombrar tutor por testamento lo tenía la madre ilegítima; y en su defecto, el padre natural. A falta del padre y madre la ley concede ese derecho a los abuelos, pero con respecto a los nietos legítimos (artículo 374 y siguientes).

Con el anteproyecto, el cambio inicial que se advierte, es que este no hace discriminación por razones filiatorias entre los padres o los abuelos, señalando como único requisito que los hijos estén bajo la autoridad parental de los primeros, y los nietos bajo la guarda de los segundos. De manera que tanto los padres del hijo de matrimonio como los del hijo no matrimonial y los abuelos de los nietos, procedan o no de matrimonio, pueden en testamento nombrar tutor a sus hijos o nietos. Todo esto a efecto de la recepción que hace el anteproyecto, del principio de igualdad de los hijos y de llevarlo hasta sus últimas consecuencias.

11) Tutores sustitutos: Anteriormente con el Código civil en el artículo 383 se establecía una de las reglas concernientes a los tutores sustitutos, pero no resuelve algunos casos tales como el de que el testador no haya establecido un orden de sustitución; lo que dio lugar a que se aplicaran criterios mecánicos, como el de que se sucederán en el orden en que hubiesen sido mencionados en el testamento sin tomar en cuenta el interés del pupilo. El anteproyecto, con el principio de defender primordialmente tal interés, en el artículo 316 disponía que en tal supuesto el juez nombrara de entre los designados, al que le parezca más idóneo, de conformidad a los criterios fijados por el artículo 308.

12) Transferencia de la tutela. Anteriormente la transferencia de la tutela no era regulada en el Código Civil, pero en el anteproyecto se acogió

porque le concede preferencia a la tutela testamentaria, es decir que si la tutela esta siendo ejercida por un tutor legitimo o dativo y se presenta un tutor testamentario, la guarda será transferida a éste inmediatamente, a menos que el Juez decida otra cosa en interés del tutelado.

13) Persona llamadas al ejercicio de la guarda legitima. En cuanto a las personas llamadas a ejercer la tutela legitima, el anteproyecto no hizo discriminación entre parientes matrimoniales y no matrimoniales, pues no calificaba el parentesco de tales personas y para el ejercicio de los menores ya no llama a los padres e incluye a los primos, hermanos, a diferencia del Código Civil, que tampoco llamaba a los cónyuges o a los hijos para ejercer la guarda, a diferencia de lo establecido en el anteproyecto que creyó que por la comunidad de vida se crea con el matrimonio y la unión estable, y por el deber de asistencia que de él emerge, el cónyuge o compañero de vida, es la persona más adecuada para cuidar de la persona y bienes del incapacitado; y con respecto a los hijos, estos tienen el deber de asistir a sus padres en cualquier circunstancia que los necesiten (artículo 220).

14) Tutela para el menor casado. Conforme a la legislación civil anterior el menor de edad que contrae matrimonio, por ministerio de ley quedaba emancipado, esto es que salía de la patria potestad de sus padres; y si era mayor de dieciocho años quedaba también por ministerio de ley habilitado de edad, o sea gozaba del privilegio de poder ejecutar todos los actos judiciales y extrajudiciales y contraer todas las obligaciones de que eran capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que la ley le declara incapaz. Entonces, había que distinguir si el menor casado era menor de dieciocho años o mayor de esta edad, y si era varón o mujer.

El varón menor de dieciocho años quedaba sujeto a tutela y la mujer menor de esa edad, por Ministerio de ley, la representaba el marido si fuere mayor de edad, y éste administraba sus bienes, con los mismos

derechos y obligaciones de los mandatarios (artículo 370 del Código Civil derogado). Pero si ambos cónyuges eran menores de dieciocho años, ambos quedan sujetos a tutela; y si los dos pasan de esa edad, quedan habilitados de edad.

Con relación a la mujer casada menor de dieciocho años, había en la ley una diferencia con el varón que no se justificaba, puesto que por principio constitucional el matrimonio descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges, y por ello deben estar sometidos a un mismo régimen.

En el anteproyecto, partiendo de que la mayoría de edad, se alcanzaría con los dieciocho años, desaparece la institución de la habilitación de edad; y en base a la igualdad jurídica de los cónyuges, cualquiera de ellos que fuere menor, queda sujeto a tutela, siendo llamado en primer lugar a su tutela legítima el cónyuge que fuere mayor (artículo 320). Desaparece así la representación que por ministerio de ley tiene el marido mayor de edad sobre la mujer menor de dieciocho años, resabio de la antigua potestad marital.

El anteproyecto con el artículo 320 citado, cuando uno de los cónyuges es menor, es llamado a su guarda legítima en primer lugar el mayor de edad, lo que significa que se desplazan en el orden los otros llamados según el artículo 318. En este caso, el orden general de llamamientos se altera con la adición de una persona más, el cónyuge que ocupa el primer lugar. Pero el Juez siempre tiene la facultad de variar ese orden o prescindir de él. Como en la regla general, si existen otros motivos justificados.

15) Autorización de internamiento. El artículo 325 del anteproyecto, que no cuenta con disposición equivalente en el Código de Civil, fija un trámite para garantizar que el internamiento de presuntos enfermos mentales en un centro psiquiátrico, se produzca con los debidos controles y autorizaciones judiciales, ya que muchos internamientos se habían venido

produciendo cuando mucho por prescripción facultativa y sin siquiera con noticia al Juez.

Si existe un procedimiento para controlar la detención de cualquier persona, si hay plazo constitucional para remitir al Juez a quien se ha detenido administrativamente imputándosele una infracción penal, es lógico que también se trate de controlar el tipo de internamientos a que se refiere la disposición que se comenta, sobre todo si aquél se produce sin contar con la voluntad del afectado. Si bien es cierto que en la generalidad de casos se trata de medidas terapéuticas adecuadas, puede ocurrir y de hecho han ocurrido por precipitación, a veces sin mediar siquiera prescripción facultativa, y en los casos más graves con fines ilegítimos cual sería el despojo del presunto incapaz. Si las cosas continuaran así se deja un amplio margen para atentar impunemente contra la libertad y contra otros derechos de la persona.

16) Incapacitación de menores. Esta institución es nueva y de carácter excepcional. Normalmente se establecía para los mayores de edad en quienes concurre causa de incapacitación de las previstas en el artículo 324, con la finalidad de someter a tutela a los enfermos mentales o a los sordomudos, o restablecer para ellos la autoridad parental que había concluido por haber alcanzado la mayoría de edad. Por excepción, se admite la incapacitación de los menores de edad, en quienes concurra causa que de lugar a ella, con el propósito de propiciar la prórroga de la autoridad parental o la tutela. El Código Civil en los artículos 458, 459 y 470 imponían en las personas que ejercían la patria potestad o la tutela la obligación de provocar el juicio de interdicción del hijo o el pupilo al llegar estos la mayoría de edad, con el objeto de poner al enfermo mental o sordomudo bajo curaduría general.

Como se ve, las soluciones son diferentes: el Código Civil imponía la obligación de entablar el juicio de interdicción después de que el hijo y el

pupilo han alcanzado la mayoría de edad; en cambio en el anteproyecto, el deber de promover el juicio de incapacitación se tiene antes de que el hijo o el pupilo lleguen a dicha mayoría.

17) Tutela prorrogada. Esta figura que no era regulada en el Código Civil, es incorporada en el anteproyecto y consiste en que el pupilo aunque alcance la mayoría de edad, continuara bajo la guarda del mismo tutor sin que sea necesario un nuevo nombramiento, siempre que se le haya incapacitado cuando era menor (artículo 328 del anteproyecto).

El anteproyecto la establecía en el artículo 329, para evitar solución de continuidad en la protección del incapacitado y facilitar el ejercicio de su guarda con economía de tiempo y recursos.

Con la finalidad de que tanto la autoridad parental como la tutela se prorroguen, se ha previsto que el menor sujeto a ellas podrá ser incapacitado si en él concurre causa de incapacitación que se considere persista después de alcanzada la mayoría de edad, a solicitud de quines la ejerzan o del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares departamentales. La prorroga de la tutela se producirá por el hecho de que el pupilo alcance la mayoría de edad, y esté ya declarado incapacitado. Con este propósito el artículo 326 inciso segundo del anteproyecto, estableció el deber de toda persona que conozca la existencia de una posible causa de incapacitación, de hacerla del conocimiento del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares departamentales, para que éstos la soliciten al Juez. Lo anterior es sin perjuicio de la obligación en que están también los padres y el tutor de solicitarla.

18) Presupuestos de gastos. Con el Código Civil, en el ejercicio de cargo, el guardador no estaba obligado a elaborar presupuesto ni a proyectar el empleo de las rentas excedentes del pupilo, se imponía la obligación de llevar día por día cuenta fiel y exacta y si es posible

documentada de sus actos administrativos(artículos 433 del Código Civil); pero goza de amplias facultades para administrar los bienes del pupilo.

La nueva legislación, con el fin de ejercer un control más eficaz de la tutela, impone al tutor la obligación de presupuestar los gastos de alimentación del pupilo y los de administración de sus bienes, así como de proyectar el empleo de sus rentas excedentes.

19) Garantía de administración. Al igual que el código civil, (artículo 394 cc), en el anteproyecto (artículos 340 y 343) se mantiene la exigencia de que el tutor, antes de entrar al ejercicio de la guarda, debe garantizar su administración. El Código civil dejaba la posibilidad de que la garantía sea una simple fianza cuando el capital de pupilo no fuera superior a los diez mil colones; excediendo de esta cantidad, la fianza debía ser hipotecaria, no pudiendo el valor del inmueble hipotecado ser inferior a la quinta parte de los bienes a administrar. En lugar de la fianza hipotecaria el guardador puede presentar cualquier clase caución por la misma cuantía, otorgada por una institución financiera, excepto que se trate de curador de una herencia en disputa. Con el anteproyecto se determinó la cobertura de la garantía de administración, quedando la posibilidad de aumentarla o disminuirla, según varíen los valores de las cosas que se deben garantizar.

20) Terminación de la tutela. La tutela es una institución que llega a su fin por causas determinadas en la ley, por una parte en consideración a la persona del pupilo y por otra tomando en cuenta la persona del guardador o las modalidades a que el testador la hubiere sometido tratándose de tutela testamentaria.

Desde el primer punto de vista la tutela fenecía: a) por llegar el pupilo la mayoría de edad; b) por la muerte del pupilo; c) por el reconocimiento que haga el padre del hijo natural que se halla en guarda, excepto que ésta la ejerza la madre; d) por la habilitación de edad(estos casos estaban

previstos en el artículo 456 ordinales 1º, 2º, 6º y 7º); e) por la legitimación del hijo (artículo 253); f) por la adopción del pupilo (artículo 16 inciso 4º de la Ley de adopción)

En consideración a la persona del guardador, la tutela termina: a) por la muerte del tutor; b) por la excusa legítima de servir el cargo; c) por remoción del cargo (estas causas las expresa el mismo artículo 456 ordinales 2º, 4º y 5º); d) por incapacidad sobreviviente del tutor (artículo 506).

La tutela testamentaria también fenecía cuando hubiere sido dada a cierto tiempo o bajo condición, cumpliéndose aquél o faltando ésta (artículo 456 ordinal 3º).

Tal como estaba estructurada la legislación anterior las causales de finalización de la tutela se referían tanto a la institución en abstracto como a una persona determinada. En el primer caso, la guarda termina; en el segundo, llega a su fin en relación a la persona que la ejerce; pero subsiste para el tutelado, a quien había que proveérsele de nuevo tutor. En efecto, si el tutor muere, se excusa o es removido, el pupilo siempre queda sujeto a tutela. Conforme a la legislación civil anterior existían casos en que la tutela terminaba para el tutor, pero no para el sujeto a ella; es decir termina y subsiste, lo que constituye un contrasentido que se consideró necesario para eliminar y se estructuraron las causas de terminación desde el punto de vista únicamente de la persona del pupilo, desapareciendo también la causal del cumplimiento de plazo o la condición fallida, debido a que la tutela como institución de orden público no puede estar sujeta a modalidades.

Tomando en cuenta lo anterior, el anteproyecto en el artículo 362 dispuso que la tutela termina: 1) por alcanzar el pupilo su mayoría de edad, salvo que la tutela se haya prorrogado; 2) por la muerte del pupilo; 3) por

rehabilitación del incapacitado; 4) por quedar el pupilo sujeto a autoridad parental.

Anteriormente en el Código Civil la rehabilitación no aparecía como causal de terminación de la tutela porque el incapacitado no está sujeto a tutela sino a curatela; en el anteproyecto sí tiene cabida, puesto que tanto menores como mayores incapacitados están sometidos a tutela y la curatela desaparece de la nueva normativa.

Según el anteproyecto, la tutela no siempre termina por alcanzar el pupilo la mayoría de edad; esto porque está prevista la prórroga de la misma, que tiene lugar de pleno derecho en el caso del pupilo que antes de llegar a la mayoría de edad ha sido declarado incapacitado por causa de demencia o sordomudez.

Por último, el pupilo puede salir de la tutela por quedar bajo la autoridad parental, situación que podrá ocurrir por establecimiento de paternidad o maternidad, por adopción del hijo y por restablecimiento de la autoridad parental del hijo.

21) Rendición de cuentas. El guardador debe dar cuentas de la administración de los bienes del pupilo a la expiración o cesación del cargo. En el Código Civil esta obligación estaba concebida como un correlato del derecho del ex – pupilo de exigirlos. De otra manera dicho, para obligar al curador o al tutor a rendir cuentas, el ex pupilo necesariamente tenía que promover el juicio correspondiente. Así pues el artículo 569 del Código de Procedimientos Civiles a este respecto disponía: “pedida una cuenta con documento que justifique la obligación de darla, se mandará dar...” Lo anterior significaba que si las cuentas no son exigidas, el guardador puede adoptar una actitud pasiva y esperar que transcurra el término de la prescripción para sustraerse de la obligación de rendir dichas cuentas.

En lo dispuesto en el Código Civil en los artículos 433 y 437 el guardador tenía la obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes pupilares a la expiración de la guarda o al cesar en el cargo. En el primer caso las cuentas las debía presentar al ex - pupilo , si éste fuera mayor de edad, o sus herederos y si le dan aprobación quedan definitivamente cerradas; en el segundo, al guardador que lo sucedía en el cargo o al ex – pupilo habilitado de edad, pero aunque hayan sido aprobadas por éstos, las cuentas no quedan definitivamente cerradas, a menos que medie aprobación judicial con audiencia de un curador; por lo demás la ley no le fijaba una plazo al guardador para que rinda las cuentas, pudiendo hacerlo voluntariamente cuando él lo desee o esperar que el interesado exigiera dicha rendición judicialmente.

El anteproyecto se aparta de la anterior concepción del Código Civil en interés del menor o incapacitado, articula la obligación que tiene el tutor de rendir cuentas como un deber jurídico que no necesita para su cumplimiento de acción del interesado. En virtud de ello, al tutor se le impone el deber de rendir cuentas de su administración al final de cada año de gestión y al terminar la tutela o cesar en su cargo y deberán ser aprobadas por el Juez.

22) Registro de tutelas. Por último, con la finalidad de facilitar tanto el control y vigilancia de las actuaciones del tutor como el conocimiento al público de la situación de los menores e incapacitados sujetos a tutela, el anteproyecto introduce la institución del Registro de tutelas, que regula en el capítulo sexto del título tercero del libro cuarto(artículo 371 y siguientes).Se pensó en que el registro de tutelas sería un medio fundamental para hacer efectivo el control judicial de la tutela y con esa finalidad el anteproyecto impone al Juez el deber de examinar con frecuencia las inscripciones de tutelas, para que pueda tomar las

providencias que sean necesarias en la defensa de los tutelados(artículo 375 del anteproyecto).

1.5.3. Creación del Código de Familia.

El Código de familia fue elaborado luego de dirigir la elaboración de varios proyectos legislativos orientados a la armonización de la legislación secundaria con la Constitución en materia civil.

Para los juristas que participaron en la elaboración de dicho proyecto, el lineamiento recibido no incluyó la formulación de un Código de Familia, sino se limitaba a la armonización de dichos procesos con el Libro primero del código civil, en ese sentido, el Área Civil de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña CORELESAL, recibió el encargo de formular los proyectos de reforma del ferido Código, y en cumplimiento del mismo el día de septiembre de 1987 se informó al Jefe del Comité Técnico de CORELESAL, Doctor José Albino Tinetti que los proyectos estaban prácticamente concluidos.

La estructuración del Código de familia en sus distintos libros, títulos, capítulos y secciones, se procedió a ordenar sistemáticamente poco después de la elaboración parcial realizada por los integrantes del área civil.

El Código de Familia en el Libro Cuarto, Título II, Capítulo I, regula todo lo relativo a la tutela, este capítulo tuvo como base algunos artículos contenidos en la parte sustantiva del código civil de 1859 entre los que se pueden citar: artículo 359 al artículo 373, del artículo 374 al 385 y de este último al artículo 393.- ahora todos derogados e incorporados al código de familia, entre otros.

Posteriormente a la promulgación del Código de Familia algunos estudiosos de la materia, por lógica jurídica, consideraron que era de vital importancia que hubiera una ley que desarrollara los principios de la doctrina procesal

moderna, con lo cual de una consideración se pasó a una necesidad, ello para lograr un fiel cumplimiento de las disposiciones contenidas en dicho Código; en atención a lo anterior, por medio de Decreto Legislativo No133 se crea la Ley Procesal de Familia, la cual regula el procedimiento para seguir en las Diligencias de declaratoria judicial Incapacidad y de Nombramiento de tutor, en la que además se habla de disposiciones especiales sobre la incapacidad del demente y del sordo, así como la obligación al tutor para constituir hipoteca así como la rendición de cuentas y restituciones de bienes.

CAPITULO II

FUNDAMENTO DOCTRINARIO Y GENERALIDADES DE LA TUTELA

2.1. Conceptos generales de la tutela.

La tutela etimológicamente, proviene del verbo latino "tueor", que significa defender, proteger. Nos da idea de cuidado, protección o amparo¹³.

Chávez Ascencio, autor citado por la autora Anita Calderón de Buitrago en su Manual de Derecho de Familia define la tutela como aquella que “tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen alguna incapacidad natural o legal. La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa justificada¹⁴.

Por su parte Sara Montero considera a la tutela como “la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a patria potestad”¹⁵.

Mientras que Daniel Hugo D´Antonio, la define como “conjunto de derechos y deberes que la ley establece en relación a una persona para la protección y formación integral de un menor de edad no sujeto al ejercicio de la patria potestad”¹⁶

¹³ Calderón de Buitrago, Anita y otros Ob. Cit. pp. 675

¹⁴ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 329

¹⁵ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Ob. Cit. pp. 676

¹⁶ D´ Antonio, Ob.Cit., Tomo III, pp. 253

Para Guillermo Cabanellas, la tutela en general es “Toda suerte de protección o amparo defensa, custodia o cuidado y dirección de persona e intereses// En lo jurídico la suplencia de la patria potestad”¹⁷.

Manuel Osorio entiende la tutela en sentido generalizado como: “una institución creada para la protección de lo menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse a si mismas ¹⁸ .

La tutela ha sido conceptualizada por perspectivas distintas, para el tratadista español Eduardo A. Zannoni “es una Institución, destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto o porque los menores son de filiación desconocida, o porque aquellos han sido privados de la patria potestad” ¹⁹ .

Para Borgonovo la tutela: “Es una forma de representación, gobierno y asistencia de los menores, que suple a la patria potestad. Tiene como finalidad la protección integral de los intereses morales y materiales de los menores...” ²⁰

En explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado Luís Claro Solar señala que la tutela, es aquel cargo civil, cuyo desempeño es obligatorio

¹⁷ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VIII, Editorial Heliastas S.R.L, 26ª Edición Buenos Aires Argentina 1998, pp. 233

¹⁸ Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Prologo Dr. Guillermo Cabanellas, Editorial Heliastas S.R.L, Buenos Aires Argentina pp. 766

¹⁹ Zannoni, Eduardo A. y otro, Manual de Derecho de Familia, 6ª Edición actualizada, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, pp. 593.

²⁰ Borgonovo y otros, Juicio Oral en Familia y capacidad Civil de las personas, Editorial Vélez Sarfield, Buenos Aires, Argentina, Talleres Gráficos “RISCA”, 1985 pp.

para los llamados a ejercerla, porque hay un interés general o social en que los menores no estén sin defensores cuando no se hallan bajo potestad marital o bajo la patria potestad.²¹

Mientras que Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolf, definen la tutela, en sentido amplio como “ el cuidado llevado, bajo la inspección del Estado, por una persona de confianza(tutor) sobre la persona y el patrimonio de quien no esta en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo o que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en ese situación”.²²

Roberto Suárez Franco, citando a Barros Errazuriz define la tutela como una institución de interés social y las leyes que las reglamentan son de orden público que los particulares no pueden derogar, porque se refieren al estado de las personas, al gobierno de las familias y a la conservación de patrimonio.²³

Para Jorge Angarita Gómez tutela es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse asimismo, o administrar competentemente sus negocios y que no se hallen bajo potestad de padre o marido.²⁴

²¹ Claro Solar, Luís, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, tomo tercero, Editorial Jurídica de Chile, talleres de Editorial Nomos, Bogota, Colombia, 1992, pp.237.

²² Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolf, Tratado de Derecho Civil, Cuarto Tomo, derecho de familia volumen segundo, Relaciones paternofiliales y parentales, tutela, casa editorial BOSCH, Barcelona España, 1986, pp.263.

²³ Suárez Franco, Roberto Derecho de familia. Filiación. Régimen de los incapaces, tercera edición, Editorial Temis. S.A., Santa Fe de Bogotá Colombia, 1999, pp. 249

²⁴ Angarita Gómez, Jorge, Lecciones de Derecho Civil, Personas y representación de incapaces, Cuarta edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe Bogota Colombia, 1994, pp. 317.

Luís Fernando Saura Martínez, citando a los autores Sánchez Román y Manresa señala que para el primero la tutela “es un cargo o investidura civil, de carácter generalmente obligatorio, conferido a una persona para la representación, protección y defensa de otra, o menor o incapacitada por diferente causa que la edad, en lo actos jurídicos que a la misma interesen, en la administración de su patrimonio y en general, en la defensa de sus derechos”; mientras que el segundo señala que la tutela, comprende la suma de facultades y deberes atribuidos por la ley a todo ciudadano en su plena capacidad civil para suplir la falta de ella que tienen los menores e incapacitados que no están sujetos a la patria potestad, y atender al cuidado de su persona y bienes o la administración de estos últimos solamente.”²⁵

Ernesto E. Nieto Blanc y otros autores en su libro Curso de Derecho Civil, señalan, que tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar a la persona y bienes del menor de edad, que no esta sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.²⁶

El Código de Familia en su artículo 272 la conceptúa de la manera siguiente: “La tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente”²⁷.

²⁵ Saura Martínez, Luís Fernando, Incapacitación y Tuición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1986, pp.51.

²⁶ Blanc Nieto, Ernesto E. y otros, Curso de Derecho Civil, Primera parte, derechos reales familia, Ediciones Macchi, Talleres Gráficos Garamond, S.C.A., 1981, pp. 798.

²⁷ Mendoza Orantes, Ricardo, Recopilación de Leyes Civiles, Constitución de la República, Editorial Jurídica Salvadoreña, 28ª edición, 2007.

Tomando en cuenta lo anterior se da una definición de tutela, la cual se considera apropiada y es la siguiente: “La Tutela es una institución jurídica familiar que procura garantizar la protección y representación del menor o incapaz, así como la administración de su patrimonio.”

2.2. Definición de conceptos relativos a la tutela.

Para un mejor entendimiento y comprensión de la investigación se definen una serie de conceptos elementales, que servirán de mucho en el desarrollo del trabajo, tomando en consideración las definiciones dadas por los distintos estudiosos del Derecho de Familia. A continuación se puntualizan algunos de los más importantes:

2.2.1. Incapacidad e incapaz.

Según Cabanellas incapacidad es: “Defecto o falta de capacidad. Carencia de la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones”.²⁸

Suárez Franco señala que incapacidad es la carencia de la capacidad de ejercicio de una persona, vale decir la carencia de aptitud legal para poderse obligar por si mismos.²⁹

Jorge Angarita Gómez, establece por incapacidad, como la carencia de condiciones físicas, síquicas o legales para determinada actuación en la sociedad.

De lo anterior se desprende que la incapacidad no es la falta de derecho sino la imperfección de obrar; el derecho existe pero puede estar limitado

²⁸ Cabanellas, Ob. Cit. tomo VIII pp. 367

²⁹ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 238

por falta de aptitud: basta que el nacimiento constituya un principio de vida para que en la criatura se fijen y existan todos los derechos que le competen; más aún, el solo concebido goza de protección de la ley, aunque está incapacitado para ejercer esos derechos que le protegen: es su imperfección la que no le permite ejercerlos.³⁰

Incapaz: “Quien carece de capacidad (v) aptitud, competencia o habilidad para hacer algo.”³¹

De acuerdo a Roberto Suárez Franco incapaz es: “El vocablo designado a todas aquellas personas que carecen de la capacidad de ejercicio”.³²

Ernesto E. Nieto Blanc, señala que es incapaz una persona física a la cual la ley priva de obrar por sí misma. Declarándolas incapaces de hecho, fundada en la falta o suficiencia de su desarrollo mental (caso de las personas por nacer, menores y dementes) o en la imposibilidad de poder manifestar su voluntad (caso de los sordomudos), considerando que el elemento volitivo es básico en la formación de todo acto jurídico.³³

Según nuestra legislación en el artículo 1317, “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”; señalando el artículo 1318 del mismo cuerpo legal que “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indubitable. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son incapaces los menores adultos y las personas

³⁰ Angarita Gómez, Jorge, Ob. Cit. pp. 238

³¹ Cabanellas, Tomo VIII, Ob.Cit. pp. 371.

³² Suárez Franco, Roberto Ob.Cit. pp. 233.

³³ Blanc Nieto, Ernesto E. y otros, Ob. Cit. 125-126.

jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley.”³⁴

Salvo las excepciones previstas en la ley, todo acto celebrado por un incapaz adolece de nulidad; si quien lo realiza es incapaz absoluto, el acto estará viciado de nulidad absoluta; si el acto es celebrado por un incapaz relativo, su nulidad será relativa, aunque en ciertas circunstancias y por aspectos determinados en las leyes puede llegar a tener valor.³⁵

2.2.1.1. Tipos o clases de incapacidades.

Lo anterior lleva a establecer la estructura del régimen de incapacidades, el cual no ha obedecido a un criterio caprichoso; toda incapacidad tiene un origen que la justifica, el cual puede ser natural o simplemente legal.

Son fuentes constitutivas de incapacidad natural las anomalías de carácter mental entre ellas encontramos la demencia; las deficiencias de tipo orgánico, en la que podemos mencionar la sordomudez, unida a la carencia de un medio externo para darse a entender por escrito y finalmente la edad conduce a incapacidad de tipo absoluta en los impúberes e incapacidad relativa en los menores adultos.³⁶

2.2.1.1.1. La incapacidad absoluta, se causa por la carencia total de aptitud, en ciertas personas, para poderse obligar por sí mismas, debido a que, por causas físicas o naturales, carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente.

³⁴ Mendoza Orantes, Ricardo, Recopilación de Leyes Civiles, Código de Civil, Editorial Jurídica Salvadoreña, 28ª edición. 2007.

³⁵ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp.239

³⁶ Ibídem, pp. 240

Esta incapacidad la denominan algunos autores como incapacidad natural, porque proviene de causas físicas. El incapaz absoluto no puede ejecutar actos válidos; al carecer de voluntad o no poder expresarla exteriormente, el consentimiento no puede configurarse, requisito indispensable para la existencia y validez de los actos jurídicos en que intervenga y de allí que los actos de los absolutamente incapaces adolezcan de nulidad absoluta, no importa las circunstancias en las cuales fueron celebrados no producen obligación alguna.³⁷

La incapacidad absoluta, esta instituida para aquellas personas a quienes la ley no permite el ejercicio de sus derechos, debido a su edad o su estado físico o mental que les impide expresar plenamente su voluntad. Dichas personas son:

1. *Dementes*: quienes sufren debilidad mental y por consiguiente no pueden formar rectos juicios, pues no están en condiciones de expresar su voluntad jurídica. Debe entenderse esta demencia, en el sentido que la toma la ley; toda enfermedad mental, cualquiera que sea su denominación, que altere, restrinja o destruya la voluntad de las personas, pues quien sea víctima de ellas no está en condición de adherir libre y conscientemente a un objeto jurídico. Debe tenerse en cuenta que los actos de los dementes, declarados o puestos en interdicción, son nulos absolutamente.

2. *Impúberes*. “Llamase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años, y menor de edad o simplemente menor. De lo anterior se deduce que al legislador le pareció que el desarrollo mental para la ejecución de actos civiles no se da plenamente sino al cumplir los 18 años, por lo cual fijó esa edad como

³⁷ *Ibíd.*, pp. 242

punto de partida para la adquisición de la capacidad de ejercicio, y que en las edades anteriores, de acuerdo a la naturaleza, se podían establecer grados de discernimiento, por lo cual no les reconoce aptitud volitiva alguna a los varones menores de catorce años, ni a las mujeres menores de doce, denominándolos impúberes, ni a los infantes, o menores de siete años, a quienes se les cataloga absolutamente incapaces.

3. *Sordomudos* que no pueden darse a entender por escrito, por cuanto su doble deficiencia orgánica no les permite expresar claramente su voluntad debido a no tener recepción o conocer la que se les trasmite, salvo que “por medio de la escritura”, puedan manifestar esa voluntad o comprender la que se les trasmite.

2.2.1.1. La incapacidad relativa, conocida también como la incapacidad civil, legal o de protección, es la falta de aptitud de que adolecen ciertas personas para obligarse por sí mismas, porque la ley las considera incapaces en razón de la edad.

Ha sido designada así por la doctrina, por que las causas que la generan, a diferencia de la incapacidad absoluta, son de creación legal; el legislador la ha establecido con fines de protección del patrimonio de aquellas personas que, aunque no padecen de anomalías de carácter físico u orgánico, se halla en circunstancias no propicias para resolver sobre actos a los cuales tiene que vincular su voluntad.

Las incapacidades relativas vienen a ser, en último término, medidas de precaución consagradas en la ley para proteger los intereses de personas o de sus familiares. Los actos de los relativamente incapaces son, por regla general, relativamente nulos; la nulidad a que dan origen puede alegarse por el menor quien deberá valerse de su representante, o llegado

a la mayoría de edad, podrá simplemente ratificar el acto nulo cumpliendo las exigencias legales omitidas o intentar alegar directamente la nulidad.

Pero a diferencia del incapaz absoluto, el relativamente incapaz puede realizar ciertos actos, celebrar determinados contratos, con plenos efectos jurídicos, los que por razón de su carácter excepcional, deben encontrarse explícitamente establecidos en la ley.³⁸

La incapacidad relativa, se instituye a favor de aquellas personas a quienes la ley reconoce, en principio, cierta capacidad jurídica, pero que no pueden ejercerla directamente por tener una voluntad insuficiente y por lo tanto, deben valerse, como los incapaces absolutos, de personas que les complementen esa capacidad. Dichos incapaces son: Los menores adultos, o sea los varones mayores de catorce años y la mujeres mayores de doce, sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos efectos determinados por las leyes y en caso de que no se den aquellas ni se cumplan estos, la nulidad no será absoluta sino relativa.

Por otra parte se encuentran las incapacidades particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, por ejemplo, al del confesor que atención en su última enfermedad al testador, para recibir por testamento herencia o legado o tener menos de veinticinco años para adoptar etc.³⁹

2.2.1.2. Causas que originan la incapacidad.

a) En la naturaleza intrínseca de los hechos y actos jurídicos cuando estos son “ejecutados contra expresa prohibición de ley”, o cuando se derogan “por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados

³⁸ Ibídem pp. 243

³⁹ Ibídem. pp. 240-247

el orden y las buenas costumbres”, o sea que esta clase de incapacidad cobija a todas las personas.

b) En la naturaleza intrínseca de todas las personas, bien por la edad, por alteración de las facultades mentales, por determinadas deficiencias físicas, por la dilapidación, si es que esta no se comprende dentro de las alteraciones mentales.

c) En la ley misma cuando incapacita a algunas personas en ciertas circunstancias y momento.

Ahora bien, al hablar de la figura de la tutela se hace necesario conocer y dar a conocer lo concerniente a la autoridad parental; Sara Montero Duhat, la define como “La Institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”.

Para Eduardo Zannoni, el artículo 264 del Código Civil Argentino reformado mediante la ley 23.264, adecua técnicamente la noción de autoridad parental al señalar que “es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, desde la concepción de éstos y en tanto “sea menores de edad y no se hayan emancipado”.⁴⁰

El Código de Familia Salvadoreño conceptualiza la autoridad parental en el artículo 206, como: “el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores o declarados

⁴⁰ Zannoni, Eduardo A., Ob.Cit. pp. 683

incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes”.

La denominación “autoridad parental”, sustituye a la “patria potestad”, en atención a la evolución que ha tenido esta institución.

El cambio en su denominación es significativo e importante y se sustenta en su nueva orientación, fruto de las transformaciones que el Derecho de Familia ha venido experimentando; hoy por hoy, se considera a la patria potestad o autoridad parental como una función social y como un conjunto de facultades instrumentales encaminadas al cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley impone a los progenitores.

El Código Civil Salvadoreño en 1860, enmarcó a la Patria Potestad en perfiles romanistas patriarcales poco coincidentes con la realidad del tiempo en que ese Código se puso en vigor. La potestad correspondía solo al padre legítimo y se negaba absolutamente a la madre, aun respecto del hijo nacido fuera del matrimonio.

2.2.2. Diligencias de declaratoria judicial de incapacidad.

Tramite mediante el cual se declara judicialmente que una persona adolece de una enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lucidos y /o sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable y que por lo tanto no puede valerse por misma.

2.2.3. Diligencias de nombramiento de tutor.

Es un trámite dirigido a obtener un pronunciamiento judicial para obtener la designación de la representación legal de un menor o incapaz para garantizar el desarrollo integral de los mismos, así como la administración de sus bienes.

2.3. Naturaleza jurídica de la tutela.

La tutela como institución, y su ubicación dentro del sistema jurídico se dice que si pertenece al derecho privado, al derecho publico o al derecho social. La primera clasificación es muy criticada, entre ellas se encuentra la denominada teoría del interés en juego. En tales críticas se expresa que es imposible separar el interés privado del público en forma absoluta. Que toda norma jurídica tiene un doble carácter, ya que el Derecho por naturaleza interesa a la comunidad entera (en tal sentido siempre sería público) y al mismo tiempo tutela y regula la conducta de los particulares(pudiendo considerarse de derecho privado).

Dermburg mediatizo la teoría, haciéndola fincar en la distinción entre el derecho público y el derecho privado, en la atención principal del interés general(o del Estado)o de los intereses de los particulares, respectivamente. Siguiendo esas ideas, Savigny creyó fundar la diferencia en un criterio teleológico, este autor afirmo que el derecho público del Estado es el fin y el individuo solo ocupa un lugar secundario. Lo contrario sucede en el Derecho civil (como sinónimo de derecho privado), el individuo es el fin y el Estado no es más que un medio.

Resulta evidente que el individuo (la persona) no puede ni debe ser considerado como medio; al contrario, quien tiene valor instrumental es el Derecho, en todos lo órdenes en que se manifieste.

Las teorías anteriores han sido calificadas como sustanciales o materiales porque basen la diferencia entre ambas categorías del Derecho, de acuerdo a su contenido y objeto.

En vista de las críticas a las teorías sustanciales, Thon utiliza como base de su teoría llamada “de naturaleza de la tutela”, las consecuencias que acarrea la violación de las normas jurídicas: si los particulares pueden pedir la sanción de esa violación, la norma es de derecho privado. Si el Estado puede proceder la norma es de derecho público. Lo peculiar del Derecho público reside en que sus disposiciones están tuteladas por acciones públicas; diversamente lo característico del Derecho privado, es que sus normas están protegidas por acciones privadas.

El conocido Autor Jorge Jellinek, basó la diferencia, en la naturaleza de la relación, con base en los sujetos que en ella intervienen. En el derecho privado, los individuos son considerados en una relación de coordinación; el derecho público regula las relaciones entre distintos sujetos dotados de imperium. Existe aquí una entidad que se coloca en un plano superior en cuanto esta dotada de un poder de autoridad (tesis de la naturaleza de los sujetos que intervienen en la relación jurídica). Pero como el Estado y demás entes públicos pueden intervenir en relaciones de coordinación como de supraordenación con los particulares, quedaba la duda de cuando lo hacía en una u otra forma.

Roguin completó la tesis anterior, pretendiendo hallar la distinción entre las dos categorías jurídicas, en la calidad de sujeto actuante. Según él, hay que examinar si la actividad del órgano se encuentra sujeta a una legislación especial o a las leyes comunes. Si existe legislación especial con el propósito de regular esa relación, ésta es de supraordenación, del

ente público con respecto a los particulares y por consiguientes, derecho público. En caso contrario, la relación será de coordinación y derecho privado.

Una tesis muy original de distinción entre ambas clases de derechos, es la del jurista ruso Korkounov, quien incluso, sustituye la denominación de derecho privado y público, por la de normas distributivas y adaptativas. Este autor parte de la idea que el derecho es en general la facultada de servirse de alguna cosa. Esta facultad puede ser garantizada a un individuo bajo una doble forma. La forma más simple es la de partir el objeto en varias partes, de manera que cada una de éstas sea distribuida a título de propiedad. Toda concepción de la propiedad privada se funda en esta repartición. Para él ese mismo principio de repartición, sirve de base a la institución de la familia, que excluye la intervención de personas extrañas, pues el derecho le asigna una esfera propia, la autoridad de la patria potestad y de la tutela, han sido distribuidas a ciertas personas y son derechos privados. Esta distribución de derechos en una comunidad es derecho distributivo, llamado comúnmente "derecho privado". La otra forma es la adaptación del objeto a la realización común de cierto interés. Que se adaptan las cosas al uso de los componentes de toda sociedad; hay un amoldamiento autoritario de los sujetos a las normas, para realizar fines de intereses generales: derecho adaptativo, por lo general denominado "derecho Público".

Criticando la tesis de Korkonovo se dice que si bien se mira, en toda relación de derecho aparecen elementos "distributivos y "adaptativos". En lo que a derecho de familia concierne, el autor distaba mucho de tener concepción de derechos- deberes que tienen los titulares.

Al principio de este punto se afirmó que algunos autores consideran que existe una clasificación que también la toma a la tutela como una institución de derecho social. García de Oviedo justifica el nombre de esto por ser de la sociedad y para la sociedad; por ser el derecho forma de vida no personal, sino social, entrelazante. Además según este autor, todo ordenamiento jurídico que tiende a proteger al débil frente al fuerte, restableciendo la normalidad jurídica mediante la certera concepción del valor justicia, es derecho social.

Lo cierto es que en la jurisdicción familiar todo tiende a afirmar que la tendencia mayoritaria actual es la de conferir autonomía al derecho en las relaciones familia.⁴¹

La tutela como institución del Derecho de Familia, es de orden público y si bien se origina en la voluntad individual, la gobierna un estatuto reglado por el estado, de tal manera que cuando las partes prestan su conformidad en el procedimiento, en aras de lograr la sentencia respectiva, ya no son libres de obrar para actuar espontáneamente, si no que lo deben hacer en la orbita que la ley señala y de acuerdo con las rigurosas normas que el derecho positivo determina, vale decir que una vez aceptado el estatuto, se someten a sus normas y a sus consecuencias.

2.4. Objetivo de la tutela.

En cuanto a este punto no existen discrepancias entre los autores quienes son unánimes en señalar que el objeto principal de la tutela es salvaguardar los interés personales como patrimoniales del pupilo, quienes para tales efectos son puestos bajo la guarda, cuidado y representación legal de la persona considerada idónea para dicho cargo la cual es denominada tutor y

⁴¹ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit. pp. 298-318

puede ser nombrado por medio de cualquiera de los tres tipos de tutela existentes.

La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.⁴²

Para Antonio de Ibarrola, la nota fundamental de la tutela, es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología y hace de ella la más importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los menores o incapaces cuando falta la patria potestad.⁴³

Sin embargo este mismo interés de protección ha hecho necesario excepcionalmente apartar del ejercicio de estos cargos a personas que no son aptas, idóneas o dignas para su desempeño o permitir a la persona a quien corresponde su desempeño eximirse del caso por determinadas causas, por la consideración de que, si se fuerza a administrar la tutela al que tiene un motivo legal para pedir se le exonere de ella, desempeñaría mal o insuficientemente sus funciones con perjuicio del pupilo.⁴⁴

2.4. Característica de la tutela.

De acuerdo al Manual de Derecho de Familia redactado por la Doctora Anita Calderón de Buitrago y otros resaltan las siguientes:

1) *Es una función supletoria de la autoridad parental:* La tutela se aplica en los casos de supletoriedad para los menores de edad, que los padres faltaran y en el caso de los mayores de edad, esta no es sustitución de

⁴² De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, 4ª edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1993, pp. 471.

⁴³ Ibídem, pp. 472

⁴⁴ Claro Solar, Luis, Ob. Cit. pp.237

ninguna institución jurídica porque la tutela entra como una institución original y no supletoria.

2) Es personalísima: significa que es inherente a la persona del tutor ya que es intransferible;

3) Es unipersonal o pluripersonal: la tutela será ejercida por una sola persona sin embargo podrá ejercerlas varias, cuando el testador o el Juez así lo dispongan en consideración a los intereses del pupilo

4) Temporal: ya que termina cuando los menores llegan a la mayoría de edad, por lo que también cuando los pupilos sean declarados incapaces judicialmente estarán sometidos a la tutela, ya que se prorroga automáticamente de pleno derecho hasta que dure la incapacidad.

5) Su origen esta en la Ley, su origen no deriva de la naturaleza ni de la voluntad de los padres, ya que se deriva por disposición de la ley.

6) Cargo Remunerado: La tutela da derecho a una retribución que se pagará anualmente y no bajara del cinco por ciento anual, ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

7) Control Estatal: El control de la tutela debe ser ejercido por un Juez, teniendo a su cargo la salvaguarda y vigilancia de los funcionarios tutelares.⁴⁵

Por su parte Julio J. López del Carril, señala como características de la tutela que es:

1) La función representativa: Dada por la Ley “el tutor es el representante jurídico legitimo del menor en todos los negocios civiles, gestiona y administra solo, todos los actos se ejecutan por el y en su nombre, sin concurso del menor y prescindiendo de su voluntad.

⁴⁵ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Ob. Cit. pp. 679-681

2) Potestad subsidiaria: La tutela es un poder sucedáneo, que entra solamente en función de la autoridad paterna o materna, salvo la tutela especial cuando median los conflictos de intereses entre padres y los hijos menores de edad, cuando los intereses de los incapaces en cualquier acto judicial o extrajudicial estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejaran estos de intervenir en tales actos.

3) Cargo personalísimo: Es decir que el cargo de la tutela es intransferible, la tutela es un cargo personal que no pasa a los herederos.

4) Es una carga pública, es decir in fine, en la cual nadie puede excusarse sin causa suficiente; La suficiencia de la causa queda sujeta a la apreciación judicial, que no puede ser muy severa, ya que por tratarse de una función establecida en interés del menor, no parece conveniente atribuírsela a quien manifiesta poco entusiasmo en su aceptación.⁴⁶

5) Desempeño unipersonal, la tutela es cumplida por una sola persona.

6) Control del Estado, la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Estado⁴⁷.

De acuerdo al con la definición consagrada en el Código Civil Chileno, Roberto Suárez Franco, presenta las siguientes características de las tutelas:

a) Son cargos de forzosa aceptación, porque quien fuere designado para ejercerlos no puede sustraerse voluntariamente de su obligación sin mediar justificación legal expresa, llámese esta incapacidad o excusa.

b) Han sido creadas a favor de los incapaces, en lo cual difieren del derecho romano, puesto que en este la institución de la guarda obedecía, en cierta manera, a conservar intacto el patrimonio familiar. Mientras

⁴⁶ Belluscio, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, 5ª edición actualizada, 4ª reimpresión, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993, pp. 355

⁴⁷ López del Carril, Julio J. Patria Potestad, Tutela y Curatela, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1993, pp. 166 y 167.

actualmente tiene como finalidad proteger los derechos de los incapaces, quienes al no estar en condiciones de administrar competentemente sus negocios, requieren los servicios de otra persona que lo haga en su nombre.

c) Tienen como objetivo específico administrar los negocios del pupilo, con lo cual el legislador ha querido fijar una especie de filosofía al guardador, quien debe emplear toda la diligencia y cuidado indispensables para conservar íntegro el patrimonio del pupilo y obtener los mejores rendimientos, procurando ante todo el bienestar del incapaz, en lo moral, intelectual y físico.

d) Son instituciones de tipo personal-patrimonial, por cuanto son cargos impuestos, en favor de ciertas personas, “que no pueden dirigirse a sí mismas o administrar competentemente sus negocios”.

e) Son instituciones de orden público porque, por la simple razón de la naturaleza imperativa de sus normas son además innegable influencia dentro del régimen familiar de la nación, y por consiguiente redundan en pro del orden social, aunque al decir Claro Solar, la guarda es una institución de derecho privado, organizada por la ley, entiende en vista de los intereses particulares y no del Estado.

f) La guarda general es incompatible con la patria potestad. Aunque expresamente no se hubiera consagrado en la ley, es obvio que el ejercicio de la patria potestad no sería compatible con el de la guarda general.

g) Son incompatibles dos guardas generales, puesto que no es permitida la designación de curador general a quien ya lo tiene.

h) La mujer casada dejó de ser incapaz por el hecho del matrimonio.⁴⁸

⁴⁸ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp.254-255

Para Luís Fernando Saura Martínez, en el derecho español vigente se destacan las siguientes líneas básicas que configuran la tutela:

a) Naturaleza pública de oficio. Esto es debido a que no es una materia que esté sometida a normas de carácter dispositivo o privadas. La existencia de un interés público viene determinada por la necesidad de actuar de oficio por las autoridades judiciales y el Ministerio Fiscal para la constitución de la tutela en todos los casos en que se den los presupuestos legales para ello.

b) Obligatoriedad de la función. Las funciones tutelares constituyen un deber y sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos.

c) Gratuidad de la función. En principio, el ejercicio de la tutela es gratuito. El tutor sólo tiene derecho a retribución cuando el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor de la rentabilidad de los bienes.

d) Generalidad del poder conferido al tutor. La tutela comprende el cuidado de la persona y bienes del tutelado; su sustento, protección, educación, representación, etc.; a diferencia de la curatela, que se establece para actos concretos y determinados que los emancipados, habilitados o pródigos no pueden realizar por sí solos.

e) Vigilancia y control de la autoridad parental. La tutela se ejerce bajo la vigilancia del Juez, que actúa de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado. El Juez podrá establecer en la resolución que constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado.

Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o incapacitado y del estado de la administración.⁴⁹

De acuerdo a Antonio de Ibarrola autor Mexicano la tutela es un poder protector, cuyo origen no esta en la naturaleza, sino en la Ley que la establece para suplir la incapacidad, ya sea de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad o de los incapacitados en general.

Algunos estudiosos consideran que los ancianos, aun cuando conserven plena lucidez, deben estar asistidos por un tutor que los aconseje y lo asista.

De Diego afirma que no es un cargo público, porque su misión es puramente privada: auxiliar al incapaz, defenderle en su persona y sus bienes. Pero sí está de acuerdo en que el cargo sí es de orden público o de interés general, como todas las leyes que se refieren al estado de la persona y protección de los incapaces; y por esto, ni disposiciones particulares, ni del poder judicial, pueden modificar las leyes de la tutela, el nombramiento del tutor, el ejercicio de sus deberes, garantías etc. Todo ello constituye un orden principal de derecho por encima de las voluntades. De aquí se deduce que: en cuanto oficio civil o mandato de la ley, es obligatorio (pero también admite excusas justificadas). **Establece pues dicho autor que las principales características de la tutela son:**

- a) Naturaleza Pública del oficio.
- b) Obligatoriedad de la función
- c) Gratuidad en el derecho español, no en el nuestro

⁴⁹ Saura Martínez, Luís Fernando, Ob.Cit. pp.45-46.

d) Generalidad del poder conferido al tutor, ya que la tutela, como se ha dicho, comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección en general, representación de los actos civiles y administración de los bienes, si bien habrá que tener en cuenta que por ser la tutela remedio de incapacidad, ésta determinara el contenido de aquella.

e) Indivisibilidad y unida del poder tutelar, ya que éste es atribuido a una sola persona, y no puede fraccionarse entre varios tutelares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor.⁵⁰

Para el autor Jorge Angarita Gómez, como el fin principal de las guardas es proteger a los incapaces, tanto en su persona como en sus bienes, deben caracterizarse por ser:

a) Institución familiar o social, por cuanto que, como sucedánea que es la de la otra institución conocida como patria potestad, cuando falte esta entrará a obrar aquella, es decir, la guarda.

b) De derecho y orden privados, por cuanto su régimen no depende de la autoridad pública, ya que esta interviene solo en casos excepcionales y de manera indirecta pero regida por normas de orden público.

c) Incompatibles con la patria potestad, porque solo cuando esta se extingue o se suspende, aparecen las guardas como supletorias que son de aquella.

d) Comprenden los bienes y la persona, como norma general, del sometido a la guarda, o sea, que abarcan derechos personales y derechos reales, salvo que se trate de curadores de bienes que son “ los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer”, o de curadores adjuntos que son los que “ se dan en ciertos casos a las personas que están bajo potestad de padre, o bajo

⁵⁰ De Ibarrola Antonio, Ob. Cit. pp. 475-476

tutela o curaduría en general, para que ejerzan una administración separada”.

e) Son cargos impuestos por la ley, por consiguiente, de forzosa aceptación como onerosos que son, por lo cual solo puede excusarse de servirlos quien este comprendido por una incapacidad o un motivo expresamente contemplado en la ley.

f) Las leyes que las regulan son de efecto general inmediato, pues los guardadores que ejerzan validamente el cargo conservaran el titulo que adquirieron antes, aunque una nueva ley exija para su adquisición nuevas consideraciones; pero el ejercicio de funciones, remuneración que corresponde al guardador, incapacidades excusas supervenientes, se regirán por la ley nueva⁵¹

Para el argentino Arturo R. Yungano, son inherentes a la tutela los siguientes rasgos esenciales:

a) Tiene carácter representativo, ya que el tutor es el que representante legitimo del menor en todos los actos civiles y los ejecuta en nombre de aquel, prescindiendo de la voluntad del pupilo.

b) Implica el ejercicio de una potestad subsidiaria, que funciona en caso de falta de padre, salvo la hipótesis particular de conflicto de intereses entre el padre y el hijo menor en que es necesario dar a éste un tutor especial.

c) Es personalísima, pues no pasa a los herederos los cuales solamente están obligados a los actos conservatorios.

d) La función del tutor es una carga pública, pues “nadie puede excusarse sin causa suficiente”.

⁵¹ Angarita Gómez, Jorge, Ob.Cit. pp.318-319.

e) Esta sometida a la inspección y vigilancia, del Ministerio de menores y por supuesto, del Juez, ya que en la institución esta interesado el orden público.

f) Es unipersonal, y esta prohibido a los padres nombrar dos o más tutores en forma conjunta y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos.⁵²

2.6. Presupuestos generales de la tutela.

En este punto cabe aclarar que en la mayoría de legislaciones se menciona a la tutela como una institución de guarda únicamente para los menores de edad, consignando la figura de la curatela para las personas mayores declaradas incapaces sin embargo, a fin de destacar los presupuestos de la tutela, deberá entenderse que lo descrito en los siguientes párrafos hace alusión a figura de la tutela incluyendo a los dos grupos de personas antes indicado en ese sentido, conviene analizarla conforme a los apartados siguientes:

2.6.1. Sujetos de las tutelas o guardas.

Cabe mencionar como dato principal, que para que se abra la tutela o guarda debe existir como requisito una persona que no este sujeta a autoridad parental y en segundo lugar que tenga una incapacidad natural o legal.

De acuerdo a Roberto Suárez Franco, la institución de las tutelas o guardas, supone la intervención de dos sujetos: uno activo, genéricamente

⁵² Blanc Nieto, Ernesto E. y otros, Ob. Cit. 799.

designado como el guardador, quien toma el nombre de tutor si la guarda se refiere a impúberes o de curador si la guarda se relaciona con menores adultos, disipadores o con mayores incapaces; y el sujeto pasivo o pupilo, que es el incapaz sometido a la guarda.

2.6.1.1. Sujeto activo.

El sujeto activo, en las guardas es el tutor: “quien ejerce la tutela”; es el encargado de administrar los bienes de los incapaces y de velar además por las personas de los menores no emancipados ni sujetos a patria potestad y de ciertos incapacitados”.⁵³

Para Angarita Gómez, tutor, es aquella persona que ejerce el cargo de la tutela⁵⁴.

De acuerdo a nuestro Código de Familia en su artículo 272 tutor o guardador son las personas que ejercen la tutela.

Para que una persona se tenga como **tutor debe reunir las siguientes características:**

a) Debe ser una personal natural. En el derecho chileno no es concebible el ejercicio de la guarda por personas jurídicas, aunque no existe precepto alguno que así lo establezca.

b) Debe ser mayor de edad. Significa que no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido la mayoría de edad.

c) El sexo es indiferente para la designación del guardador. Esto como consecuencia que anteriormente la mujer era considerada como incapaz para el ejercicio de las guardas, salvo las excepciones previstas en la ley,

⁵³ Cabanellas, Ob. Cit. tomo VIII. pp. 238

⁵⁴ Angarita Gómez, Jorge, Ob. Cit. pp. 317

hoy sin embargo, las mujeres pueden ser tutoras o guardadoras en los mismos casos que los hombres.

Jorge Angarita Gómez señala que los sujeto activo de las guardas, se llaman tutores o guardadores, es decir, serán los representantes legales de los incapaces emancipados y los encargados de la dirección, crianza y educación de los pupilos.

2.6.1.2. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es el incapaz sometido a la custodia del guardador. Se le denomina comúnmente pupilo.

La tutela cobija tanto a los incapaces absolutos como a los relativos. En consecuencia, serán sujetos pasivos de la guarda los dementes, los impúberes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los imbéciles, los idiotas, los locos furiosos, los menores adultos y los pródigos.⁵⁵

Por su parte Jorge Angarita Gómez señala que el sujeto pasivo, son los incapaces emancipados que, si son impúberes, están, sometidos a la tutela o la curaduría en general si son menores adultos no habilitados de edad, o pródigos o dementes puestos en interdicción judicial, o sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y se le denomina pupilos.⁵⁶

Anteriormente ya se ha mencionado **las causas y tipos de incapacidades** existentes que pueden permitir el otorgamiento de las tutelas, por lo que cabe mencionar dos notas importantes o **presupuestos básicos para ella:**

⁵⁵ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp.256-257.

⁵⁶ Angarita Gómez, Jorge, Ob.Cit. pp.319-320.

- 1) Imposibilidad de incapacitación sino mediante sentencia judicial que implica, necesariamente, la existencia de un proceso riguroso, solemne y con plenitud de garantías procesales;
- 2) La necesidad de concurrencia alguna de las causas establecidas por la ley.⁵⁷

2.6.2. Otros sujetos que intervienen en las diligencias de incapacidad y de nombramiento de tutor.

Cuando se habla de otros sujetos que intervienen en las diligencias de incapacidad y de nombramiento de tutor, se hace referencia más a organismos llamados unos al control de la tutela y otros al desempeño de la misma interviniendo alguno de ellos de manera eventual o circunstancial lo cual varía según el sistema de organización de la tutela en las diferentes legislaciones, así pues pueden mencionarse los siguientes:

2.6.2.1. El protutor.

Además del tutor, puede nombrarse un protutor, que es un órgano de fiscalización frente al tutor y de cuya aprobación en muchos casos dependen los negocios jurídicos. Debe nombrarse un protutor cuando la tutela implica la administración de un patrimonio, salvo si la administración es poca importancia o si la tutela se ejerce por varios tutores. Si los varios tutores no ejercen la tutela en común, cada uno de ellos puede ser nombrado protutor de otro.

La institución en derechos como el germánico, no es de carácter secundario ni eventual, sino de carácter muy principal, puesto que constituye uno de los elementos que integran el complejo organismo pupilar tal es así que no se puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que

⁵⁷ Saura Martínez, Luís Fernando, Ob. Cit. pp.27-28

haya sido nombrado el protutor, a quien dicho sea de paso, se le aplican todas las normas de capacidad, aptitud, llamamiento, elección, obligación de asumir el cargo y negativa a desempeñarlo, así como discernimiento tal como se aplican para el tutor.

Se mencionan entre las funciones del protutor las siguientes:

- 1) Intervenir en el inventario de los bienes del pupilo (siempre son menores para el caso de esta figura) y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar a ella.
- 2) Sustentar los derechos del pupilo, en juicio y fuera de él siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.
- 3) Llamar la atención del Consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial a la persona o a los intereses del pupilo.
- 4) Promover la reunión del Consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante o abandonada.
- 5) Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes.

El nombramiento de protutor corresponde al Consejo de familia, cuando no lo hayan nombrado quienes tienen derecho a elegir tutor; de lo que debe entenderse entonces, que el protutor ha de ser testamentario o dativo y nunca legítimo.

El protutor tiene que cuidar que el tutor cumpla los deberes de su cargo, y comunicar sin demora al tribunal correspondiente las infracciones del tutor, así como también toda circunstancia en que el tribunal de tutelas este llamado a invertir, especialmente la muerte del tutor u otros hechos en virtud del cual termine el cargo del tutor o se haga necesaria la exoneración del mismo.

Respecto a la responsabilidad del protutor por culpa es igual a la del tutor, para el ordenamiento jurídico alemán el ejercicio de la protutela es de rigor

gratuito al igual que la tutela⁵⁸; sin embargo tomando en cuenta que generalmente en las legislaciones de cada país se establece un porcentaje de las ganancias liquidas para remuneración del tutor justo sería en los países que existe la figura del protutor se tomara en consideración dicho porcentaje para que este fuera remunerado también.

2.6.2.2. Ministerio Público.

Es necesario mencionar, como otro sujeto que interviene dentro de las diligencias de incapacidad y de nombramiento de tutor al Ministerio Público representado en nuestro país por medio de la Procuraduría General de la República y Ministerio Fiscal o defensores judiciales para algunos países, quien puede intervenir dentro de las diligencias, ya se como :

- a) Defensor del presunto incapaz
- b) Como promotor del procedimiento
- c) Intervención necesaria en todo proceso de incapacitación, quien no hay sido el promotor ni defensor del incapaz.⁵⁹

En nuestro país La Procuraduría General de La República, es la Institución que forma parte del Ministerio Público, de carácter permanente e independiente, con personalidad jurídica y autonomía administrativa, tiene por objeto desarrollar las atribuciones que la Constitución confiere al Procurador General de la República, para el cumplimiento de aquellas, así como las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador en materia de su competencia; Corresponde a la Procuraduría General de la República, velar por la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores, incapaces y adultos mayores; conceder asistencia legal y atención psicosocial de carácter preventivo;

⁵⁸ Enneccerus, Ludwing, Theodor Kipp y Martín Wolf, Ob. Cit. 307-309,383-384.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 31.

representar judicial y extrajudicialmente a las personas en defensa de la libertad individual y de los derechos laborales; representar judicial y extrajudicialmente a las personas, especialmente de escasos recursos económicos, en materias de Familia y de derechos reales y personales.

Esta interviene en la atención de la problemática como es la desintegración familiar, la irresponsabilidad paterna, la situación de abandono de los menores, o personas incapaces.⁶⁰

2.6.2.3. Tribunales de Familia.

Cabe señalar que el Derecho de Familia es la parte o rama del derecho social relativa a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad; se busca garantizar el bienestar de la personas y de los menores, razón por la cual en las legislaciones de cada país se han establecido los organismos legales para garantizar el funcionamiento de este institución siendo conocidas estas como: Tribunales de tutelas, Consejos de familia, e incluso en algunos lugares se habla de consejos locales de tutelas, estos últimos dicho sea de paso no ejercen función jurisdiccional sino que únicamente colaboran los jueces a fin de mantener un vigilancia los tutores nombrados.

En nuestra legislación son únicamente los tribunales de familia quienes por medio de los Jueces de familia deciden acerca de las cuestiones más importantes concernientes a la persona y los bienes del tutelado así como su respectivo control y adoptar las medidas necesarias para la defensa de los intereses del tutelado.

⁶⁰ Decreto legislativo número 212, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, 2000.

2.7. Tipos de tutela.

A nivel nacional y en la Legislación Internacional se distinguen diversos tipos de tutela, que difieren según los alcances que el vínculo entre las partes posee. Esta puede ser testamentaria, legítima o dativa.

2.7.1. Tutela testamentaria.

Según el Manual de derecho de Familia tutela testamentaria es: La que se constituye en el testamento por las personas autorizadas por ley. Entendiéndose por testamento “La declaración con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días”. (Art. 996 C.C.)⁶¹

El tratadista Eduardo A. Zannoni, en su obra Derecho de Familia define a la tutela testamentaria como: es aquella dada por los padres designando el tutor en el testamento de estos; las cuales puede hacerse en cualquiera de las formas autorizadas para testar.⁶²

Según Busso, autor citado por Eduardo A. Zannoni “es menester que se halla producido el fallecimiento del otro progenitor pues la tutela solo se abre por muerte de ambos padres. Al momento de morir el primero de ellos, los hijos quedan bajo la patria potestad del sobreviviente”.

La designación del tutor hecha por el padre o la madre en su testamento debe ser confirmada judicialmente, e implica que el nombramiento no

⁶¹ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Ob. Cit. pp. 682.

⁶² Zannoni, Eduardo A, Derecho Civil, Derecho de Familia Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L. Buenos Aires Argentina 1978 pp. 815, 819

habilita de pleno derecho al designado de hacerse cargo de sus funciones propias⁶³.

Para Maria Josefa Méndez Castro y Daniel Hugo D' Antonio en su Manual de Derecho de Familia en el tomo III, consideran la tutela testamentaria como: La prolongación de los derechos inherentes a la patria potestad más haya de la muerte. Aparece si esta tutela como una prerrogativa directamente ensamblada en la patria potestad ya que es una manifestación de voluntad paterna de indudable contenido previsor y protección al que responde a la finalidades propias de la institución.⁶⁴

Según el Julio J. López de Carril la tutela testamentaria es: Aquella dada por los padres para que tenga efectos después de su fallecimiento⁶⁵

En el diccionario de Cabanellas tutela testamentaria es: La discernida de acuerdo con el nombramiento que el padre o la madre hacen en su testamento y que puede recaer sobre cualquiera persona con capacidad de obrar y que no esta excluida por ley.⁶⁶

Borgonovo señala como tutela testamentaria "aquella dada por los padres mediante testamento o por escritura pública⁶⁷.

Para el caso Roberto Suárez Franco, señala que las tutelas testamentarias son aquellas en las cuales se puede nombrar tutor por medio de testamento al nasciturus, para el caso que nazca vivo, o para la criatura ya

⁶³ Zannoni, Eduardo A., Ob. Cit. pp. 816, 821

⁶⁴ Méndez Costa Maria Josefa y otro, Derecho de Familia tomo III, Rubinzal-Culzoni, editores Argentina 1991 pp. 258.

⁶⁵ López del Carril Julio J., Ob. Cit. pp. 171.

⁶⁶ Cabanellas Ob. Cit. tomo VIII pp. 238

⁶⁷ Borgonovo y otros, Ob. Cit. pp. 165

nacida; este derecho ha de entenderse, como ya se explico, extendido a la madre.⁶⁸

2.7.2. Tutela legitima.

En cuanto al tema de tutela legitima, para Sara Montero Duhalt es: La que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad, a cargo de las personas señaladas directamente en la ley.⁶⁹

Tutela legitima según el tratadista Eduardo A. Zannoni es: Aquella que se otorga a falta de nombramiento de tutor por los padres en su testamento o por escritura publica o si el nombramiento no fuera confirmado judicialmente o por cualquier causa cesase como tal en lo sucesivo la ley establece quienes están llamados a ejercer la tutela. Se tiene en cuenta los vínculos de familia que son los que habitualmente, aconsejan a hacer prevalecer a un familiar allegado al menor, a un extraño.

No obstante el orden establecido por la ley, el juez podrá discernir la tutela a quien de los llamados en distinto orden a su ejercicio, juzgue que es el más idóneo. Se alude como criterio de idoneidad, las razones de índole patrimonial o de buena reputación. Pero no son las únicas⁷⁰.

Según Julio J. López de Carril la tutela legitima: Ha preferido el término "Legal", por que el término "Legitima", es empleado en el derecho sucesorio y señala que esta tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a

⁶⁸ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp.262-263.

⁶⁹ Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A, México 1984 pp. 371

⁷⁰ Zannoni, Eduardo A., Ob. Cit. pp. 823, 824

sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, “o dejan de ser tutores”⁷¹.

De acuerdo a Suárez Franco, tutela legítima es aquella conferida directamente por la ley, al cónyuge o los parientes del pupilo cuando falta o expira la testamentaria; esto es, cuando no existe designación hecha por el testador o no ha surtido sus efectos por muerte incapacidad o excusa del guardador nombrado antes de ejercer el cargo. Para este autor de acuerdo a su ordenamiento jurídico, también tiene cabida esta tutela cuando expira la testamentaria por advenimiento de la condición, cumplimiento del plazo, muerte, incapacidad o excusa de quien ejercía el cargo. Siendo dos sus características: se confiere al cónyuge o pariente del pupilo y solo es posible proveerla cuando falta o expira la testamentaria.⁷²

Para Maria Josefa Méndez Castro en libro de Derecho de Familia, Tomo III la tutela legítima: Es denominada también al igual que el autor anterior como tutela legal la cual tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela.⁷³

Según Anita Calderón de Buitrago y otros profesionales del Derecho, manifiestan que la tutela legítima: Es la que corresponde a aquellas personas que por su próximo parentesco deben responder al nombramiento y ejercer el cargo. En esta tutela obviamente se tienen en cuenta los vínculos de familia que son los que habitualmente suponen cariño y afecto por lo que prevalecen y deben ser preferidos a un extraño. A falta de tutela testamentaria tiene lugar la legítima (artículo 87 de Código de Familia). El

⁷¹ López del Carril Julio J., Ob. Cit. pp. 173, 174

⁷² Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp.266-267

⁷³ Méndez Costa Maria Josefa y otro Ob. Cit. pp. 259

código de familia distingue entre tutela legítima de menores de edad y de mayores de edad incapaces⁷⁴.

Cabanellas señala que la tutela legítima es: “La que se difiere según el orden indicado en la ley, a falta de la tutela testamentaria por inexistente o ineficaz.”⁷⁵

2.7.3. Tutela dativa.

Como un tercer y último tipo de tutela tenemos a la dativa: Que para Zannoni es: La que se otorga para el caso de que los padres no hubiesen designado tutor para sus hijos y no hubiera parientes llamados a ejercerla o estos no fuesen idóneos, a juicio del juez la designación del tutor debe ser realizada directamente por él.⁷⁶

De acuerdo a Borgono la tutela dativa es aquella dada por el Juez.⁷⁷

Suárez Franco define la tutela dativa como la conferida por el Juez a falta de la guarda testamentaria y de la legítima. Deriva su nombre de dativa por que el Juez la da con entera libertad, pero teniendo en mente la defensa de los intereses del menor. La guarda dativa proviene pues, de la falta testamentaria y de la no existencia de un cónyuge o de los demás parientes señalados por la ley para el ejercicio de la misma; esta falta puede tener su origen cuando tales parientes son incapaces, o se han excusado para el ejercicio de la guarda o han sido removidos o no existen.⁷⁸

⁷⁴ Calderón de Buitrago, Anita y otros Ob. Cit. pp. 684

⁷⁵ Cabanellas Ob Cit. tomo VIII pp. 237

⁷⁶ Zannoni, Eduardo A., Ob. Cit. pp. 827, 828

⁷⁷ Borgonovo y otros, Ob. Cit. pp. 165-167

⁷⁸ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp.270.

Para Cabanellas la tutela dativa es: “La discernida por designación judicial o del Consejo de familia, y no por disposición testamentaria ni por ministerio de Ley; con lo cual se diferencia tanto de la tutela testamentaria como de la tutela legítima. Constituye el recurso final cuando los ascendientes no nombran tutor a sus hijos y si las previsiones legales no hallan cercanos parientes para concretarse, o estos son incapaces o se excusan con causa.”⁷⁹

Según Anita Calderón de Buitrago y otros profesionales del Derecho, manifiestan que la tutela dativa: Es aquella subsidiaria de la testamentaria y de la legítima, es decir, solo podrá designarse el tutor dativo cuando por excusa, inidoneidad o remoción del tutor legítimo o testamentario no hubiere algún otro pariente que pueda ejercer la tutela.⁸⁰

Respecto a las tutelas Augusto Cesar Belluscio habla de categorías de tutela y señala que este puede ser general o especial y la dativa.

La primera de ellas es decir la general se da por “los padres, por la ley o por el Juez”. En el primer caso se trata de la tutela que la generalidad de la doctrina denomina testamentaria, pero el Código argentino llama “tutela dada por lo padres”, con mayor propiedad, puesto no necesariamente los padres deben designar tutor por testamento sino que también pueden hacerlo por escritura pública; en el segundo caso, se denomina tutela legítima o legal y tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de serlo y finalmente el tercero la tutela dativa, en la cual la designación del tutor queda al arbitrio judicial, con las limitaciones de ley.⁸¹

⁷⁹ Cabanellas, Ob. Cit. tomo VIII, pp. 235

⁸⁰ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Ob. Cit. pp. 287

⁸¹ Belluscio, Augusto Cesar, Ob. Cit. pp. 360- 362.

Ahora bien la *otra categoría de tutela es decir la especial*, a diferencia de la general, que otorga el gobierno de la persona y de los bienes del menor, sólo se refiere a bienes determinados o asuntos judiciales, nunca a poderes sobre la persona del menor, ya que para los incapaces mayores de edad la terminología legal ocupada es la de curadores especiales. Coexiste con la patria potestad o la tutela general y esta limitada a asuntos determinados.

La tutela especial corresponde en los siguientes casos:

- 1) Por oposición de intereses. Es decir “cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes...”
- 2) Por privación de la administración de padre o tutores. “Es decir cuando el padre o la madre perdiere la administración de los bienes de los hijos”...
- 3) Por dificultad en la administración por el tutor. Por tal motivo corresponde también designar tutores especiales “cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción de Juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor” y cuando hubiesen negocios, o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta”.
- 4) Para representar al menor en pleito contra terceros. Es decir en juicio civil contra tercero con licencia judicial, en los casos en que es necesaria la de los padres, y esta le es negada.⁸²

2.8. Capacidad, causas de inhabilitación, excusas y remoción de tutores, en la tutela.

⁸² *Ibíd.*, pp. 363-364.

2.8.1. De la capacidad.

Respecto a la capacidad de ser tutores la regla general es que toda persona mayor de edad y capaz, es decir, que tenga libre administración y disposición de sus bienes, así como las condiciones de moralidad y rectitud.

2.8.2. Causas de inhabilitación.

Siendo como exigencias mínimas para poder ser guardador encontramos las siguientes:

- 1) Por el estado mental u orgánico, no pueden ser guardadores los ciegos, los mudos, los dementes, aunque estén bajo interdicción, ni los disipadores en interdicción.
- 2) Por el estado moral o social, tampoco lo podrán ser los fallidos o quebrados; mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, los de notoria mala conducta, los condenados a una pena privativa de libertad superior a un año, los padres privados de la patria potestad, los removidos de guarda anterior por torcida o descuidada administración.
- 3) Por el domicilio, el que debe tenerse dentro del territorio nacional.
- 4) Por grado de instrucción, es decir, los que no saben leer ni escribir, con excepción del padre o de la madre llamados a ejercer la guarda legítima o testamentaria de sus hijos legítimos o naturales, tampoco pueden ser guardadores.
- 5) Por razón de la edad, “no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido la mayoría de edad.
- 6) Por relaciones de familia, o sea que ni el padrastro ni el hijo pueden ser guardadores del entenado o hijastro, o del padre disipador, respectivamente.
- 7) Por intereses opuestos, o sea, que quien tenga derechos encontrados con una persona no puede ser su guardador, como en el caso de disputa

del estado civil, ser deudor y acreedor recíprocos, salvo que sea el cónyuge o un ascendente o descendiente del pupilo o que hayan sido designados guardadores por testamento.

8) Por el estado religioso, pues “los que profesan diversa religión de aquella en que debe ser o ha sido educado el pupilo, no pueden ser tutores o curadores de este, excepto en el caso de ser aceptados por los ascendentes, y a falta de estos por los consanguíneos más próximos”.

Augusto Cesar Belluscio menciona como incapacidades para desempeñar el cargo de tutor las siguientes:

1) Por razones de incapacidad. Por razones de incapacidad de orden general no pueden ser tutores:

a) Los menores de edad. Debido a que sería dudoso que quienes no tengan capacidad plena sean a su vez presentantes legales de otros incapaces.

b) Los privados de razón. Refiriéndose a los declarados dementes judicialmente, y en todo caso, la denuncia de demencia debe suspender el nombramiento.

c) Los ciegos y mudos. En este caso, si bien no se trata de incapaces, se ha considerado que sus limitaciones hacen que no debe desempeñar una función tan delicada.

2) Por razones de buena administración. Por este tipo de motivo son incapaces de ser tutores:

a) Los que no tiene domicilio en la república y los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, por un cargo o comisión fuera del territorio de la República. En ambos casos, el alejamiento del país del tutor

dificultaría tanto el cumplimiento de sus funciones como el control estatal sobre la tutela.

b) Los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores. Si bien es la quiebra no implica incapacidad de ejercicio, de funciones civiles, no resulta aconsejable asignar un cargo que atribuye la administración de los bienes del menor o incapaz a quien ha demostrado falta de aptitud en el correcto manejo de los suyos.

c) Los individuos del ejército y de la Marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisionarios, médicos y cirujanos y los que hubiesen hecho profesión religiosa. En estos casos, la sumisión a una rígida disciplina y a la autoridad de los superiores, así como la consagración total a la función, han hecho considerar que no existe la independencia necesaria para ejercer un cargo de este tipo.

3) Por oposición de intereses. Se considera que la oposición de intereses entre el menor y el que podría ser su tutor hace aconsejable apartar a éste de la tutela. Un supuesto de esto sería los deudores o acreedores del menor o incapaz por cantidades considerables.

4) Por razones de orden moral. Este tipo de razones hace que se considere incapaces de ser tutores a los que hubieran sido privados de la autoridad parental, el que no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido, o sea de notoriamente de mala conducta etc.

5) Por omisión de deberes legales. Esto es para aquellas legislaciones en las cuales la ley exige a los parientes del menor o incapaz el poner del conocimiento antes las autoridades correspondientes, para que se nombre

un tutor al quien no lo posee, encontrándose en las circunstancias propias para ello.⁸³

2.8.3. Excusas.

Al tratar esta materia, conviene sentar como principio, que por regla general, en el Derecho moderno, los cargos tutelares son obligatorios, a menos que haya personas hábiles llamadas preferentemente por ordenación testamentaria o por la ley, al ejercicio de la función.

En razón de esta obligatoriedad, tiene gran importancia los motivos que los llamados a desempeñar los referidos cargos tutelares puedan alegar para eximirse de los mismos.⁸⁴

La excusa implica un inconveniente lo suficientemente grave, que faculta a quien ha sido designado como guardador para sustraerse el ejercicio de la guarda. Es facultativo del titular del derecho de hacer valer o no ese derecho.

Roberto Suárez Franco enumera las siguientes causales que pueden servir como excusas:

1)El Ejercicio de cargos públicos: La razón de ser de esta causal, es doble: se perjudica el servicio publico cuando se atienden diversas obligaciones de tipo particular que exigen diligencia y cuidado que el mismo legislador establece, y se perjudica el pupilo porque la atención de la función pública o servicio público no permite disponer del tiempo suficiente para el desempeño de las funciones propias de la guarda, lo cual va en detrimento de los intereses del pupilo.

⁸³ Belluscio, Augusto Cesar, Ob. Cit. 356-358.

⁸⁴ Fernández Clérigo, Luis, El derecho de Familia, en la legislación comparada, Unión Tipográfica Editorial Hispano- Americana, México, 1974, pp. 393.

2) Los que tengan el domicilio a considerable distancia de territorio en donde ha de ejercerse la guarda. La distancia considerable crea dificultades; el guardador, tendría que valerse de representantes o apoderados, no podría cumplir a cabalidad su misión, lo cual podría ocasionar perjuicio a la buena marcha de su gestión.

De todas maneras, la excusa exige dos elementos: diversidad de dominio del guardador y del pupilo, y considerable distancia entre ambos domicilios. Será en últimas el Juez quien determine o fije en cada caso lo que se entiende por considerable distancia.

3) Los que adolecen de grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta y cinco años. Esta causal tiene su origen en la edad avanzada o en una enfermedad habitual; en cuanto a la edad, la fija usualmente la ley. La edad por sí misma no debería ser causal de excusa, sino cuando ella implique disminución de las capacidades intelectivas y volutivas.

La enfermedad debe ser de tal naturaleza que entrañe un estado continuo de anormalidad que le impida al guardador cumplir a cabalidad la gestión que se le encomendó.

4) Los padres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario.

Esta causal no se le acomoda a la situación real de nuestra sociedad actual, porque la casi totalidad de los habitantes de los países con acceso al trabajo son de dedicación completa. La causal, como está concebida, refleja una época superada en que el trabajo estaba reservado muchos y unos pocos eran los usufructuarios del beneficio económico. Será el Juez quien en últimas decida si quien se excusa realmente impedido de atender a la guarda por razones de ocupación.

5) El ejercicio de dos guardas.

Esta obedece más a causas de tipo cualitativo que cuantitativo, hay casos en los cuales el ejercicio de una guarda puede ser mas dispensoso, debido a la naturaleza, cuantía y complejidad en los negocios. Por el contrario, hay

casos en que la facilidad y simplicidad de la gestión permite al guardador atender más de dos guardas; sin embargo, según la redacción de la norma, quien se excusa amparándose en esta causal tendrá que probar que se halla ejerciendo dos guardas.

6) Los que tiene bajo su patria potestad cinco o más hijos. En esta causal considera que el ejercicio de la patria potestad, en tales condiciones inhibe su titular para ejercer una guarda eficiente. Sin embargo esa causal no puede alegarse como excusa para ejercer la tutela de un hijo.

7) El ejercicio de la guarda por diez o más años continuos.⁸⁵ Se considera que el tutor que haya ejercido por este tiempo la tutela podrá excusarse de seguir ejerciendo ese cargo. Pero no podrá alegar esta excusa nadie más que el tutor mismo.

De acuerdo a Luís Fernando Saura Martínez, solo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos en la ley, ellos significa que el cargo de tutor y las funciones inherentes al mismo, no pueden dejar de ejercerse por la voluntad unilateral infundada del obligado.⁸⁶

Para Luis Claro Solar, son excusas, las causas o motivos que puede invocar un tutor nombrado, para que se le liberte de desempeñar la tutela.⁸⁷ Expresa el referido autor, que en el sistema seguido de acuerdo con la legislación de las partidas y el derecho romano, de hacer de la tutela y curaduría cargos obligatorios, para los llamados a desempeñarlas, las excusas son las únicas razones que pueden alegar el que no quiera o desee servirlos. Por consiguiente, solo pueden excusarse las personas que

⁸⁵ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 354-355

⁸⁶ Saura Martínez Luís Fernando, Ob. Cit. pp. 72.

⁸⁷ Claro Solar Luís, Ob. Cit., pp. 281.

la ley enumera o las que se hallen en los casos que ella contempla siempre que concurren todas las circunstancias que determina.⁸⁸

La tutela no es renunciable por gravosas que sean, y por muchas que sean las molestias que su desempeño pueda ocasionar al tutor. Si los negocios que constituyen el giro de patrimonio del pupilo o lo pupilos, fueran excesivamente complicados y el tutor no pudiera atenderlos debidamente por su insuficiencia, no teniendo excusa que alegar, lo único que podría hacer sería pedir al Juez que se le agregue un tutor, para que lo ayude en la administración o para confiarle la administración en la forma que el Juez determine.⁸⁹

Las excusas miran directamente al interés del guardador al permitirle libertarse de servir un cargo que puede ser para él demasiado pesado; pero consultan al mismo tiempo el interés del pupilo, porque si el guardador no pudiera excusarse en los casos que constituyen una causa legítima de excusa, desempeñaría mal las funciones de la guarda y dejaría de desear la administración de los bienes del pupilo.

La clasificación que se hacía de las excusas en el antiguo derecho era en perpetuas o temporales, completas o parciales, generales o particulares y en excusas para entrar a ejercer el cargo o para continuarlo.

Se decía perpetua, la causa o excusa que permitía a la persona que podía invocarla dispensarse para siempre de ejercer las funciones de tutor o de curador que se le deferían; y al contrario, era temporal, la que solo duraba cierto tiempo, como la ausencia, la enfermedad.

⁸⁸ *Ibíd*em pp. 281.

⁸⁹ *Ibíd*em, pp. 281-282.

Se llamaba completa, cuando la persona era dispensada absolutamente de desempeñar las funciones de tutor o de curador; parcial, cuando la dispensa aplicaba solamente a una parte de la administración.

Era general, la excusa de que cualquier tutor o curador podía prevalerse para no desempeñar el cargo; particular, la que sólo podían alegar determinados tutores o curadores.

Se denominaba suscipienda tutela vel cura, aquellas que únicamente servían para no entrar a la administración de la tutela; pero que no podían invocarse una vez iniciada la administración; etiam a suscepta tutela vel cura, las que permitían a la vez excusarse de una tutela o curaduría ya comenzada a ejercerse.⁹⁰

Cabe mencionar, que a diferencia de la incapacidad que obra ipso jure, produciendo la inhabilidad del tutor, la excusa no produce efecto alguno, si no es alegada por el que quiera aprovecharse de ella, usando el derecho que la ley le otorga de no aceptar la guarda o de no continuar en ella en virtud de la causa legal que la establece.⁹¹

Theodor Kipp y Martín Wolff, en su tratado de derecho civil, señalan, que el asumir una tutela es un deber jurídico que incumbe a todos los alemanes, sin embargo la obligación esta excluida si el elegido es incapaz o inepto, o el propio elegido señala su impedimento. El derecho a rechazar la tutela, equivale a una excepción, frente a una pretensión: la obligación de asumir la tutela no queda excluida, pero el que tiene derecho a negarse a ella puede sustraerse a la misma invocándola causa de la negativa.⁹²

⁹⁰ Ibídem, pp. 281-283.

⁹¹ Ibídem pp. 283

⁹² Enneccerus, Ludwing, Theodor Kipp y Martín Wolf, Ob. Cit. pp. 296-297.

Ahora bien cabe señalar que las excusas para ejercer el cargo de tutor, serán diferentes de acuerdo a la legislación de cada país en los que como se ha dicho antes, muchas veces aun se ve la figura jurídica de la tutela y curaduría como sinónimos solo que la primera aplicable a los menores y la segunda a las personas adultas.

2.8.3.1. No son motivo de excusa.

No se exonera al guardador del ejercicio de la función si el motivo que presenta como excusa es la carencia de fiador que garanticen su gestión y si además quien alega la excusa carece de bienes raíces.

La norma, explicable en épocas pasadas cuando las garantías comúnmente aceptables eran sobre los bienes raíces, no lo es hoy, debido a la importancia que han adquirido ciertos muebles, específicamente valores, y los medios que existen no parecen razonables ni suficientes para exonerar la prenda de bienes muebles como garantía.

A pesar de esto, la norma es bastante drástica para excluir de la guarda a quien, designado como tutor, no logre obtener la garantía y que además solo sea propietario de bienes muebles.

Por el contrario, si el tutor designado no logra la fianza, pero es propietario de bienes inmuebles, debe constituir hipoteca hasta la cantidad suficiente para responder de su administración.⁹³

Naturalmente, si el guardador, que no halla fiadores no tiene tampoco bienes raíces que dar en garantía no podrá obtener el discernimiento del cargo; no podrá ser guardador; como el pupilo no puede quedar sin éste

⁹³ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 354-355.

será necesario designar a otro; pero no será ellos por excusa de aquél, sino por falta de cumplimiento de una formalidad exigida por la ley.⁹⁴

El otorgamiento de la hipoteca no parece ser el medio más idóneo para solucionar este caso, por varias razones, y entre ellas, que el guardador se va a resistir a otorgarla, no tanto por la constitución de la misma, sino por la dificultad de su futura cancelación.⁹⁵

2.8.3.2. Plazos para alegar las excusas.

El guardador designado que quiera excusarse del ejercicio del cargo deberá hacerlo al tiempo de diferirse la guarda; serán igualmente admitidas las excusas si durante la gestión del guardador aquellas sobrevienen una vez que la guarda ha sido discernida.⁹⁶

El tutor que tenga varias causas de excusas, puede, si una no le es admitida alegar otra; siempre que no haya transcurrido el plazo que la ley le conceda para hacer valer las excusas. La ley se limita a decir que las excusas para no aceptar la guarda que se difiere deben alegarse dentro de los plazos que señala; pero no ha ordenado que se aleguen todas al mismo tiempo; y por consiguiente no habría ley alguna para impedir al que alego una excusa que se le rechaza, el hacer valer otra si la tiene.⁹⁷

Se desprende también que si la excusa existente en el momento en que el tutor o curador nombrado es llamado al desempeño del cargo, no es alegada por el tutor o curador se entiende por renunciada y no puede ya ser alegada durante el ejercicio de la guarda, porque la ley establece en muchos casos que serán admisibles si durante ella sobrevienen, lo que

⁹⁴ Claro Solar Luis, Ob. Cit. pp. 302.

⁹⁵ Suarez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 354-355.

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 356.

⁹⁷ Claro Solar Luis, Ob. Cit. pp. 305

excluye la admisibilidad de las que ya existían al tiempo en que la guarda fue diferida.⁹⁸

Luís Fernando Saura Martínez, señala dos supuestos que se contemplan en orden para la alegación de las excusas por parte de las persona físicas. Al primero se refiere estableciendo el término de quince días para manifestación por el tutor de la excusa, a contar desde que tuviera noticia de su nombramiento. El segundo permite la alegación de la excusa en cualquier momento, cuando concurren los requisitos siguientes: a) Que sobrevenga al tutor, durante el desempeño del cargo, cualquiera de los motivos expresados en la ley; b) Que exista persona de parecidas circunstancias para sustituirlo.⁹⁹

En cuanto a las excusas sobrevivientes, no ha fijado plazo alguno para hacerlas valer. El guardador se halla en el ejercicio de su cargo; y la dilación en alegar la excusa desde que sobreviene, cualquiera que sea el tiempo que transcurra durante el cual el tutor se ha abstenido de invocarla para poner término a sus funciones, no causa perjuicio alguno al pupilo.¹⁰⁰

2.8.4. Remoción de tutores.

La remoción consiste en la separación del tutor del cargo que ocupa; implica un decreto judicial que lo priva del ejercicio de la guarda, mediante el trámite propio del proceso verbal.¹⁰¹

De acuerdo a Luís Claro Solar, la remoción es la destitución o exclusión del tutor del cargo que desempeña, efectuada por sentencia judicial en

⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 287.

⁹⁹ Saura Martínez Luís Fernando, *Ob. Cit.* pp. 73.

¹⁰⁰ Claro Solar Luís, *Ob. Cit.* pp. 309-310.

¹⁰¹ Suárez Franco, Roberto, *Ob. Cit.* pp. 364.

virtud de causa determinada por la ley. La misma se asemeja a la incapacidad, en cuanto aparta al tutor de la tutela; pero la remoción, supone que el tutor ha entrado a ejercer el cargo y se hace inhábil o indigno de seguir desempeñándolo, mientras que la incapacidad impide necesariamente la admisión del tutor a su desempeño.¹⁰²

Remoción es tanto como la deposición o separación, mediando causa legal, del tutor designado anteriormente.¹⁰³

2.8.4.1. Características de la remoción de tutores.¹⁰⁴

La remoción se distingue por las siguientes características:

- a) Procede por causas legales
- b) Debe ser objeto de un decreto judicial, como culminación de un proceso en el que se debatirá fundamentalmente la prueba de los hechos que preconstituyen la causa originaria de la remoción.
- c) Es competente para conocer de remoción el Juez de familia
- d) Solo puede intentarse por la parte interesada, entendiéndose esta como la persona facultada por la ley para iniciar el respectivo proceso.
- e) Necesariamente el Juez debe oír a los parientes del pupilo con el fin de formarse un criterio sobre la procedencia de la remoción.

2.8.4.2. Causales de remoción.

Los motivos en los cuales se funda la remoción, tienen lugar generalmente por causas que afectan al honor o a la reputación del tutor, falta de integridad, inmoralidad, desorden en la administración, falta de inteligencia que, aunque en sí no sea deshonrosa, es causa de desconsideración, y en todo caso, destitución de un tutor es deshonrosa para su persona; mientras

¹⁰² Claro Solar Luís, Ob. Cit. pp. 353

¹⁰³ Saura Martínez Luís Fernando, Ob. Cit. pp. 69

¹⁰⁴ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 365.

que la incapacidad proviene de la falta de una cualidad o calidad que no afecta en general el honor, integridad o inteligencia de tutor y la que se funda en causas que afectan su moralidad o corrección de procedimientos, es una consecuencia natural de la falta y existente que ha producido el deshonor o desconsideración del individuo.¹⁰⁵

Las causas de remoción son generales por su naturaleza y se aplican, por lo tanto, a toda clase de guarda, testamentaria, legítima o dativa, y a toda clase de guardadores, incluso el padre o madre o el cónyuge del pupilo. La remoción no puede decretarse sino por causa prevista en la ley; pero existiendo una de las causas legales que autorizan tan grave medida, la remoción debe decretarse.¹⁰⁶

Según señala Saura Martínez, serán removidos de la tutela los que después de diferida incurran en causa legal de inhabilidad o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio. Serían de acuerdo a dicho autor como presupuestos para que se de la remoción:

- a) Que después de diferida la tutela incurra el tutor en causa que aconseje el Juez su remoción;
- b) Que tales causas pueden ser las que inhabilitan para el ejercicio de la tutela y además, la de que el tutor se conduzca mal en el ejercicio del cargo de la tutela;
- c) Que esta defectuosa condición en el ejercicio del cargo puede provenir tanto si incumple los deberes inherentes al mismo, como si existe notoria ineptitud para su ejercicio.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Claro Solar Luís, Ob. Cit. pp. 353

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 354

¹⁰⁷ Saura Martínez Luís Fernando, Ob. Cit. pp. 70

A continuación, se examinarán algunas de las diversas causas señaladas para la remoción:

1) Por incapacidad, La incapacidad a que se refiere esta causal no es otra que la específica para los guardadores o la de ejercicio común a toda persona; es obvio que si el guardador está imposibilitado para administrar sus bienes y obligarse, con mayor razón lo estará para administrar los bienes del pupilo. La incapacidad puede ser originaria o sobreviniente; en el primer caso, el guardador no debe entrar a ejercer la guarda, pero si es diferida, los actos que ejecute adolecerán de nulidad.

2) Por fraude o culpa grave en el ejercicio del cargo, distingue la ley en la administración de la ineptitud, la culpa y el fraude. La culpa es la falta de cuidado imputable al que debe de emplearlo en la administración; y el tutor que está obligado desempeñar su cargo como buen padre de familia, debe hacerlo con el cuidado ordinario cuya omisión importa culpa leve, es decir la falta de aquella diligencia que los hombres cuidadosos acostumbran emplear en sus negocios. La culpa se llama lata o grave, cuando se omite aún aquel cuidado que las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios, o como decía la ley romana, el no prever ni prevenir lo que todos aquellos dotados de sentido común previenen y conocen que deben cuidar.

El fraude o el dolo es la voluntad positiva de lucrar perjudicando al pupilo. En derecho civil, la culpa lata está equiparada al dolo, porque no se cree posible que no haya habido intención positiva de dañar cuando no se ha empleado siquiera el cuidado insignificante que de una persona negligente y de poca prudencia emplea en sus negocios propios. Obligado a desempeñar su cargo como un buen padre de familia, el tutor es responsable del dolo o fraude, de la culpa lata y de la culpa leve y por consiguiente, no administra con fidelidad, correspondiendo a la confianza

depositada en él, el tutor incurre en estas faltas y da justificado motivo de remoción, ya que lejos de ser el protector que se ha querido dar en él al pupilo, aprovecha de su cargo precisamente para perjudicarlo y defraudarlo causándole no solo un mal material en su patrimonio sino un mal moral.¹⁰⁸

3) Negligencia del tutor en proceder al inventario.

Todo tutor, por regla general, está obligado a hacer inventario solemne de los bienes que está llamado a administrar, a fin de que haya constancia autentica del patrimonio que se le confía y del estado en que lo recibe. Este inventario debe servir de base a las cuentas que tiene el guardador que rendir a la expiración de su cargo. Por consiguiente, la falta de inventario o la infidelidad de su contenido pueden ser gravemente perjudiciales al pupilo. La falta de cumplimiento de estas obligaciones denota en concepto de la ley o un fraude del guardador, o una culpa grave, puesto que si el inventario está destinado a asegurar los bienes del pupilo sirve al mismo tiempo de garantía al guardador como limitativo de su responsabilidad. Se ha establecido que el inventario de los bienes de los pupilos, es un acto que sirve para garantizar el correcto desempeño de las funciones, del guardador en lo relativo a la responsabilidad de los bienes entregados en su custodia y conservación, y que atendida esta consideración la negligencia del inventario no puede suplirse por otro acto, siendo, en consecuencia, nula la sentencia que no da lugar a la demanda de remoción de un tutor que no hizo inventario solemne con arreglo a la ley y que acepta como tal inventario el contenido de escrituras públicas de rendición de cuentas de un tutor anterior y un recibo a favor de un deudor de un pupilo.

¹⁰⁸ Claro Solar Luís, Ob. Cit. pp. 359-360

La demora injustificada en la facción de inventario hace sospechar que el tutor ha querido sustraer bienes cuya existencia pudiera pasar inadvertida en el primer tiempo en que es llamado a la administración de los bienes. La omisión intencionada de bienes o créditos del pupilo contra terceros o contra el mismo guardador, o la declaración de deudas del pupilo supuestas, o cualquiera otra falta de esta naturaleza, importaría un fraude perfectamente calificado. El guardador que lo cometiera se haría evidentemente sospechoso de nuevos fraudes en la administración, que deben prevenirse con su remoción.

Si las faltas cometidas en el inventario o la demora en su confección no han sido fraudulentas, importan en todo caso culpa lata, en que es de temer ha de seguir incurriendo el tutor, con perjuicio del pupilo y justifica también la remoción del tutor.¹⁰⁹

4) La continúa negligencia del tutor en proveer a la congrua sustentación y educación del pupilo.

En la legislación romana, se determinaba que a falta de determinación del padre de familia, el pretor fijara lo que debía gastarse en los alimentos y educación del pupilo y que debía suministrarse con este objeto por el guardador. Con este propósito y debiendo ser estos gastos proporcionados, a las fuerzas del patrimonio, era necesario que el guardador suministrara al magistrado las informaciones del caso. Actualmente dicha causal de remoción obedece a la obligación que tiene todo guardado de atender debidamente el cuidado del pupilo constituyéndose como una falta grave el no prestar asistencia en tales aspectos al pupilo.¹¹⁰

5) Ineptitud manifiesta.

¹⁰⁹ Claro Solar Luís, Ob. Cit. pp. 361-362

¹¹⁰ Ibídem, pp. 362-363.

La ineptitud manifiesta implica la carencia de idoneidad para poder ejercer el cargo de guardador; puede provenir de la falta de conocimientos y aptitudes propias de una persona normal, de los cuales carece el guardador, o de la complejidad de los negocios del pupilo; por ello debe designarse personas que por lo menos tengan conocimientos mínimos de administración y finanzas ya que se pretende a la conservación íntegra del patrimonio del pupilo.¹¹¹

6) Por actos repetidos de administración descuidada.

Esta causal de remoción se refiere a la culpa leve en el que el guardador incurra con demasiada frecuencia por no prestar a su gestión el cuidado ordinario del buen padre de familia a que está obligado. Los actos de administración descuidada deben ser repetidos, porque un solo acto aislado, si bien impone al guardador, la responsabilidad consiguiente la culpa en que ha incurrido, no bastaría para tomar una medida tan grave con quien ha manifestado prestar ordinariamente la debida atención.¹¹²

Para algunos la causal anterior puede resultar perjudicial para los intereses del pupilo. No parece acorde con la equidad, el hecho de que solo se sustraiga del ejercicio de la guarda a un guardador reincidente en actos de administración descuidada que ocasione serios perjuicios los intereses del pupilo; el criterio debería ser el de gravedad del acto, más no el de su repetición; deberá bastar con un acto descuidado que redunde seriamente en perjuicio de los intereses del pupilo, para que pueda removérsele de la guarda, se exige pues actos repetidos de administración descuidada, sin tener en consideración la naturaleza de estos ni su gravedad.¹¹³

7) Por conducta inmoral, de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.

¹¹¹ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 365-366.

¹¹² Claro Solar Luís, Ob. Cit. pp. 364.

¹¹³ Suárez Franco, Ob. Cit. pp. 366

El mal comportamiento del tutor puede influir en la conducta misma y en la vida del pupilo, por lo tanto un tutor que se entregue a una vida llena de inmoralidad y de desorden no puede seguir desempeñando el cargo en que esta llamado a dirigir la educación y a la formar las costumbres del pupilo. No sería conveniente nombrar como guardador alguien que utiliza sustancias alucinógenas o estupefacientes, a fin de proteger la vida y costumbres del pupilo.

8) Por remoción en el ejercicio de otra guarda.

Esta causal presupone en el guardador el ejercicio de dos o más tutelas simultáneamente y por una de las cuales es removido por fraude o culpa grave¹¹⁴, en otra palabras se considera que quien ha sido tan negligente en la administración de una tutela hasta el extremo de incurrir en culpa lata no ha de ser más diligente en la administración de las otras.¹¹⁵

Cabe mencionar respecto a las causas de remoción de tutores que las mismas son generales por su naturaleza, por lo tanto se aplican a toda especie de tutela o guarda y todos sus tutores o guardadores.

2.9. Del ejercicio de la tutela.

Respecto al estudio del ejercicio de la tutela conviene diferenciar tres aspectos distintos relativos al mismo que son: El primero que concierne a ciertos requisitos previos que han de llenar por regla general, tutor o guardador. El segundo el relativo a las facultades y deberes del tutor, respecto de la persona del pupilo y tercero y último el que afecta toda la gestión de la administración de bienes de la persona sometida a la tutela. A continuación se examinara cada uno de estos aspectos fundamentales

¹¹⁴ *Ibíd.*, pp. 366.

¹¹⁵ Claro Solar Luís, *Ob. Cit.* pp. 366

los cuales a su vez conllevan la realización de ciertos actos inherentes a cada uno de ellos.¹¹⁶

2.9.1. Requisitos previos al ejercicio de la tutela.

Siendo el objetivo principal de las tutelas, el dar la protección debida, la ley somete la constitución de las mismas, a determinadas formalidades como son las de saber en que momento comienzan, sobre qué recaen, qué deben comprender, con qué debe responder el guardador, primordialmente; por lo que se establecen tres requisitos esenciales a saber: inventario, garantía (fianza o caución según cada legislación) y discernimiento.¹¹⁷ Los cuales se estudiarán a continuación:

2.9.1.1. Inventario.

Jorge Angarita Gómez citando al diccionario de la lengua señala que inventario es “Asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a un persona o comunidad”, por lo tanto, en materia de guardas, el inventario es “el enlistamiento o relación circunstanciada de los bienes del pupilo y su descripción jurídica”;¹¹⁸ consiste en la relación pormenorizada de los bienes del pupilo, incluirá todos los bienes raíces y muebles de la persona, particularizándolos uno a uno, señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida con expresión de calidad y cantidad. Es uno de los actos más importantes de todo guardador y base fundamental de su administración. En cuanto al pupilo, es útil porque manifiesta el estado de sus bienes.

¹¹⁶ Fernández Clérigo, Luís, Ob. Cit. pp. 403

¹¹⁷ Angarita Gómez, Jorge Ob. Cit. pp. 328.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp.331

Para Roberto Suárez Franco, este inventario debe contener los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo que carecieren de comprobante y solo se tenga noticia de ellos, así como todos los objetos pertenecientes al pupilo.¹¹⁹

El inventario de bienes, es la base para considerar el patrimonio inicial del menor o incapaz sujeto a la administración, habida cuenta que el tutor está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos. Complementariamente, a la determinación de los bienes y su valor es lo que el Juez tomará en consideración para la fijación de las sumas que deben deducirse de sus frutos o rentas para educación y alimentos¹²⁰

Es pues evidente que el inventario no debe limitarse a una simple lista de bienes, sino hacer constar el estado en que los reciba el tutor; no es lo mismo recibir un automóvil nuevo y flamante del incapacitado, a recibir un verdadero vejestorio; no es lo mismo recibir un inmueble en varias condiciones, a una vecindad en peligro de derrumbarse. En el inventario es para algunos consignar el valor de los bienes en el momento en el que el tutor entra en el desempeño de sus funciones.¹²¹

De acuerdo a Jorge Angarita Gómez, dado que la administración de los bienes del pupilo no se otorga sin que preceda inventario solemne este debe ser hecho ante notario y testigos; cabe mencionar que tal requisito no se establece para todas las legislaciones, sin embargo vale la pena mencionar las condiciones necesarias para este requisito legal, siendo estas las siguientes:

¹¹⁹ Suárez Franco, Ob. Cit. pp. 276

¹²⁰ Ibídem pp. 849

¹²¹ De Ibarrola Antonio, Ob. Cit. pp. 512

- 1) Todo guardador debe hacerlo, pues en ninguna de las tutelas se releva al tutor de esta obligación.
- 2) Es inventario solemne, esto es, que debe reunir las condiciones de forma que la ley señala.
- 3) Termino de elaboración, el plazo establecido en el cual debe elaborarse el inventario solemne o privado, en su caso varia de acuerdo a la legislación de cada país el cual puede ir desde los treinta o noventa días posteriores al discernimiento de la guarda.
- 4) Contenido del inventario, se dice que este debe contener los bienes muebles o inmuebles.
- 5) Sanción por omisión, error o dolo, tal situación se puede imputar cuando ha existido negligencia o error relacionando cosas que no existían por parte del tutor, a sabiendas de que no le fueron entregadas realmente, motivo por el cual podría ser removido de su cargo.
- 6) Inventario adicional o inventario nuevo, del primero se dice cuando después de hecho el inventario se encontraran bienes que al hacer el inventario no se tuvo noticias, o por cualquier titulo acrecieren, o sea que cuando el patrimonio inventariado se vea aumentado por bienes que le lleguen al pupilo a titulo oneroso o gratuito, deberá hacerse un listado adicional en la misma forma que se había elaborado el anterior; mientras que el inventario nuevo se da en el caso de sustitución de guardadores, pues el sustituyente recibirá el patrimonio del pupilo con base en el inventario elaborado por el guardador sustituto, anotando en el mismo las diferencias(aumentos, disminuciones, sustituciones patrimoniales) y este sería el nuevo enlistamiento, que deberá estar rodeado de las mismas solemnidades exigidas para el primero.¹²²

¹²² Angarita Gómez, Jorge, Ob.Cit. pp.331-333.

2.9.1.2. Garantía.

Se entiende por garantía, en general, toda forma o mecanismo legal para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Respecto a este aspecto es de señalar que la misma tiene como objeto asegurar el importe de los bienes muebles o inmuebles del pupilo que se encuentren en poder del tutor. Cabe mencionar también que en los diferentes ordenamientos jurídicos esta es conocida como fianza o caución, sin embargo como muy acertadamente lo menciona Roberto Suárez Franco, en su libro derecho de familia tomo II, enumerarlo de esta forma adolece de una deficiencia¹²³ o como lo señala Jorge Angarita Gómez¹²⁴, se toma una errónea interpretación, pues se hace sinónimas las palabras fianza y caución, cuando en realidad esta última es lo genérico y la fianza es lo específico, lo cual hace llegar a la conclusión de que la única forma de garantizar un guardador su gestión sería mediante el otorgamiento de una fianza, situación que no es así, ya que generalmente la ley reconoce además de la fianza, que podrá prestarse hipoteca y en el caso de nuestra legislación incluso la prenda como cauciones. En consecuencia el tutor que pretenda le sea diferida una guarda para la cual ha sido designado puede garantizar su gestión con una de estas especies de cauciones.

En cuanto al tipo de cauciones tenemos que fianza es definida como: una obligación accesoria en virtud de la cual uno o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple; mientras que la hipoteca, es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor; finalmente la prenda,

¹²³ Suárez Franco, Roberto, Ob. Cit. pp. 272.

¹²⁴ Angarita Gómez, Jorge, Ob. Cit. pp.328.

es la entrega de una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.¹²⁵

2.9.1.2.1. Determinación de la garantía.

La garantía prestada por el guardador debe calificarla el Juez, quien debe señalar la clase o cuantía de la caución, él deberá tener en cuenta en su fijación y determinación la obligación que se va garantizar y la idoneidad moral y económica de quien la va prestar.¹²⁶

2.9.1.2.2. Quienes están obligados a prestar garantía.

La exigencia de la garantía como requisito para entrar en el ejercicio de la guarda, es norma de carácter general, aunque no de aplicación absoluta, ya que existen legislaciones en la que por excepción el cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos, los guardadores interinos y los guardadores especiales no rinden garantía, esto es así porque en el caso de los primeros, se considera que tienen un interés personal en los intereses del pupilo, los segundo por la confianza que inspira y debido a que por lo breve de su administración se busca con la omisión de este requisito el facilitar el discernimiento y no entabrar la administración de los bienes del pupilo, porque se considera que no tienen un interés.¹²⁷

2.9.1.2.3. Efecto de la falta de garantía.

Si la garantía no fuere otorgada, estando obligado para ello, no se podrá discernir el cargo de guardador, así como cuando no se preste durante el

¹²⁵ *Ibíd.*, pp.329

¹²⁶ *Ibíd.*, pp.329

¹²⁷ Suárez Franco, Roberto, *Ob. Cit.* pp. 274.

lapso señalado por el Juez o no reuniendo los requisitos necesarios para ello.¹²⁸

2.9.1.3. Discernimiento de la tutela.

Se entiende, pues por discernimiento, el acto en virtud del cual, previo el juramento exigido por la ley, el Juez pone al tutor en posesión de su cargo, el cual se hace mediante acta judicial¹²⁹, en la cual el tutor debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración.

El discernimiento de la tutela es el acto jurisdiccional por el cual el tutor queda investido jurídicamente de su carácter como tal.¹³⁰

Luís Fernando Saura Martínez citando al autor Manresa Najarro, expresa que el discernimiento “es el acto por el cual el Juez confiere al tutor nombrado legalmente las facultades necesarias para representar al menor o incapacitado con arreglo a las leyes, y para cuidar de su persona y bienes... Este acto equivale al poder que se da a todo mandatario y se consigna en un acta autorizada por el Juez...”¹³¹

De acuerdo Jorge Angarita Gómez, el discernimiento es “el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer el cargo”¹³²

El discernimiento es común a todas las tutelas, aunque no tenga administración de bienes; debe darse una vez sea otorgada la garantía para que determinada la fecha en que comienza la representación del incapaz también comience la responsabilidad del guardador, es decir que

¹²⁸ Angarita Gómez, Jorge, Ob. Cit. pp.330.

¹²⁹ Belluscio, Augusto Cesar, Ob. Cit. pp. 364.

¹³⁰ Zannoni, Eduardo A., Ob. Cit. pp. 834

¹³¹ Saura Martínez Luís Fernando, Ob. Cit. pp. 75.

¹³² Angarita Gómez, Jorge Ob. Cit. pp.330

mientras el Juez no autorice al tutor, este no se hallará en el ejercicio del cargo y los actos que llegue a ejecutar serán nulos; por lo tanto solo adquiere la calidad de representante legal precisamente por el discernimiento.¹³³

2.9.2. Facultades y deberes del tutor respecto al pupilo.

Es de recordar que la organización de las guardas o tutelas tiene como finalidad primordial velar por la protección de los incapaces sometidos a ella y por ello se han fijado obligaciones o facultades y derechos a los guardadores.

En principio el tutor tiene la guarda del pupilo con la misma extensión de derechos y deberes que los padres que ejercen la autoridad parental sobre los hijos; taxativamente por tales obligaciones deben entenderse las mencionadas en los diferentes cuerpos legales atribuidas a los padres de familia; ahora bien el autor Roberto Suárez Franco señala, múltiples aspectos entre ellos: 1) La representación de la persona del pupilo; 2) La administración de sus bienes; 3) La responsabilidad derivada de la gestión; 4) La rendición de cuentas por parte del guardador¹³⁴; mientras que Jorge Angarita Gómez, afirman que dicha funciones comprende: El cuidado y la representación del pupilo y la administración de sus bienes.¹³⁵ Ambas son acertadas sin embargo para mayor comprensión del tema se considera conveniente explicar a continuación, la gestión del tutor desde la clasificación hecha por el primero de los autores en comentario.

¹³³ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp. 275.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 281.

¹³⁵ Angarita Gómez, Jorge, Ob.Cit. pp.334

2.9.2.1. La representación legal.

Antes de hablar de la representación legal de los pupilos, cabe recordar un poco respecto a la representación en general, que en su sentido más amplio, es una relación jurídica en virtud de la cual una persona se encuentra directamente ligada frente un tercero, sea como acreedor, sea como deudor, a consecuencia de un acto realizado por su representante.¹³⁶

En el caso de las tutelas, la representación legal, se da por ministerio de ley en dos instituciones: la autoridad parental (o patria potestad) y las tutelas o guardas. En la primera corresponde a los padres que la ejerzan la representación tanto judicial como extrajudicial, mientras que para los segundos la ley ha encomendado la representación de sus pupilos, particularmente en cuestiones de tipo patrimonial.

Se tiene entonces que la representación legal, para el caso de las tutelas es una facultad que goza el guardador, de representar la persona del pupilo en la concertación de actos y negocios jurídicos, obligando a este siempre y cuando su gestión se acomode al ámbito fijado en la ley. Se trata de una facultad cuyo ejercicio, en algunos casos, es discrecional del guardador, más en otros es de obligatorio cumplimiento. La representación de los guardadores comprende dos cosas bien distintas: por la primera se autoriza al guardador para representar a su pupilo en aquellos actos y contratos que influyan en la conservación y mantenimiento de su patrimonio; por la segunda se faculta a los tutores para que bajo ciertas circunstancias y en ciertos aspectos autoricen a sus pupilos incapaces relativos para que ejecuten o celebren actos o contratos, directamente, sin menguar de la responsabilidad de su representante legal.

¹³⁶ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp. 282

La autorización que debe impartir el guardador a los negocios que celebra su pupilo no puede extenderse a los absolutamente incapaces. El tutor no puede autorizar a aquellos pupilos que sean dementes, en ese caso en el cual el pupilo carece de discernimiento, es un incapaz absoluto por deficiencia mental, orgánica o funcional y la autorización se convierte en un imposible legal.¹³⁷ Distinto es como lo señala Luís Fernando Saura Martínez citando a Cano Tello, para quien los actos que el menor puede realizar por sí, son: 1) La opción de vecindad; 2) La opción de nacionalidad; 3) La prestación del consentimiento matrimonial por ser un acto personalísimo; 4) La administración ordinaria de los bienes que el menor que sea mayor de dieciséis años hubiere adquirido con su trabajo o industria será realizada por éste, que necesitara el consentimiento del tutor para los actos que excedan de la administración; 5) Para adquirir la posesión de las cosas; 6) Reconocer hijos no matrimoniales; 7) Ser mandatario; 8) Ser testigo en pleitos y en causas criminales.¹³⁸

2.9.2.2. De la administración de los bienes.

Se dispone que el tutor administre los bienes del pupilo y es obligado a la conservación y representación de ellos. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive. Existe controversia sobre el ámbito de la administración; **según algunos, debe distinguirse entre actos de administración y de disposición.** El guardador gozaría de plenas facultades para celebrar actos de administración, con las excepciones que la ley establezca; le estarían vedados los actos de disposición, por cuanto ellos pueden implicar una merma real y peligrosa en el patrimonio del pupilo; otros sostienen que el tutor o curador puede realizar los actos administrativos con que se pretende conservar la integridad del patrimonio

¹³⁷ *Ibíd.*, pp. 283-285

¹³⁸ Saura Martínez Luís Fernando, *Ob.Cit.* pp. 81

del pupilo, sin que para ello quepa la distinción entre actos administrativos propiamente dichos y actos dispositivos; pero se le prohíben aquellos que ofrezcan un mayor peligro para el patrimonio del pupilo y cuya enajenación deba someterse a ciertos trámites fijados en la ley.

El guardador en su gestión goza de atribuciones suficientes para poder cumplir con la finalidad de la guarda; de allí que la palabra administrar, no puede entenderse, para solo actos de simple conservación, reparación y cultivos, sino también para los de disposición; desde luego con las exigencias y limitaciones que expresamente establezca la misma ley. En consecuencia, la obligación de administrar presupone la facultad de ejecutar aquellos actos que tiene por objeto conservar y mantener íntegro el patrimonio del pupilo, así como los de explotar los bienes o hacerlos producir a fin de que estos productos o frutos redunden en beneficio de la estabilidad personal y económica del pupilo.

Existen actos del guardador que por su naturaleza con meramente administrativos, de atribución exclusiva del guardador; otros de mayor importancia requieren autorización judicial; otros exigen además de la autorización judicial, ciertas solemnidades especiales y finalmente hay actos que el guardador no puede ejecutar, aun autorizado por el Juez.¹³⁹

Jorge Angarita Gómez, establece que se debe tener en cuenta que la administración del tutor, comprende actos administrativos propiamente y actos dispositivos los cuales explica de la siguiente manera:

a) Actos administrativos propiamente. Son aquellos que tienden a la conservación, utilización y goce de un bien, según su propia destinación; es

¹³⁹ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp. 286-287

decir aquellos por medio de los cuales se asegura la integridad de un patrimonio y la producción normal de las rentas.

b) Actos dispositivos. Son aquellos en que esencialmente se busca transferencia del dominio o gravamen del mismo, como la venta, permuta, hipoteca, servidumbre, aportes a sociedades etc.

Esta clase de actos, no concede plena libertad a los guardadores sino que exige determinadas condiciones como: a) previo decreto judicial, para los siguientes casos: 1) Para enajenar los bienes raíces del pupilo, gravarlos con hipoteca o servidumbre, enajenar bienes preciosos o que tengan valor de afección; 2) Antes de proceder a la división de bienes raíces hereditarios que el pupilo posea con otros en proindivisión; 3) Rechazar o no aceptar herencia, legado o donación que se hagan al pupilo; 4) Al proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo, que se valúen en mas de la cantidad establecida en algunas legislaciones y sobre sus bienes raíces; 5) Al donar bienes muebles o dinero del pupilo, pues en ningún caso puede hacer donación de inmuebles; 6) También para el otorgamiento de fianza y solo a favor del cónyuge, de un ascendente o descendiente legítimo o natural y por causa urgente y grave; b) Subasta pública, esta es necesaria, además de la licencia previa, cuando se trata de la venta de los bienes raíces y de bienes preciosos del pupilo o con valor de afección y de venta de derechos hereditarios comprendan bienes muebles o inmuebles; c) autorización de otros guardadores, por regla genera, ningún acto o contrato que en forma directa o indirectamente tenga interés el tutor, o su cónyuge o cualquiera de sus ascendentes o descendientes legítimos o de sus padres o hijos naturales o de sus hermanos legítimos o naturales o de sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto inclusive, o de su padre o madre adoptantes o hijo adoptivo o de alguno de sus socios de comercio podrá ejecutarse o celebrarse sin

con autorización de los otros tutores que no este implicados de la misma manera o por el juez o prefecto en subsidio.¹⁴⁰

Suárez Franco señala que de acuerdo a la procedencia, pueden considerarse como actos de los guardadores los siguientes:

a) Actos que el guardador puede ejecutar libremente, este aspecto es uno de los más importantes de la administración del guardador, por cuanto implica actos indispensables para conservar y mantener integro el patrimonio de su pupilo, para lo cual le corresponderá actuar como buen padre de familia, ya que le corresponde la culpa leve. Comprende este aspecto de la administración todos aquellos actos referentes a la obligación de conservación, reparación y cultivos de los bienes del pupilo, se pueden mencionar dentro de estos actos los siguientes: 1) conservación, reparación y cultivo de los bienes, que son los actos de administración que buscan asegurar la integridad del patrimonio; 2) Empleo de los capitales ociosos, el guardador esta obligado a invertir los dineros que reciba del pupilo en negocios o bienes fin de obtener un producto de ellos; 3) Celebrar contratos de arrendamiento por corto tiempo, esto ya que en algunas legislaciones existe un lapso tiempo para el contrato según el tipo de inmueble.

b) Actos que el guardador no puede ejecutar sino con autorización judicial, entre ellos se encuentran: 1) Enajenación de bienes raíces; 2) partición de bienes raíces hereditarios; 3) enajenación de derechos hereditarios; 4) empeño de bienes muebles preciosos o que tengan valor de afección; 5) gravamen de bienes muebles; 6) de servidumbre; repudiación de donaciones; 7) opción frente a la herencia (ya sea aceptarla o repudiarla); 8) Transacciones y compromisos, haciendo alusión a la figura de la

¹⁴⁰ Angarita Gómez, Jorge, Ob.Cit. pp.335-338

transacción mediante la cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual; 8) Donaciones en dinero y otros bienes muebles, este tipo de donaciones requiere autorización judicial, previa demostración ante el juez de que ha mediado causa grave; 9) arrendamiento por largo tiempo.

c) Actos que le están expresamente prohibidos a los tutores, entre ellos se encuentra: 1) Donación de bienes raíces de pupilo; 2) La remisión gratuita de un derecho es decir cuando implica la condonación de una deuda u obligación; 3) Servir de fiador significa que un incapaz no pueden ser fiador; 4) Compra y arriendo de bienes raíces del pupilo por el guardador.

d) Actos que el guardador está obligado a ejecutar, dentro de los actos de administración del guardador, existen algunos que el tutor tiene que ejecutar: 1) Empleo del dinero ocioso; 2) Cobro de lo que se deba al pupilo e 3) Interrupción de prescripciones.¹⁴¹

2.9.2.3. Responsabilidad derivada de la gestión de los tutores.

La responsabilidad del tutor se extiende hasta la culpa leve, esto debido al carácter de administrador de bienes ajenos que éste posee y porque se suponen obran de buena fe, exigencia común para las personas responsables de esta culpa, ya que este tipo de culpa es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, conducta desviada bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por motivo semejante.¹⁴²

La importancia de establecer el tipo de culpa en la administración de los bienes de pupilo radica en que debido al daño inferido el tutor es obligado a la indemnización correspondiente sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. Para que el pupilo pueda

¹⁴¹ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp. 288-299.

¹⁴² Ibídem, pp. 299

reclamar el pago de los perjuicios deberá probar el acto delictivo o culposo el daño causado y la relación de causalidad entre el hecho delictuoso y el daño, correspondiendo la prueba de la diligencia y cuidado alegarla y probarla a quien ha debido emplearla, es decir al guardador demandado; ocasionando el acto doloso ejecutado por el guardador y con relación a los bienes del pupilo su remoción así como la correspondiente indemnización.¹⁴³

Por otro lado la responsabilidad del tutor se extiende al titular de la autoridad parental, es decir dolo, equiparado civilmente a la culpa grave, teniendo lugar la misma en los casos de disminución o deterioro de los bienes del pupilo.¹⁴⁴

2.9.2.4. Rendición de cuentas.

Es la obligación que tiene el tutor de llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos, que la administración y la persona del menor o incapaz hubiesen hecho necesarios.¹⁴⁵

Roberto Suárez Franco señala que es una obligación revestida de gran importancia para el tutor, la relativa a la teneduría y rendición de cuentas, cuyos alcances presentan tres aspectos bien distintos: la teneduría propiamente, la restitución y entrega de los bienes, los cuales se desarrollan a continuación:

1)La teneduría de cuentas: Implica la obligación del guardador de llevar cuenta “fiel exacta y documentada” de todos los actos administrativos, lo cual deberá hacerlo día por día; imponiéndose con la expresión fiel de que la cuenta sea verdadera, acorde con los hechos reales que se suceden día

¹⁴³ *Ibíd*em, pp. 301

¹⁴⁴ Angarita Gómez, Jorge, *Ob.Cit.* pp.338

¹⁴⁵ *Ibíd*em, pp. 862

a día; con la palabra exacta, quiere decir que se acomode a una precisión numérica y documentada, se esta ordenando al guardador que tendrá que recopilar todos los recibos, comprobantes, facturas, que justifiquen los asientos contables y demás documentos que justifiquen las distintas operaciones de la administración. Significa pues que la obligación de llevar cuenta fiel y exacta se reflejará en una contabilidad correctamente llevada y de ser necesario por la complejidad de los negocios del pupilo cuando así lo exija, podrá contratar la contabilidad con expertos sobre la materia pero siempre bajo su responsabilidad.¹⁴⁶

2) Rendición de cuentas: La rendición de cuentas, previa a la restitución de los bienes, implica para el guardador, una obligación personal e indelegable, cabe mencionar que las oportunidades en que se impone al guardador la obligación de rendir cuentas son: Al término de la guarda o cuando el Juez se lo ordene, sin embargo esto es según cada legislación, ya que en algunas como la nuestra la misma debe realizarse cada final de año de la respectiva gestión. Siguiendo lo anterior se establece, que la rendición de cuentas implica dos obligaciones bien distintas: a) Exhibir las cuentas es decir rendirlas a instancias del Juez, cuando lo crea conveniente y durante la vigencia de la guarda y b) Rendirlas cuando se termine la guarda o cuando el Juez lo orden; razones por las cuales se dice que la rendición de cuentas puede ser voluntaria o provocada, ya que la voluntaria o espontánea es la que hace el guardador por voluntad propia mientras que la segunda es presentada a solicitud del Juez.¹⁴⁷

3) Restituciones de bienes: Supone que expirado el cargo del tutor, este deberá proceder a efectuar la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible, sin perjuicio de ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo; salvo que la

¹⁴⁶ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp. 305-306

¹⁴⁷ Ibídem, pp. 306-307

expiración de la guarda se deba a su muerte, al mismo guardador le corresponde efectuar el acto de entrega. Si la causa de terminación de la guarda se debiere a incapacidad sobreviviente del guardador, el tutor de este será la persona legalmente idónea para hacer la entrega. La entrega en sí es un hecho independiente de la rendición de cuentas.¹⁴⁸

El tutor no puede eludir ni ser liberado del deber de rendir cuentas las cuales deben ser presentadas ante el Juez correspondiente, de acuerdo a cada legislación pueden ser parciales, periódicas o de carácter final, cuando la administración se extingue.

2.9.3. Remuneración de la tutela.

Generalmente por ley se establece que el tutor, percibirá por sus cuidados y trabajos un porcentaje de los frutos líquidos de los bienes del pupilo que varia de acuerdo a cada legislación, usualmente establecida en un diez por ciento, pero en el caso de nuestro país la misma se encuentra establecida en un cinco por ciento; ahora bien, cabe recordar con ello que la ley clasifica los frutos en: naturales, los que da la naturaleza y los civiles como las pensiones, cánones de arrendamiento etc. Los unos y los otros pueden ser pendientes si se adhieren a la cosa que los produce o mientras se debe y percibidos, los separados de la cosa productiva o desde que se cobran, respectivamente, tanto los naturales como los civiles pertenecen a los respectivos dueños de los bienes que provienen.¹⁴⁹

Existen algunas excepciones al principio general de la remuneración de la tutela siendo estas:

a) Cuando los frutos del patrimonio del pupilo son tan escasos que apenas bastan para su subsistencia. La remuneración del tutor está subordinada,

¹⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 309

¹⁴⁹ Angarita Gómez, Jorge, *Ob.Cit.* pp.340-341

ante todo, al producido de los bienes del pupilo en un orden racional de prelación lo más importante será, en primer termino la subsistencia del pupilo y luego la remuneración del tutor.

b) En caso de administración fraudulenta. A diferencia del caso anterior el porcentaje establecido para la remuneración, se pierde por un hecho atribuible a la voluntad del tutor ya que esta administración equivale una administración dolosa y el dolo en materia civil equivale a la culpa grave, por lo que el tutor pierde como consecuencia de su acción culposa o dolosa el derecho a remuneración y será removido de su cargo.

c) En caso de administración descuidada. La administración descuidada equivale a administración culposa, el tutor como ya se estableció antes, responde hasta por la culpa leve, para la cual su sanción es menos gravosa que para el caso del dolo, ya que únicamente no recibe la remuneración correspondiente reservándose el pupilo el intentar la acción de indemnización correspondiente.

Se destacan dos aspectos muy concretos para que el guardador puede ser sancionado por su gestión irregular: 1) que la negligencia o culpa hubiere sido la causa del detrimento del pupilo y 2) que aquella hubiere ocasionado considerable disminución de productos. Claro que esto no es posible determinarlo sino durante el proceso respectivo.

2.9.3.1. Cuantía de la remuneración.

El guardador tendrá como recompensa el porcentaje equivalente en la ley de los frutos líquidos de los bienes del pupilo que administra, para lo cual deberá incluir tanto los frutos naturales como los civiles y si la administración de la guarda ha sido encomendada a varios tutores, se

dividirá entre ellos el porcentaje establecido legalmente en partes iguales.¹⁵⁰

2.9.4. Fin de la tutela o extinción.

La tutela se termina por causas inherentes al tutor o al pupilo, respecto a las primeras encontramos: a) por muerte del tutor; b)remoción (por incapacidad o sanción);c)por excusación admitida por el Juez; mientras que en las segundas finaliza: a) por muerte del pupilo; b) por habilitación de edad del menor y; c)en adultos declarados incapaces por haber cesado las causas que dieron origen a esta es decir que el incapaz recuperara su salud previa comprobación judicial de que ello así ha ocurrido.¹⁵¹

El guardador debe cumplir tres obligaciones para exonerarse de cualquier responsabilidad, ellas son:

1) Restitución de bienes. Como el guardador no es sino un simple tenedor y administrador de bienes ajenos, al cesar en sus funciones deberá entregar los bienes tan pronto como sea posible.

Esta restitución de bienes se hará a quien por derecho corresponda, es decir al pupilo que personalmente, se ha tornado plenamente capaz; al guardador que haya de sustituir al que cesa en sus funciones, o en su caso a los herederos del pupilo. La entrega de los bienes se hará con base al inventario solemne.

2) Rendición de cuentas.

Esta deberá realizarse de la manera ya ante señalada en el apartado de la rendición de cuentas.

3) Pago de saldo. Si al rendirse las cuentas resultaren saldos a favor o en contra del pupilo, si es porque el deudor es el pupilo, el ex guardador

¹⁵⁰ Suárez Franco, Roberto, Ob.Cit. pp. 358-361.

¹⁵¹ Blanc Nieto, Ernesto E. y otros, Ob.Cit. pp. 811, 817.

deberá requerir el pago del saldo que aparezca a su favor y desde ese momento el pupilo deberá reconocerle y pagarle intereses corrientes sobre dicho saldo y si es el ex pupilo quien resulta acreedor, el ex guardador debe reconocerle y pagarle intereses corrientes sobre el saldo desde el momento en que ha debido rendir las cuentas.¹⁵²

¹⁵² Angarita Gómez, Jorge, Ob.Cit. pp.343-344

CAPITULO III

MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA FIGURA DE LA TUTELA.

3.1. Fundamento legal.

Dentro del amplio catálogo de ordenamientos jurídicos que conforman la Legislación Nacional e Internacional, se encuentran diversidad de normas que tienen como fin esencial, la protección de la niñez y las personas incapaces. En ese sentido, de manera específica existen normas que reconocen y desarrollan la institución jurídica de la tutela, encontrándose estas en:

3.1.1. La Constitución de la República¹⁵³

A nivel universal, el Derecho como sistema normativo compuesto por una inmensa gama de ordenamientos jurídicos; reconoce una estructura jerárquica, que en esencia constituye un mecanismo para solventar los problemas de integración de las leyes, que se dan o que pueden darse en todas las ramas que lo conforman. Dentro de esta estructura o rango jerárquico se encuentra la Constitución de la República, la cual constituye la Ley Suprema para todos los estados incluyendo el nuestro, que orientan su sistema jurídico bajo este principio; ya que establece las bases sobre las cuales se edifica todo el ordenamiento jurídico, regulando principios fundamentales que posteriormente deben ser desarrollados en leyes secundarias.

¹⁵³ **Constitución de la República de El Salvador**, decreto N° 38, publicado en el Diario oficial N° 234. Tomo N° 281 del 16 de diciembre de 1983.

Haciendo un estudio del articulado constitucional se establece que las disposiciones relacionadas a nuestro tema de investigación son:

Artículo. 1.-“El salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad el estado, que esta organizado para la consecución de la justicia, seguridad jurídica y el bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la Republica el goce de la libertad, salud, la cultura, el bienestar y la justicia social”. La importancia de este articulo radica en que siendo El Salvador, un estado al servicio de sus habitantes, creado y organizado para lograr valores como la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, es decir que busca dar a cada uno lo que le corresponde, manteniendo los intereses de la colectividad sobre los particulares con la certeza de la vigencia y aplicación de las leyes sin discriminación ni parcialidad, debe garantizar que tales principios se cumplan.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El estado reconoce a todas las personas por igual los siguientes derechos: La vida, a la integridad física y moral, a la libertad en el sentido mas amplio, halla seguridad es decir a estar libres de peligro o amenaza y a tener certeza de la aplicación de la ley, el derecho a la propiedad, a usar, gozar, y disponer, de las cosas propias, además el derecho a la posesión es decir a ser dueños de las cosas, derecho a la protección del estado para garantizar el ejercicio, el goce la conservación y defensa de los derechos.

Artículo 3. Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidades, raza sexo o religión. Esta disposición consagra el principio de igualdad jurídica y de no discriminación respecto a los derechos civiles, es decir aquellos que se ejercen en la esfera de la libertad de la persona sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza o sexo, salvo en los casos en que las personas no puedan representarse por si solos por ser menores de edad o estar declarados incapaces o dementes la ley establece el mecanismo para hacer cumplir sus derechos sin que estos derechos sean violentados sino tengan una protección especial.

Artículo 22. Toda Persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la Ley. La propiedad es transmisible en la en que determinen las leyes habrá libre testamentificación. La importancia de este artículo es el reconocimiento de la libre disposición de los bienes, que es la facultad de decidir o disponer libremente de las cosas propias tal como sucede en la tutela testamentaria cuando los padres pueden designar a la persona que va administrar sus bienes cuando estos fallecieren nombrando un tutor que procure por el cuidado de sus hijos y administre adecuadamente sus bienes para garantizar la subsistencia integral de los menores a su cargo.

Artículo 23. Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de determinar sus asuntos civiles y comerciales por transacciones o arbitramiento. En cuanto los que no tengan libre administración la ley determinara los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles. Este articulo se relaciona con la capacidad de administrar los bienes para esto es indispensable ser legalmente capaz es

decir estar en la aptitud jurídica de disponer de sus bienes ya sea por cumplir con la mayoría de edad o no estar declarado incapaz o demente ya que si este fuere el caso la ley determina quienes estarán designados para actuar en representación de estos en los actos jurídicos, para garantizar sus derechos.

Artículo 33. La ley regulará la relaciones personales y patrimoniales de los conyuges entre si y entre ellos y sus hijos, estableciendo los deberes y derechos recíprocos sobre bases equitativas y creara las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer. La principal ley que desarrolla lo establecido en este artículo es el Código de Familia. Que desarrolla las relaciones personales, que son aquellas que se establecen en la vida cotidiana de la pareja; de estas de se derivan derechos y deberes recíprocos, también relaciones patrimoniales, o relaciones económicas de los cónyuges entre si y con sus hijos es decir las relaciones que se establecen por razón de los bienes o patrimonio del grupo familiar.

Artículo 35. Nuestra constitución regula una serie de garantías de los menores al establecer. "El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. Aplicando este artículo a la temática objeto del presente trabajo puede decirse que el Estado protege al menor objeto de tutela al establecer el procedimiento Judicial para decretar la misma.

Artículo 144. Regula lo referente a los Tratados y establece que "Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con

organismos internacionales, constituyen leyes de la República". Todo tratado internacional firmado y ratificado por La Republica de El Salvador son leyes superiores a las otras leyes que aprueba la Asamblea Legislativa, solo la constitución esta por encima de los tratados internacionales de este modo todos los, tratados, pactos, convenios, convenciones, protocolos, firmados y ratificados por La Republica de El Salvador que estén relacionados a la protección de la niñez y adultos declarados incapaces son y deben ser cumplidos como leyes de la Republica.

3.2. A nivel Internacional.

Los Tratados Internacionales por mandato constitucional constituyen leyes de la República, por lo que a continuación se hace una breve reseña de aquellos tratados suscritos y ratificados por El Salvador y que regulan principios relacionados a la figura de las tutelas.

3.2.1. Declaración de los Derechos del Niño¹⁵⁴.

Es un instrumento jurídico internacional que establece principios rectores para el desarrollo pleno del niño, el cual está garantizado por parte del Estado.

En el principio 2, establece que el niño debe gozar de una protección especial, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal en condiciones de libertad y dignidad en interés superior del menor.

¹⁵⁴ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre e 1959/resolución 1386(XIV)/

El principio 6, establece que para que el niño tenga un desarrollo pleno de su personalidad, debe crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

El principio 9 determina que el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

3.2.2. Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵⁵.

Esta Convención constituye un tratado de mucha importancia para los sistemas jurídicos de los países que se autodenominan respetuosos de los Derechos Humanos, ya que al contemplar principios sociales y jurídicos que van orientados a la protección y bienestar del niño y especialmente a que el menor se desarrolle en un ambiente familiar adecuado, se da una muestra clara del reconocimiento y desarrollo de los mismos en los distintos ordenamientos jurídicos. Dicha Convención es ley de la República, la cual fue ratificada por el Decreto Legislativo número 487 del 27 de abril de 1990 y publicada en el Diario Oficial número 108 del 9 de mayo del mismo año.

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene los más relevantes Derechos Humanos de la niñez para su supervivencia y desarrollo integral.

El artículo 3 inciso. 2° determina que el Estado debe garantizar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar, tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables ante la ley.

¹⁵⁵ Decreto N° 487, D.O.N° 108 del 9 de mayo de 1990. Tomo N° 307.

El artículo 19. El Estado debe velar a través de adoptar medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En el artículo 20, se establece la obligación del Estado de proporcionar protección y asistencia especiales a los menores que han sido privados de su medio familiar ya sea temporal o permanente en cuanto a brindar hogares de guarda, la adopción, instituciones adecuadas de protección de menores.

3.2.3. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

El artículo 16.3 Establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

El artículo 19. Establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.

3.3. Convención de Derecho Internacional Privado ¹⁵⁶

¹⁵⁶ Código de Bustamante. D.L del 30 de marzo de 1931, D.O. No 13, tomo no 110 del 10 de junio de 1931 Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador

Artículo.87.- plantea: “El afianzamiento de la tutela o curatela y las reglas para su ejercicio se somete a la ley personal del menor o incapacitado”

3.4. Derecho Internacional Privado.¹⁵⁷

Conocido en Alemania como derecho de Reich, organiza la tutela o curatela según el caso; organiza el territorio nacional para los nacionales y el derecho alemán, proclamando para sí la tutela sobre los alemanes.

Cuando el alemán tiene su domicilio o residencia en el extranjero la tutela o curatela, necesaria según el derecho alemán, se ordena en el extranjero, puede prescindirse de su ordenación en el territorio nacional si ello es conforme al interés del pupilo. Si se organiza en el interior la tutela o curatela de un alemán que tenga su domicilio o residencia en el extranjero, el tribunal ante el cual está pendiente, puede cederla al Estado extranjero, si esto es conforme al interés del pupilo, el tutor o curador asiente y el Estado extranjero se muestra dispuesto a hacerse cargo de la tutela o curatela. Si el asentimiento es negado por el tutor o curador o por uno de los tutores o curadores que ejerzan en común la tutela o curatela, resuelve sin posibilidad de impugnación el Tribunal de instancia superior al tribunal de tutelas.

En el territorio nacional puede ordenarse una tutela o curatela para un extranjero si según la Ley de sus Estados necesita de tutela o curaduría o si esta incapacitado en Alemania, y si a la vez el Estado del cual es súbdito consta que no se hace cargo de su asistencia .

¹⁵⁷ Enneccerus, Ludwing, Theodor Kipp y Martín Wolf, Tratado de Derecho Civil, Cuarto Tomo, derecho de familia volumen segundo, Relaciones paternofiliales y parentales, tutela, casa editorial BOSCH, Barcelona España, 1986, pp. 452-459

La ordenación de una tutela, aunque no existan los requisitos legales expuestos, es eficaz en cuanto a tal; el tutor ostenta realmente esta posición, pero el tribunal de tutelas no puede en virtud de la ordenación de la tutela conforme al derecho, establecer la competencia para medidas ulteriores, por ejemplo sobre la educación religiosa.

Mientras no se haya ordenado una tutela o curatela para un extranjero, el tribunal de tutelas alemán puede siempre dictar medidas provisionales si hay necesidad de ellas.

Las normas materiales sobre el ejercicio de la tutela y sobre la relación jurídica tutelada son las alemanas cuando una autoridad alemana dirige la tutela.

Los hijos ilegítimos de alemanes, nacidos en el extranjero, pero que residen en Alemania, están sujetos a la tutela legal oficial de la oficina de protección de la juventud, la cual no se extiende a los niños extranjeros.

El tercer Convenio de la Haya, de doce de junio de 1902, estableció para los territorios europeos de los Estados contratantes lo siguiente:

1. Respecto a la tutela sobre menores de edad que sean súbditos de uno de los Estados contratantes y que tengan su residencia habitual en el territorio de uno de esos Estados, la tutela se rige por la ley nacional. Si para el caso el menor de edad tenga su residencia habitual en el extranjero, la ley no prevé la ordenación de una tutela en su patria, podrá hacerse cargo de la asistencia, conforme a la ley nacional, el representante diplomático o consular autorizado por el Estado nacional del menor de edad siempre que no se oponga a ello el Estado en cuyo territorio tenga

el menor de edad su residencia habitual. Cuando conforme a la ley nacional no se ordene o no pueda ordenarse una tutela, será decisiva para la ordenación y ejercicio de la tutela sobre un menor de edad que tenga su residencia habitual en el extranjero la ley del lugar de su residencia. Si en virtud de esta disposición se ha ordenado una tutela, podrá no obstante ordenarse otra nueva, si así se hace el Gobierno del Estado, en el cual se haya ordenado primero la tutela, ha de dar noticia tan pronto sea posible, este Gobierno a de notificarlo a las autoridades que han ordenado la tutela o en defecto de tal autoridad al tutor mismo. La antigua tutela termina con arreglo a la ley del Estado en cuyo territorio fue ordenada.

En todo caso, el momento y las causas para el comienzo y para la terminación de la tutela se regulan por la ley nacional de ese país.

La gestión tutelar se extiende tanto a la persona como a todos el patrimonio del menor de edad, sin consideración al lugar en que se encuentre. Se admiten excepciones respecto a las fincas que según la ley estén sujetas a una regulación especial.

Para todos los súbditos menores de edad de uno de los Estados contratantes aunque no tengan su residencia habitual en el territorio de uno de los Estados contratantes, rigen las siguientes normas: Mientras la tutela no haya sido ordenada, como asimismo en todos los casos urgentes, las autoridades locales pueden tomar las medidas que sean necesarias para proteger a la persona y los intereses de un extranjero menor de edad. Si hay motivo para ordenar la tutela de un extranjero menor de edad las autoridades del Estado en que se encuentra, habrán de notificar la situación, tan pronto le sean conocidas, a las autoridades que reciben la

notificación han de comunicar a aquellas de quienes la reciben tan pronto como sea posible si se ordena o se ordenara la tutela.

El tratado germano- polaco, sobre la tutela de cinco de marzo de 1924, (ratificación 31 de marzo de 1926), es parecido al Convenio de la Haya. Estatuye la competencia de las autoridades del Estado nacional para la tutela sobre un menor de edad que sea súbdito de uno de los Estados contratantes. Si el menor de edad, tiene su residencia en el otro Estado, la tutela puede ser ordenada por las autoridades del lugar de la residencia, si así lo exige apremiantemente el interés del menor de edad. Ahora bien las autoridades del Estado nacional (a las cuales ha de ser comunicado) pueden exigir la supresión de la tutela ordenada de esta suerte y ordenar otra tutela distinta. Si hay motivo para ordenar la tutela de un súbdito menor de edad del otro Estado y la autoridad del Estado donde reside no quiere ordenarla, habrá de notificarlo a las autoridades del Estado nacional. Mientras la tutela no sea ordenada, como asimismo en todos los casos urgentes, las autoridades locales competentes pueden dictar las medidas que sean necesarias para proteger la persona y los intereses del menor de edad súbdito del otro Estado. Las autoridades del Estado nacional, las cuales habrá de ser notificada, pueden pedir la revocación de esas medidas. Si la autoridad nacional dirige una tutela y ello es conforme al interés del menor de edad, podrá transferir la tutela a las autoridades del otro Estado de acuerdo con ellas.

Entre Alemania y Austria, se concluyo el cinco de febrero de 1927 un Convenio sobre la tutela, que el Reichstag aprobó por ley el 16 de julio de 1927. Dicho Convenio fue ratificado por disposición el 27 de agosto de 1927, entrando en vigor el 24 de octubre de 1927. El Convenio declara expresamente inaplicables las disposiciones del Convenio de la Haya

para la regulación de la tutela sobre menores de edad. Se refiere exclusivamente la tutela sobre menores de edad. Establece que un menor de edad, que pertenezca a un Estado(Estado nacional), pero que tenga su residencia habitual en el otro Estado(Estado de residencia) sea tutelado por las autoridades de este último, pero las autoridades del estado nacional pueden pedir en todo momento la supresión de la tutela con el fin de tomar a su propio cargo la tutela. Si un menor de edad es tutelado en su Estado nacional y traslada su residencia habitual a otro Estado, habrá de ser tutelado allí, si lo piden las autoridades tutelares del Estado nacional. La tutela se extiende a la persona y a todo el patrimonio del menor donde quiera se encuentre este patrimonio. Por lo tanto, el alemán menor de edad que resida habitualmente en Austria es tutelado normalmente por las autoridades austriacas incluso por lo que afecta al patrimonio que tenga en Alemania y viceversa. Se exceptúan las fincas que, según el derecho del Estado en que estén sitas, vengan sujetas a una regulación especial.

El derecho nacional del menor es siempre decisivo para la cuestión de cuándo y por qué causas empieza o acaba la tutela. Por el contrario, en todos los demás aspectos rige el derecho del Estado cuyas autoridades dirigen la tutela. Sin embargo, las disposiciones del Estado de la residencia, según las cuales una tutela tenga lugar sin ordenación de las autoridades tutelares, sólo se aplican a los súbditos del otro Estado, cuando así lo determine el Estado de residencia. Lo específico en esta última disposición está que en general el derecho del Estado de residencia se aplica también automáticamente a las tutelas sobre súbditos del otro Estado y en cambio, las disposiciones sobre una tutela que automáticamente se produce por la ley sólo se aplican a los súbditos del otro Estado si la ley del Estado de la residencia establece especialmente semejante extensión. Por lo tanto,

desde el punto de vista alemán interesa la tutela legal oficial que la oficina de protección de la juventud tiene sobre todo hijo ilegítimo con el nacimiento del mismo.

Se establece pues con dicho convenio que mientras no exista una tutela las autoridades locales han de dictar, conforme a las disposiciones valederas para ellas, las medidas que sean necesarias para la protección de la persona y del patrimonio de un menor de edad súbdito de otro Estado. Toda medida ha de ser notificada a la autoridad competente para la dirección de la tutela y a petición de esta autoridad, se habrá de revocar la medida.

Sobre otras disposiciones relativas a notificaciones, transmisiones de actas y el auxilio oficial. Los gobiernos de ambos Estados pueden celebrar convenios sobre la ulterior regulación de la asistencia a los menores de edad para ejecutar y complementar el Tratado. Esto tiene la importancia de que los Gobiernos no tengan ya que recurrir a la vía legislativa en vista de tales Convenios, cuya ratificación además no es necesaria.

El Convenio de la Haya sobre la incapacitación y medidas tutelares semejantes, de 17 de julio de 1905, tiene el siguiente contenido principal:

Para la incapacitación es decisiva la ley nacional, y puede pronunciarse sólo por las autoridades competentes del Estado nacional. La tutela se ordena con arreglo a la ley nacional. Las medidas provisionales para la protección de la persona y del patrimonio se acuerdan por las autoridades locales competentes, cuando el súbdito de uno de los Estados contratantes se encuentra en el otro, en una situación para la cual la ley de su Estado nacional prevé la incapacitación. Las autoridades del Estado en cuyo territorio tiene su residencia habitual un extranjero que ha de ser

incapacitado, conforme a su ley nacional, habrán de dar noticia de esta situación tan pronto le sea conocida a las autoridades del Estado nacional y comunicarles en su caso la solicitud de incapacitación presentada antes ellas. Si las autoridades del lugar de residencia habitual habrán de resolver sobre la incapacitación, teniendo en cuenta a este efecto los obstáculos que, a tenor de la respuesta de las autoridades del Estado nacional, excluirán la incapacitación en el Estado nacional. La solicitud de incapacitación puede ser presentada ante las autoridades del lugar de residencia habitual, si es que son competentes conforme a lo expuestos anteriormente, por las personas y por las causas que admitan a la vez la ley del Estado nacional y la ley de la residencia. Si la incapacitación se pronuncia por las autoridades de residencia habitual, la administración respecto a la persona y al patrimonio del incapacitado se regula conforme a la *lex loci*, la cual es decisiva también para los efectos de la incapacitación. Ahora bien, si la ley nacional del incapacitado atribuye ipso jure el cuidado del mismo a una persona determinada (*patria potestad*), tal disposición habrá de observarse en lo factible. Esto no es incondicionalmente decisivo. La incapacitación, que haya sido pronunciada por las autoridades competentes conforme a las disposiciones del convenio, siempre que se trate de la capacidad del incapacitado y de la tutela sobre el mismo, es eficaz en todos los Estados contratantes, sin necesidad de una declaración de ejecutabilidad. Si se ha establecido una tutela por las autoridades del lugar de residencia habitual en meritos de una incapacitación pronunciada por ellas, podrá establecerse no obstante una nueva tutela según la ley del Estado nacional. Esta ordenación se habrá de notificar tan pronto como sea posible a las autoridades de este Estado en cuyo territorio se pronunció la incapacitación. La ley de este Estado resuelve sobre en qué momento termina la tutela allí introducida. Si ha terminado, a partir de aquel momento el efecto de la incapacitación

pronunciada por las autoridades de la residencia habitual, se juzgará por la ley nacional del incapacitado. La incapacitación pronunciada por las autoridades del Estado el lugar de residencia habitual puede ser revocada por las autoridades del Estado nacional, conforme a las leyes del mismo. Las autoridades que han declarado la incapacitación pueden revocarla igualmente; basta que la causa de revocación sea eficaz según la *lex loci* o según la ley nacional y basta que el solicitante esté calificado por una u otra ley. La revocación de la incapacitación es eficaz sin más en todos los Estados contratantes. El convenio se aplica sin distinguirse entre patrimonio mueble e inmueble, exceptuándose solo las fincas que estén sujetas a un régimen especial. El convenio rige para la incapacitación y demás medidas semejantes, siempre que tenga por consecuencia una limitación de la capacidad. Por lo tanto no rige para el nombramiento de un curador. Solo rige para la incapacitación de los súbditos de uno de los Estados contratantes que tenga su residencia habitual en uno de esos Estado. Únicamente las disposiciones sobre las medidas provisionales se aplican a todos los súbditos de los Estados contratantes.

3.5. Leyes Secundarias

3.5.1. Código de Familia.¹⁵⁸

Se considera un deber impostergable por parte del Estado, armonizar la ley secundaria con los preceptos constitucionales, y especialmente la ley secundaria que regula la figura de la Tutela, por tratarse de una figura jurídica de protección a los menores y personas mayores incapaces, que se

¹⁵⁸Decreto N° 677, Publicado en el Diario Oficial N° 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

encontró regulada en el Código Civil, pero que con la creación del código de familia, paso a formar parte de este cuerpo de leyes.

De esta manera en el artículo 272 se establece: Que la tutela es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente.

Según el artículo 274 la figura de la tutela puede ser de tres clases: testamentaria la que se constituye por testamento; legítima, la que se confiere por la ley; y dativa, la que confiere el Juez y las personas que ejercen la tutela se llaman tutores o guardadores y pupilos o tutelados los sometidos a ella.

Se establece en el artículo 273 la obligatoriedad de la tutela señalándose que están obligados al desempeño de la tutela del menor o incapaz los parientes que sean relativamente capaces.

Ahora bien por regla general la tutela será ejercida por una sola persona; sin embargo podrán ejercerla varias cuando el testador así lo hubiese dispuesto; o el Juez lo considere conveniente a los intereses del pupilo tal como lo establece el artículo 276, el cual además señala la posibilidad de colocar bajo una misma tutela a dos o más personas, con tal que haya entre ellas división de patrimonios, se consideran tantas tutelas como patrimonios resuelven.

En cuanto a la identidad del tutor el artículo 277 establece que el nombramiento de tutor recae en quien por sus condiciones personales o sus relaciones con el menor o incapaz sea el más conveniente para éste. Por regla general se procurará que tutor y pupilo sean del mismo sexo.

El artículo 278 menciona que cuando hubiere conflicto de intereses entre pupilos sujetos a una misma tutela el Juez les proveerá de tutores específicos para la atención y terminación del conflicto concluido el cual cesarán en el cargo.

Cuando el conflicto tuviere lugar entre el tutor y el pupilo, la representación de éste corresponderá al Procurador General de la República y Procuradores Auxiliares departamentales.

Mientras no se nombre tutor o no se discierna el cargo, el Juez, de oficio o a solicitud del Procurador General de la República, Procuradores Auxiliares departamentales, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado del menor incapaz y la seguridad de sus bienes según lo establecido en el artículo 279.

El artículo 280 señala que los menores que ya hubieren cumplido doce años de edad serán oídos previamente al nombramiento de tutor legítimo o dativo, o al discernimiento del cargo con respecto al tutor testamentario.

Si el menor manifestare que la persona que ha de ejercer la tutela no es idónea conforme lo establece el artículo 277, el Juez hará las investigaciones que estime oportunas y si los considera conveniente, oirá al Procurador General de la República, luego de lo cual hará o no el nombramiento, o discernirá el cargo, o dejara sin efecto el nombramiento del tutor testamentario, todo si el beneficio del menor así lo exige, lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 280.

El artículo 281 establece que el que dispusiere de bienes a título gratuito a favor del menor o incapaz, sujetos a tutela, podrá condicionar la liberalidad, a que los bienes no los administre el tutor, sino otra persona que designe

el afecto. En tal caso el Juez previa audiencia con al Procurador General de la República o del Procurador Auxiliar departamental que corresponda, autorizará la acepción de la liberalidad, salvo que sea inconveniente a los intereses del menor aceptarla en los términos en que se le hace.

Caso de autorizarse la aceptación, si no hubiere persona asignada para la administración o ella no aceptare el cargo o no fuere idónea, hará el Juez la designación.

Los administradores de determinados bienes de un menor o incapaz, estarán sujetos a las disposiciones relativas a los tutores, en los que fuere aplicable según lo señala el artículo 282.

Un punto bien importante es como se ha dicho anteriormente el control de la tutela el cual se establece en el artículo 283 del Código de Familia y establece que la misma se ejercerá bajo la supervisión del Juez, quien actuará de oficios, a solicitud del Procurador General de la República o de Procuradores Auxiliares departamentales, o de cualquier interesado. El Juez podrá establecer en la resolución mediante la cuales discierna la tutela o en otra posterior, las medidas de supervisión y control que estime oportunas en beneficio del pupilo.

Así mismo podrá en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del tutelado y del estado de la administración.

Vistas las disposiciones comunes de la tutela es conveniente hablar de las disposiciones especiales para cada clase de tutelas, así pues se encuentra que de acuerdo al artículo 284 que podrán nombrar tutor por testamento: 1) El padre o la madre para los hijos que estén bajo su autoridad parental; 2) Los abuelos, para los nietos que estén sujetos a su

tutela y 3) Cualquiera otra persona, para el menor o incapaz al que se instituya heredero o legatario. Cuando los padres ejerzan la autoridad parental de consuno o cuando los abuelos ejerzan la tutela conjuntamente, sólo tendrá eficacia el nombramiento de tutor hecho por cualesquiera de los padres o abuelos que falleciera por último.

El artículo 285 señala que cuando el testador nombrare a varios tutores para que se sustituyan uno a otros, y no fijare el orden en que deban ejercer la tutela, el Juez nombrará de entre ellos al que le parezca más idóneo, de conformidad a los criterios fijados por el artículo 277.

Por su parte el artículo 286 señala en cuanto a la transferencia de la tutela, que si hallándose en el ejercicio un tutor legítimo o dativo, se presentare el testamentario, se transferirá inmediatamente a ésta la tutela, salvo que el Juez decida otra cosa en interés del tutelado.

En cuanto a la tutela legítima de los menores de edad, en el 287 se señala que a falta de la tutela testamentaria tiene lugar dicha tutelas y son llamados para ejercerla las siguientes personas en el orden que se enuncian: 1) Lo abuelos; 2) Los hermanos; 3) Los tíos; y 4) Los primos hermanos. Pudiendo el Juez variar el orden anterior o prescindir del cuando existan motivos justificados.

Ahora bien según lo señala el artículo 288, cuando hubieren dos o más parientes de igual grado, el Juez nombrará tutor entre ellos al que fuere más idóneo conforme al artículo 277.

Para el caso de los menores casados el artículo 289 establece que no obstante el orden de llamamiento a que se refiere el artículo 287, cuando se trate de un menor casado será llamado a su guarda legítima, en

primero lugar su cónyuge, si fuere mayor de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final dicho artículo.

Cuando ambos fueren menores de edad, se estará a lo dispuesto en el artículo 276 del Código de familia es decir a la pluralidad de tutores.

Respecto la tutela legítima de los mayores de edad el artículo 290, establece que estarán sujetos a tutela las personas que cuando fueren declarados incapacitados y no se encuentren bajo autoridad parental prorrogada o restablecida.

Son llamados a la tutela legítima de los mayores de edad, incapacitados, las siguientes personas: 1) El cónyuge; 2) Los hijos; 3) Los padres; 4) Los abuelos; 5) Los hermanos; 6) Los tíos; y 7) Los primos hermanos, a quienes se les aplicará también lo dispuesto en el artículo 277 del Código de familia que habla respecto la idoneidad del tutor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 291.

Para el caso de los mayores de edad estos no pueden ser declarados incapaces sino por sentencia judicial, en virtud de causas legales y con la intervención, en su defensa, del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, como lo señala el artículo 292.

La ley en su artículo 293 establece las causas de incapacidad siendo estas las siguientes:

1ª) La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos y,

2º) La sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable.

El artículo 294 regula a la autorización para internamiento de un presunto enfermo mental en un centro psiquiátrico, el cual requerirá de autorización judicial previa; salvo que por grave urgencia fuere necesario tomar tal medida, en cuyo caso el titular del centro que aceptare el internamiento dará cuenta inmediatamente al juez, y a la familia de aquél o a su representante si fueren conocidos, y en todo caso al Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, so pena de incurrir en responsabilidad el mencionado titular.

Respecto a los actos y contratos del enfermo mental el artículo 295 establece que estos son nulos, posteriores a la declaratoria de incapacidad, son nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido; por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados antes del decreto de incapacidad, son válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces mentalmente enfermo.

Por su parte los menores de edad podrán ser declarados incapaces, a solicitud de quienes ejerzan la autoridad parental o la tutela, o del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacidad persistirá después de alcanzada la mayoría de edad. Esta declaratoria tendrá por finalidad la prórroga de pleno derecho de la autoridad parental o de la tutela, según lo señala el artículo 296.

Según se establece en el artículo 297 el tutor del menor incapaz continuará de pleno derecho en el desempeño del cargo, después de haber alcanzado el pupilo la mayoría de edad.

Así como el Código de familia establece las causas por las cuales una persona es declarada incapaz también prevé que el incapaz por enfermedad mental podrá ser rehabilitado, si apareciere que ha recobrado la razón permanentemente, de conformidad a lo establecido en el artículo 298, el cual además señala que también podrá rehabilitarse al incapaz sordo, cuando se haya hecho capaz de entender y darse a entender de manera indudable, si él mismo lo solicitare.

En el capítulo II, parte segunda, sección tercera del Código de Familia, se encuentran las reglas relativas a la tutela dativa que es aquella que se da a falta de tutela legítima, en este caso el Juez nombrará tutor a la persona que reúna las condiciones señaladas en el artículo 277 de este Código, la misma se encuentra regulada en el artículo 299.

Quien hubiere acogido un niño expósito o abandonado, será preferido en el nombramiento de tutor, siempre que reúna las condiciones legales.

De acuerdo al artículo 300 el Juez tiene de oficio, la obligación proveer de tutor al menor o incapacitado que no lo tenga, en cuanto tuviere conocimiento del hecho por cualquier medio.

El Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, velarán porque no haya menores o incapaces sin guardador.

En el artículo 301, se enumeran las personas que pueden ser tutores.

Ahora bien la ley no solo regula a aquellas personas que no podrán ser nombradas tutores por su falta de idoneidad sino también aquellas que por

diversas razones no pueden ejercer el cargo siendo estas de acuerdo las establecida en el artículo 302.

El tutor testamentario que se excusare del cargo perderá todo lo que se le hubiere asignado en el testamento, de acuerdo al artículo 303.

Uno de los puntos más importantes en los nombramientos de tutores son las causas de remoción de dicho cargo ya que cabe recordar como se ha dicho anteriormente que esta es instituciones para proteger al menor y/o al incapaz, por lo que el Código de familia en su artículo 304 ha establecido que serán removidos de la tutela: 1) Aquellos a quienes, después, después de discernido el cargo, les sobrevenga alguna de las inhabilidades enumeradas en el artículo 301 de este Código; 2) Los que desempeñaren el cargo con negligencia, ineptitud o infidelidad; 3) Los que promovieren o favorecieren la corrupción o delincuencia del pupilo; 4) Los que maltrataren o abandonaren al tutelado; 5) Los que a sabiendas hubieren cometido inexactitud en el inventario; 6) Los que se ausentaren del lugar de su domicilio por más de seis meses y 7) Los que incumplieren grave o reiteradamente los demás deberes que impone el cargo.

El tutor legítimo que fuere removido de la tutela, perderá el derecho de suceder abintestato al pupilo, como lo señala el artículo 305 del Código de Familia.

En el capítulo IV se encuentra lo relativo al ejercicio de la tutela comenzando por el discernimiento del cargo señalado en el artículo 306.

El artículo 307 desarrolla lo concerniente al inventario y avalúo de bienes del pupilo.

Practicado el inventario y avalúo, el tutor deberá constituir garantía de administración, salvo que hubiere sido relevado de esta obligación por el testador. Según el artículo 308.

Los artículos 309, 310, 311 y 312 establecen en su orden, la garantía por causa sobreviniente, la cobertura de la garantía es decir lo que esta debe cubrir, los tipos de garantías admisibles y finalmente el presupuesto realizado por el tutor de los gastos necesarios para la alimentación del pupilo y la administración de bienes para que sea aprobada por el Juez.

Según el artículo 313 cuando la tutela se ejerza por varios guardadores, se observarán las reglas siguientes: 1) Las facultades que les corresponden habrán de ser ejercidas por ellos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de acuerdo, el juez, después de oírlos a ellos y al pupilo si éste fuere mayor de doce años, resolverá lo que estime conveniente. Si los desacuerdos fueren reiterados y entorpecieren gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el juez reorganizar su composición o proveer de nuevos tutores al pupilo; 2) Si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso o los guardadores lo solicitaren, podrá el juez resolver que las funciones de la tutela se distribuyan entre los tutores, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, pero si hay decisiones que conciernan a todos, en cuanto a ellas se observará la regla precedente y 3) Cuando por cualquier causa falte alguno de los guardadores, la tutela subsistirá con los restantes, a no ser que al hacerse el nombramiento se hubiere dispuesto otra cosa.

Los deberes y facultades que el tutor tiene respecto de su pupilo las mismas facultades y deberes que la ley otorga e impone a los padres en relación a

sus hijos, con las modificaciones y limitaciones legales, según lo establece el artículo 314, el pupilo debe respeto y obediencia a su tutor.

En el artículo 315 se establece las reglas del cuidado de pupilo señalándose que éste tiene la obligación de cuidar del pupilo como buen padre de familia; y si éste ha sido declarado incapaz, a hacer cuanto fuere necesario para que pueda valerse por sí mismo y sea rehabilitado. Cuando en el pupilo menor de edad exista causa de incapacidad y se prevea razonablemente continuará después de alcanzar su mayoría de edad, antes de que la cumpla, el tutor deberá solicitar la declaratoria correspondiente, para los efectos previstos en este Código.

Es deber del tutor educar y formar integralmente al pupilo, facilitarle acceso al sistema educativo y orientarlo en la elección de una profesión u oficio. Si el pupilo había iniciado estudios para obtener cualquier profesión u oficio, mientras estuvo bajo autoridad parental, el tutor no podrá variarlos sin autorización judicial, para lo cual el juez tomará en cuenta la opinión del menor y sus aptitudes y circunstancias, así lo señala el artículo 316.

El artículo 317 señala que el pupilo menor de edad tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos con su propio trabajo o industria.

Según el artículo 318 los pupilos menores de edad, que hayan cumplido catorce años, tienen derecho a que el tutor los asocie en la administración de los bienes pupilares, para su entrenamiento, información y conocimiento. El ejercicio de este derecho no exime al guardador de responsabilidad.

Las alhajas, muebles preciosos y títulos valores que a criterio del juez no deban estar en poder del tutor, serán depositados en una institución de crédito a favor del pupilo, de acuerdo al artículo 319.

En cuanto a depósitos de dinero según el artículo 320 el tutor deberá depositar el dinero del pupilo en una institución de crédito, manteniendo las cuentas de éste separadas de las propias.

El tutor responderá de los intereses legales del capital del pupilo, cuando por su omisión o negligencia quedare improductivo, como lo señala el artículo 321.

Aun y cuando el tutor es el representante legal del pupilo la ley en su artículo 322 ha establecido que el mismo necesita autorización judicial para ciertos actos siendo estos los siguientes: 1) Para internar al pupilo en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; 2) Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del pupilo; para dar los primeros en arrendamiento por mas de tres años, o por más tiempo del que falte al menor para alcanzar su mayoría de edad, o con anticipo de renta por más de un año; para hacer o reconocer mejoras que no sean necesarias; para constituir servidumbres pasivas; y, en general, para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que sean de valor superior a un mil colones. Los contratos de arrendamiento a que se refiere este ordinal no podrán ser prorrogados voluntariamente; 3) Para repudiar herencias, legados y donaciones a favor del pupilo; 4) Para transigir o comprometer en árbitros las cuestiones en que el pupilo tuviere interés; 5) Para pagarse créditos que tenga contra el pupilo; 6) Para resolver sobre la forma, condiciones y garantías en que

debe colocar a crédito el dinero del pupilo y 7) En los demás casos previstos por la ley.

Sin embargo no obstante lo anterior existen algunas excepciones como las señaladas en el artículo 323 que son la venta de títulos valores y los frutos y ganados, los cuales aunque pueden venderse sin autorización judicial deberán ser comprobados por el tutor al rendir cuentas.

Otro de los actos en los cuales se requiere autorización judicial es para enajenar o gravar los bienes inmuebles, los derechos reales y los bienes muebles del pupilo que valgan más de un mil colones, procederá sólo por causa de utilidad o de necesidad comprobada. La autorización no es necesaria cuando la venta de los bienes del pupilo corresponda al giro ordinario de sus negocios, de acuerdo al artículo 324.

Entre los actos prohibidos al tutor se encuentran: 1) Contratar por sí, por interpósita persona o a nombre de otro con el pupilo, o aceptar contra él créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal. Esta prohibición se extiende al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del tutor; 2) Disponer a título gratuito de los bienes del pupilo, excepto las donaciones en dinero y otros bienes muebles a favor de un consanguíneo necesitado, autorizadas por el juez, por causa razonable; 3) Aceptar donaciones del que fue su pupilo, sin estar aprobadas las cuentas de su administración y cancelado el saldo que resultare en su contra, salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge, conviviente o hermano del donante; 4) Hacer remisión de derechos del pupilo; 5) Aceptar sin beneficio de inventario las herencias deferidas al pupilo; y 6) Aceptar sin reserva las cesiones de derechos o créditos que los acreedores del pupilo hagan a terceros. Tales prohibiciones se encuentran en el artículo 325.

Existe una prohibición especial contemplada en el artículo 326 y es que cuando la persona o bienes del pupilo sean los asegurados, no se puede designar como beneficiario al tutor. Esta prohibición es aplicable al cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes y hermanos del guardador.

Una situación particular en los nombramientos de tutores es que a pesar de que el objeto de la misma es la protección del menor o el incapaz la ley reconoce la retribución económica a los mismos, en el artículo 327, estableciendo que la misma se pagará anualmente y que no bajará del cinco por ciento anual ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas ni productos, el juez la fijará teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.

Si el pupilo no tuviere bienes o éstos fueren exiguos, el tutor ejercerá el cargo gratuitamente.

A pesar de que la ley reconoce el derecho al tutor de recibir una retribución por su desempeño también la misma establece en el artículo 328 que cuando el tutor hubiere sido removido por causa imputable a él, no tendrá derecho a retribución alguna.

Según lo establecido en el artículo 329 el tutor está obligado a llevar cuentas exactas y comprobables de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados por el juez que discernió la tutela. Al

finalizar su cargo, presentará una memoria que resuma los actos de su administración.

La tutela termina por: 1) Por alcanzar el pupilo su mayoría de edad, salvo que la tutela se haya prorrogado; 2) Por la muerte del pupilo o del tutor; 3) Por rehabilitación del incapacitado y 4) Por quedar el pupilo sujeto autoridad parental. La terminación se marginará en la partida de nacimiento del pupilo.

No menos importantes son los capítulos cinco y seis del título II, los cuales contienen los esencialmente la parte principal del presente trabajo y debido a que el mismo será desarrollado de manera más exacta en el capítulo cinco, solo se enuncia someramente el contenido de los mismos. Así pues en el primero de los capítulos en comento, se establece en el artículo 331 la obligación que tiene el tutor de rendir cuentas.

El artículo 332 señala el plazo para la rendición final de cuentas; artículo 333 establece que las cuentas deben ir acompañadas de documentos justificativos; el artículo 334, menciona que los gastos de la rendición de cuentas serán a cargo del que estuvo sometido a la tutela.

Por su parte el artículo 335 establece la obligación de entregar los bienes del pupilo; el 336 menciona la obligación del tutor que sustituye a otro de exigir entrega de bienes mención de cuentas, bajo pena de responder por los daños que por su omisión se causaren al pupilo; en cuanto a los intereses el artículo 337 establece que el saldo de las cuentas a favor o en contra del tutor, devengará el interés legal; en el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; y en el segundo, desde el día siguiente a la expiración del plazo para rendir las

cuentas; finalmente el artículo 338 habla de la prescripción de las acciones y obligaciones que recíprocamente correspondan al tutor o al que fue su pupilo, señalando que las mismas, prescriben en cuatro años de concluida ésta.

El segundo de los capítulos arriban mencionados, que habla respecto a los registro de la tutelas establece en el artículo 339 las instituciones de registro y materias a inscribirse; el artículo 340 establece que deberá llevarse un índice de las tutelas por orden alfabético del apellido de los tutelados; el 341 señala que el encargado de llevar dicho registro será el Juez; mientras que en el artículo 342 se habla de las marginaciones sobre rendición de cuentas y finalmente el artículo 343 señala la revisión obligatoria de las inscripciones es decir la revisión frecuente por parte del Juez en el registro correspondiente para llevar un control de las tutelas .

3.5.2. Ley Procesal de Familia.¹⁵⁹

La Ley Procesal de Familia, es la que desarrolla los principios de la Doctrina Procesal moderna, para lograr el cumplimiento eficaz de los preceptos establecidos en el Código de Familia.

Encontrándose así en el artículo 133 de la Ley Procesal de Familia, lo concerniente a las reglas que deben observarse en la formación de inventario el cual debe ser presentado previo al discernimiento del cargo, mientras que el artículo 138 de la citada Ley establece las reglas que se observaran para el inventario de bienes del pupilo.

¹⁵⁹ Decreto N° 133, Publicado en el D.O. N° 173, Tomo 324 de fecha 20 de septiembre de 1994.

En el Capítulo VII, Título V encontramos lo relativo al procedimiento en las diligencias de jurisdicción voluntaria dentro de las cuales se enmarcan las diligencias de tutor y declaratoria judicial de incapacidad; en el mismo título capítulo II sección segunda en su artículo 185 se establecen disposiciones especiales sobre las capacidades del demente y del sordo, la obligación del tutor para constituir hipoteca en el artículo 186 y finalmente la rendición de cuentas y restitución de bienes en el artículo 187.

CAPITULO IV

TRAMITE DE LA TUTELA Y LA RENDICION DE CUENTAS EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

Dada la promulgación del Código de Familia y la Ley procesal de familia, en modificación a lo establecido por el Código de Civil, respecto a las tutelas, es necesario enfocar el presente capítulo a la práctica jurídica del trámite de las mismas, ya que cada vez es más frecuente la presentación de este tipo de solicitudes a los Juzgados de Familia en el país.

Previo a entrar de lleno en la temática, relacionada cabe hacer mención que el trámite de nombramiento de tutor es una diligencia de jurisdicción voluntaria, la cual al igual que la declaratoria judicial de incapacidad no implican contención entre las partes.

El procedimiento de las diligencias de nombramiento de tutor y declaratoria judicial de incapacidad se establece; para garantizar y proteger tanto a la persona de los menores, los incapaces y a su patrimonio; puede señalarse el trámite de dichas diligencias de la siguiente manera:

4.1. Juez competente.

Con la nueva normativa familiar, se crearon los Tribunales especializados, que conocerían en materia de familia, los cuales contarían cada uno con un Juez de Familia, a quien la ley da intervención en todos los asuntos relacionados con la familia, los menores y los incapacitados, que necesitan un tutor, así como el trámite del mismo.

Vista la competencia no solo desde el punto de la materia sino también del territorio, siendo que las diligencias de nombramiento de tutor y declaratoria judicial de incapacidad no generan contención entre las partes,

y a diferencia de las diligencias de adopciones para las cuales la ley procesal establece en su artículo 191, que el Juez competente será el Juez de familia del lugar de residencia habitual del adoptado; debe entenderse, que las diligencias en comento, pueden ser interpuestas ante cualquier Tribunal de familia, del país; sin embargo claro esta que por cuestiones de practicidad las mismas usualmente son presentadas en el domicilio de la persona que pretende ser nombrada tutora.

4.2. Propuestos de la tutela.

Para que a una persona le sea nombrada un tutor el artículo 272 del Código de Familia, establece que la misma procede para los menores no sometidos a la autoridad parental y las personas adultas si estos han sido declarados incapaces. Ahora bien según lo establecido en el artículo 293 del Código de Familia son causas de incapacidad las siguientes:

- 1) La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos; y
- 2) La sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable.

Vale la pena detenerse a analizar un poco el contenido del artículo en mención, en relación a la primera de las causas, esta no tiene otro fin que el de proteger principalmente los intereses patrimoniales de la persona, ya que sería difícil si se tuviera que estar demostrando el estado mental de la persona en cada acto que realizará, para obtener la nulidad del mismo. De allí el porque a la persona; que padece la incapacidad mental se la imposibilita también para contratar y actuar en la vida civil, aunque se halle en intervalos lucidos, ya que de esta manera todos los actos y

contratos posteriores a la declaratoria judicial de incapacidad son nulos aunque se hubieran celebrado en dichos intervalos.

Respecto a la segunda de las causas en comento, debe tomarse en cuenta, que aunque muy excepcionalmente existen casos de este tipo, el Juez debe valorar, que efectivamente la deficiencia física de la persona, provoca una real disminución del discernimiento del sujeto, es decir, que exista una incomunicación total que impida a la persona gobernarse por sí mismo, ya que cabe mencionar, que la mayoría de personas sordas saben leer y escribir.

4.3. Diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.

Tanto la declaratoria judicial de incapacidad, como el nombramiento de tutor exigen una declaración formal, por la autoridad judicial; es de señalar que la primera puede seguirse aparejada con el nombramiento de tutor, y en el caso de los menores de edad usualmente se sigue únicamente con el segundo.

Existe un procedimiento específico destinado a ello, en el cual se trata que el Juez alcance en el caso de las declaratorias judiciales de incapacidad, el convencimiento de que aquellas persona no puede gobernarse así mismas y en caso de los menores, que este se encuentra fuera de la autoridad parental y que además quien pretende ser su tutor es la persona idónea para ejercer el cargo.

Será siempre una decisión judicial, mediante forma de sentencia la que determine la incapacidad de una persona y la idoneidad de otra, para ser el

tutor de esa persona; a continuación se detalla el procedimiento a seguir el cual en términos generales es el mismo para ambas diligencias.

4.3.1. Solicitud y sus requisitos.

Como ya se ha establecido anteriormente estas diligencias son de jurisdicción voluntaria, es decir, que no existe controversia entre las partes, aunque excepcionalmente pueden llegar a serlo, usualmente en los casos que la persona de quien se declara la incapacidad posee bienes ya que siempre es más de una la persona que se considera puede administrar mejor los mismo; sin embargo en una diligencia en la que no exista dicha situación el artículo 180 de la Ley Procesal de Familia establece que la solicitud “deberá reunir los requisitos previstos para la demanda en lo que fuere aplicable, excepto en lo referente al demandado”.

Lo anterior significa que la solicitud debe contener los requisitos establecidos en el artículo 42 de la ley procesal de familia siendo estos los siguientes:

- a) La designación del Juez a quien se dirige, en los lugares en donde no hubiere oficina receptora de demandas;
- b) El nombre, calidad de mayor o menor de edad y domicilio del demandante y del apoderado; y en su caso, los mismos datos del representante legal;
- c) El nombre, calidad de mayor o menor de edad y domicilio del demandado; en su caso, los mismos datos del representante legal o apoderado. Si se ignorare su paradero, se manifestará esta circunstancia y se solicitara su emplazamiento por edicto;

- d) La narración precisa de los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones;
- e) La pretensión, expresada con precisión y claridad. Cuando se acumulen varias pretensiones, éstas se formularán con la debida separación;
- f) El ofrecimiento y la determinación de los medios de prueba que el demandante pretenda hacer valer;
- g) La designación del lugar que señale el apoderado para recibir notificaciones; así como el lugar donde se pueda emplazar al demandado o citar a la parte demandante, cuando deba comparecer personalmente;
- h) La solicitud de medidas cautelares, cuando fuere procedente;
- i) Los demás requisitos y datos que por la naturaleza de la pretensión exija la Ley o sea indispensable expresar; y
- j) El lugar, fecha y firma del peticionario.

De la demanda y de los documentos que se presenten se deberá entregar tantas copias como demandados haya y una copia adicional para el archivo del Juzgado.

Cabe mencionar que entre los requisitos que no son establecidos por la ley y son necesario en las declaratorias judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor y que podrían entrar en el literal i) del mencionado artículo están por las certificaciones de las partidas de nacimiento de los menores o de los presuntos incapaces, así como las certificaciones de las partidas de nacimiento de las personas que pretenden ser nombradas como tutores, esto a fin de demostrar la legitimación procesal con la que actúan es decir si se encuentran dentro de los llamados a ejercerla; puede mencionarse como otro documento la certificaciones de las partidas de defunción de los padres en el caso de los menores como de los presuntos

incapaces , cuando quien solicita ser tutor es un pariente cercano o la certificación de la partida de matrimonio cuando es el cónyuge.

Uno de los puntos más importantes en la solicitud es la narración de los hechos, ya que de este dependerá si la misma es prevenida, admitida o rechazada, ya que si las circunstancias por las cuales se pide la tutela o el porqué la persona quien la solicita, no establecen correctamente señalando la presunta incapacidad de la que adolece la persona o porque según el solicitante es la persona más idónea, para ejercer el cargo, puede incluso terminar nombrándose a otra persona y no a quien lo solicita; en la narración de los hechos, es necesario, el establecer también si existen o no otros parientes que pudieran ser llamados a ejercer la tutela según el orden establecido por la ley y si los hubiere, señalar porque éstos no son los idóneos para ejercer el cargo.

En el literal h, se establece que podrán solicitarse medidas cautelares cuando fuere procedente, tal situación es posible en el caso de existir bienes o cuentas bancarias a nombre del presunto incapaz, que se considere corren peligro por lo que se debe solicitar las medidas cautelares pertinentes para garantizar los mismos o incluso el Juez si lo advierte podría ordenarlas de oficios.

4.3.2. Admisión de la solicitud.

Una vez presentada la solicitud, sin que esta haya sido prevenida, o si lo fue se hayan evacuado la o las prevenciones respectivas, dentro del plazo establecido por la ley, el cual es de tres días de conformidad a lo establecido en el artículo 96 de la Ley Procesal de Familia, se procede a realizar el auto de admisión de la misma.

En el auto admisorio de la solicitud, se le concede intervención judicial, ya sea a un Abogado particular, o a un Agente Auxiliar del señor Procurador General de la República, en representación de la persona quien desea ser nombrada como tutor(a). Es de mencionar que ya sea la solicitud interpuesta por uno o por otro, ambos comparecen en representación legal del solicitante, por lo que aunque pareciera una mala utilización de recursos más que todo en aquellas diligencias que son promovidas por la Procuraduría General de la República, es necesario notificar al Procurador General de la República para que de conformidad a lo establecido en el artículo 224 del Código de Familia a través de uno de sus Agentes, comparezca en las diligencias para representar los intereses del presunto incapaz.

En el mismo auto se señalará fecha, para la realización de audiencia de sentencia, cuyo lapso no tendrá que ser mayor de quince días posteriores al auto de admisión de la solicitud, en el que se ordenará tanto la notificación y citación de quien se crea con derecho al ejercicio de la guarda, su Apoderado o representante legal, el Procurador General de la República, la Procuradora de Familia Adscrita; así como a los testigos ofrecidos en la solicitud.

Cabe mencionar que en los casos en los cuales se trata de una declaratoria judicial de incapacidad, ya sea acompañada o no del nombramiento de tutor en el auto de admisión el Juez esta obligado a ordenar la realización de una evaluación médico psiquiátrica al presunto incapaz, en el Instituto de Medicina Legal de la ciudad donde se ha interpuesto la solicitud, esto obedece a dos razones principales: 1) para determinar médicamente que efectivamente la persona evaluada es incapaz y no puede valerse por si misma, para cumplir así los requisitos establecidos en la ley; y 2) porque

por ser una prueba pericial elaborada por una institución gubernamental especialista en la materia, puede ser incorporada y valorada por el Juez sin pensar que ha existido algún tipo de intereses al establecer la incapacidad de una persona.

Se ordena además la realización de un estudio psicosocial, a las partes que intervienen para lo cual se comisiona a uno de los equipos multidisciplinarios adscritos al juzgado, esto a efectos de ilustrar al Juez sobre las condiciones del presunto incapaz o el menor en su caso, así como las de quien solicita ejercer el cargo de tutor(a).

4.3.3. Audiencia de Sentencia.

La declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, en nuestra legislación exigen una declaración formal, la cual se establece a través del procedimiento específico, para que el Juez, alcance la convicción de que, la persona que solo se tiene por presunta incapaz, lo es y en el caso de nombramiento de tutor que la persona a quien se nombra es idónea para el cargo; siendo por esto que tal decisión se forma en una sentencia la cual establecerá o no dichos aspectos.

Como se dijo anteriormente el señalamiento de la audiencia de sentencia se realiza desde el auto que admite la solicitud, y es en esta donde el Juez deberá llegar a una certeza total respecto a la incapacidad y el nombramiento del tutor. Es así pues que de conformidad a lo establecido en el artículo 114 de la Ley Procesal de Familia verificada las citaciones de las partes se celebrará la audiencia en la fecha y hora señalada; el Juez la declarará abierta para la realización de la misma debe contarse los resultados de la evaluación ordenada en el Instituto de Medicina Legal, así

como el estudio realizado por parte del equipo multidisciplinario adscrito al Juzgado, ya que de no contar con alguno de estos dos informes, no es posible la realización de la audiencia y por lo tanto es suspendida y reprogramada nuevamente.

Si al llegar el día de la audiencia se cuenta con todas las formalidades antes relacionadas, el Juez con los presentes declara abierta la misma y procederá hacer un resumen de la solicitud y las pretensiones de la parte actor.

Posteriormente se procede a la recepción de la prueba testimonial ofrecida, de acuerdo a lo establecido en el artículo 116 de la Ley Procesal de Familia, el cual señala que el Juez llamará a los testigos, uno a uno quienes no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni recibir información de lo que ocurre en la audiencia, sin embargo el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración de los testigos.

El Juez preguntará a los testigos sobre su identidad y les concederá la palabra para que informen lo que saben sobre los hechos alegados por la parte actora.

Las partes, los apoderados, el Procurador de Familia y el Juez, podrán interrogar directamente a los declarantes y a las partes para el esclarecimiento de la verdad.

El Juez moderará el interrogatorio y evitará las preguntas capciosas, sugestivas e impertinentes y procurará que el interrogatorio se produzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad del interrogado, lo anterior según lo establecido en el artículo 117 de la ley Procesal de Familia.

Es de mencionar que si bien es cierto en los casos de declaratoria judicial de incapacidad la misma ya se tiene establecida por el informe de medicina legal, es necesario si se está solicitando un tutor ya sea para un menor o un incapaz, escuchar a los testigos para establecer la idoneidad del mismo, debiendo señalar para estos que efectivamente en aspectos como: gastos de alimentación, cuidados personales, en caso de medicamentos, vestuario y atenciones personales, son realizadas por la persona que desea ser tutor(a).

Respecto al estudio psicosocial ordenado, si bien como la misma ley lo establece, no constituye prueba, si servirá de ilustración en cuanto a los siguientes aspectos:

El informe Social, el encargado de realizar el mismo es uno de los Trabajadores Sociales adscritos al Juzgado, y debe consignar como primer rubro el motivo del informe, esto es hacer una breve explicación del porque y para que de su intervención en el caso.

Deberá consignar también las generales del o la solicitante, así como hacer un antecedente de la historia familiar y social tanto del presunto incapaz o el menor en su caso y de la persona quien pretende ser nombrado tutor, el cual a veces incluye la adolescencia y juventud de las partes, datos estudiantiles, relaciones sociales, amigos, noviazgos matrimonios etc.

Otra situación importante que se consigna en el estudio social es la situación familiar que implica la obtención de datos tales como fechas de matrimonios, número de miembros que integran su grupo familiar, entre otros.

De acuerdo a los miembros de la familia de la persona que desea ser nombrada como tutor se investiga la opinión de ellos en relación del a la tutela que se sigue, pues se tendría una idea del ambiente en el cual estará el incapaz o el menor, en cuanto a la aceptación que tendrá dentro del grupo familiar.

Otro aspecto que se hace constar en el informe es la situación económica, incluyendo datos sobre la clase de trabajo que desempeñan él o la solicitante, ingresos que contiene así como también, se debe incluir además los egresos.

Debe establecerse datos sobre la vivienda como por ejemplo, el número de habitaciones, la descripción de la zona donde esta ubicada haciendo mención de los servicios existentes, (escolares, recreativos, etc.)

El informe Psicológico al igual que el Social se inicia consignando las generales del o la solicitante, en ella se consignará una síntesis del perfil psicológico de la parte solicitante señalando los rasgos fundamentales de su personalidad como: La capacidad intelectual, la naturaleza emocional, los intereses y hábitos del solicitante, los proyectos y realizaciones de su vida, las necesidades y frustraciones, los aspectos patológicos (sí lo hubiere), tratamiento de éstos y posibilidades de superación. También se deben puntualizar conclusiones en cada uno de los indicadores, que permitan expresar en forma sintética el perfil general del caso.

Sobre la base del estudio, el profesional sustenta su opinión psicológica expresando la conveniencia o inconveniencia de la tutela.

Al final del informe psicosocial, se consignan las conclusiones y recomendaciones por parte del Trabajador Social y el Psicólogo que han

realizado dicho estudio, en el cual concluyen recomendando o no el nombramiento de tutor(a).

En audiencia de sentencia una vez escuchada la prueba testimonial ofrecida por la parte actora, se procede a la fase de alegatos según lo establece el artículo 121 de la Ley Procesal de Familia, en donde se escuchara a las partes que intervienen en la diligencia iniciando por el Apoderado o representante legal del solicitante, hasta finalizar con el Procurador de Familia, por un tiempo máximo de treinta minutos, en esta etapa cada una de las partes debe establecer argumentos de hecho y derecho para lograr el convencimiento del Juez y este falle a su favor .

Una vez concluidos los alegatos, se procederá en la misma audiencia a dictar el fallo en el que se resolverán todos los puntos propuestos y los que por mandato legal sean su consecuencia; si fuere posible se dictará la sentencia, caso contrario, se pronunciará ésta dentro de los cinco días siguientes.

4.3.4. Sentencia.

Legalmente el Código de procedimientos Civiles en el artículo 417 define la sentencia como “la decisión del Juez sobre la causa que ante él se controvierte.”

En el caso de las sentencias de materia de familia el artículo 82 de la Ley Procesal de familia establece que las mismas no requieren de formalidades especiales, serán breves y contendrán:

a) Lugar, día y hora de su pronunciamiento, el proceso a que se refiere e indicación de las partes; estos datos constituyen el encabezado de la

sentencia, esto responde a lo establecido en el artículo 1253 del Código de Procedimientos Civiles, que establece “. en toda diligencias judicial, sea de la clase que fuere, se pondrá no sólo el día mes y años, sino también la hora...”

b) Relación sucinta de los hechos y cuestiones planteadas; en este apartado el Juez realiza una breve narración de los hechos y situaciones que se han planteado en el desarrollo del trámite de las diligencias.

c) Análisis de las pruebas producidas. El juez deben hacer mención de la prueba que fue presentada y admitida, señalando de una manera breve la utilidad probatoria que cada prueba ofertada arrojó en las diligencias, haciendo mención además del folio en el cual consta dicha prueba.

d) Motivación, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustente la decisión. Este considerando de la sentencia es muy importante pues tal como lo establece el artículo 56 de la Ley Procesal de Familia, el Juez en base a la regla de la sana crítica, las circunstancias y las pruebas vertidas en el proceso, debe señalar como cada uno de estos, ha influido en su convicción para dar el fallo emitido en audiencia de sentencia ya sea este favorable o no al solicitante.

e) Pronunciamiento preciso y claro sobre las pretensiones deducidas en el proceso y lo que sea su consecuencia. Esto constituye el cierre de la sentencia.

f) Ordenar medidas de protección o la continuación de las ya existentes; tal situación es perfectamente aplicable en el caso de las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, ya que

según lo establece el artículo 144 de la ley procesal de familia, en los procesos que tengan por objeto la protección del menor, el Juez podrá ordenar las medidas de protección y en la sentencia al reconocer el derecho deberá, cuando fuere el caso además:

a) Ordenar que cese la amenaza o vulneración del derecho y el restablecimiento del mismo;

b) Ordenar al infractor que se abstenga de reincidir en su comportamiento;

c) Ordenar que el grupo familiar o cualesquiera de sus miembros asistan a programas de orientación y apoyo socio familiar o médicos, si fuere el caso;

d) Ordenar las medidas necesarias que garanticen el ejercicio del derecho amenazado o vulnerado;

e) Librar los oficios correspondientes a las instituciones estatales que deben cumplir o hacer cumplir los derechos que se encuentren vulnerados o amenazados, para que a los responsables se les apliquen sanciones de conformidad a las normas respectivas, previniéndoles que deben informar al Juzgado el incumplimiento de dicha orden y,

f) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado.

Lo anterior será aplicable en los procesos que tengan por objeto la protección del incapaz y de las personas adultas mayores, cuando fuere el caso.

4.4. Diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela.

En el caso de las tutelas el trámite no finaliza con la sentencia pronunciada por el Juez de Familia, al contrario previo a ejercerla deben de cumplirse una serie de requisitos y formalidades para garantizar el bienestar personal y patrimonial del pupilo, las cuales por haber sido abordadas de manera más explícita en el marco doctrinario, solo se establece en el presente apartado una breve mención de ellas con su respectiva base legal en nuestra legislación, así pues están:

4.4.1. La garantía.

Antes del discernimiento de la tutela es necesario, el otorgamiento de una garantía, de conformidad a lo establecido en el artículo 308, del Código de Familia. El tutor a quien le ha sido conferido el cargo, podrá presentar como garantía admisible de su obligación: hipoteca, la prenda, o en fianza otorgada por instituciones de crédito o empresas de seguros o de fianzas. La garantía personal, aun la caución juratoria, será admisible, siempre que a criterio del juez fuere suficiente, tomando en cuenta el valor de los bienes inventariados y la solvencia y buena reputación del tutor.

Los efectos o valores dados en prenda, serán depositados en una institución de crédito u organización auxiliar.

La garantía de acuerdo al artículo 310 del Código de Familia, deberá cubrir, cuando menos:

- El importe de los bienes muebles que reciba el tutor;
- El promedio de la renta de los bienes en los últimos tres años anteriores a la tutela; y,

- Las utilidades que el pupilo pueda recibir de cualquier empresa durante un año.
- La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según se alteren o varíen los valores expresados.

4.4.1.1. Personas obligadas a prestar garantía.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la norma general es que todos los tutores deberán presentar dicha garantía. Excepcionalmente la misma en la práctica no es requerida cuando se ha establecido que no existen bienes muebles o inmuebles que garantizar o que tal como lo establece el artículo 308 del Código este hubiera sido relevado de esta obligación por el testador.

Cabe mencionar, que si con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobreviene o se descubre causa que hiciere obligatoria la caución, lo hará saber al juez el propio tutor, o el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales, para el efecto de constituir la garantía, de conformidad al artículo 309 del Código de familia, esto debido a que como ya se ha dicho antes al momento de discernir el cargo probablemente no existían bienes o no se tenía conocimiento de ellos.

4.4.2. El discernimiento del cargo.

Establece el artículo 306 del Código de familia, que en toda tutela el tutor no entrará a ejercer el cargo, sino después de discernido por el juez. El discernimiento se marginará en la partida de nacimiento del pupilo. Ninguna tutela podrá ser discernida sin haberse cumplido todos los requisitos que

para su ejercicio exige el Código. Con todo, podrá discernirse sin haberse cumplido los de facción de inventario y avalúo y de constitución de garantía, para el solo efecto de representar al tutelado en juicio, pero no se conferirá al guardador la administración hasta que cumpla con estos requisitos.

Cabe mencionar que toda tutela deber ser discernida, no existe ninguna excepción, al respecto, ya sea que esta se de por testamento, por ley o por el Juez, siempre deberá obtenerse previamente su discernimiento. Si la persona nombrada como tutora obra sin este requisito, todas sus actuaciones son nulas.

El discernimiento, como ya se ha dicho anteriormente consiste en la autorización que el Juez, concede al tutor para ejercer el cargo; puede decirse que uno de los objetivos principales de dicho acto, es que tener una fecha cierta en cuanto al momento en que el tutor pasa a ser el representante legal del pupilo, lo que contribuye a evitar dificultades posteriores, tanto para el pupilo como el tutor.

4.4.3. Inventario y avalúo de bienes del pupilo.

El artículo 307 del Código de Familia, establece, la obligación del tutor de iniciar las diligencias de inventario y avalúo de los bienes del menor o incapaz, dentro de los ocho días siguientes a la aceptación del cargo, dentro de un plazo que no excederá los treinta días, con intervención del Procurador General de la República o del Procurador Auxiliar Departamental, en su caso. El plazo anterior podrá ampliarse por el juez, de acuerdo a las circunstancias.

De acuerdo al artículo 138 de la Ley Procesal de Familia, para el inventario de los bienes del pupilo se observarán las reglas siguientes:

a) Deberá practicarse dentro del plazo de los treinta días siguientes al discernimiento del cargo al tutor y antes de tomar parte alguna en la administración; en todo caso, el Juez puede ampliar el plazo según las circunstancias; y,

b) Se hará relación de todos los inmuebles y muebles del pupilo, determinándolos o señalándolos colectivamente, si fueren fungibles con expresión del precio, cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las consideraciones necesarias para poner a salvo la responsabilidad del tutor.

Al inventario se anexarán los documentos con que deba comprobarse la propiedad sobre los muebles o inmuebles y las constancias sobre los créditos y deudas.

El tutor que sucede a otro recibirá los bienes por el inventario anterior y anotará su conformidad o hará las observaciones pertinentes.

4.5. La rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.

Complemento necesario de toda administración de tutor es la rendición de cuentas de la misma y entre ellas hay que distinguir que las mismas, pueden ser: parciales o periódicas y las totales o de carácter final; las primeras son aquellas que se presentan, cuando el tutor esta y continuara ejerciendo el cargo; mientras que las segundas son las que se realizan cuando la tutela se extingue.

Una vez discernido el cargo y entrada de lleno a ejercer su función, el Código de Familia en su artículo 329 le establece al tutor la obligación de

llevar cuentas exactas y comprobables de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados por el juez que discernió la tutela ya que al finalizar su cargo, presentará una memoria que resuma los actos de su administración.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 331 del Código de familia, son tres las oportunidades en que la ley impone al tutor, la obligación de rendir cuentas: 1) al final de cada año de su gestión y 2) al terminar la tutela y 3) al cesar en su cargo.

4.5.1. Plazo para la rendición de cuentas.

Siempre y cuando la rendición de cuentas no fuera requerida por el Juez, cada tutor deberá presentarla al Juzgado de Familia correspondiente dentro de los treinta días siguientes a la terminación del año de gestión; situación que dicho sea de paso, a su vez será controlada, en el libro de registro de tutelas en el cual se inscribirán el discernimiento y la terminación de la tutela, las remociones y las excusas de los tutores, los resultados de los inventarios, los presupuestos de gastos de administración, así como todas las resoluciones que puedan modificar el estado personal o patrimonial de tutelado, tal como señala el artículo 339, del Código de familia.

El inventario, con los recibos de depósito y los demás documentos justificativos de las cuentas que rinda el tutor, se llevarán en expediente separado.

Si transcurrido el tiempo establecido el tutor no presenta la rendición de cuentas el Juez de oficio podrá requerírsela pero dicho plazo no excederá de quince días según lo señala el 187.

En el caso de la rendición de cuentas final, el artículo 332 del Código de Familia, establece que esta será realizada por el tutor o sus herederos al pupilo, o a los herederos de éste, o a quien lo represente, dentro de los sesenta días siguientes a la terminación de la tutela. Si no la rindiere, será responsable por los daños que irrogare al pupilo o a sus herederos, aparte de la responsabilidad penal que pudiere corresponderle.

4.5.2. Iniciativa para rendir cuentas.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño la rendición de cuentas puede ser voluntaria o provocada. La voluntaria es la que hace el guardador, por voluntad propia; mientras que la segunda tiene lugar cuando la rendición no es presentada en el tiempo que la ley le establece por parte del tutor y entonces es requerida por el Juez quien esta ampliamente facultado para ello de conformidad a los artículos 283 del Código de Familia y 187 de la ley Procesal de Familia y entonces esta es provocada.

4.5.3. Procedimiento de la rendición de cuentas.

La rendición de cuentas deber ser presentada ante el Juez de Familia, que nombró al tutor que las esta rindiendo, para que las estas sé agreguen al mismo expediente en el que se siguieron las diligencias de incapacidad y nombramiento de tutor.

Al presentar el escrito que conlleva la rendición de cuentas, este debe ir acompañado de documentos justificativos de los gastos en que se incurren para el pupilo, de conformidad a lo establecido en el artículo 333 del Código de Familia, los cuales generalmente son facturas y en algunos casos erróneamente tickets del supermercado, se dice erróneamente porque los mismos no constituyen un documento fehaciente de que el tutor sea la persona que haya pagado lo reflejado en estas o que tales gastos se hayan realizado para las necesidades del pupilo.

El artículo 334 del Código de familia, establece que los gastos de la rendición de cuentas estarán a cargo del que estuvo sometido a la tutela, es decir que al rendirse las mismas, deben ser incluidos dentro de la rendición, los gastos en que tutor ha incurrido para presentar la misma, tales como las fotocopias de las facturas que se presentan en el Juzgado o incluso honorarios de la persona que haya elaborado la rendición de cuentas, la cual en muchos casos es un contador, otro ejemplo de estos pueden ser las fotocopias de todos los documentos que se presentan, ya que siempre se exhiben los originales con sus respectivas copias, que son por ley tres o el mismo número de partes que intervienen en las diligencias de conformidad a lo establecido en el artículo 42 inciso final de la Ley Procesal de Familia.

Una vez se cuenta con la rendición de cuentas el Juez verifica que todos los gastos reflejados en los documentos correspondientes, concuerden con los registrados en el libro de presupuestos, en el cual se hacen constar todas operaciones de la administración de los bienes del pupilo, tal como lo establece el artículo 329 del Código de Familia; para ser presentado dicho libro de registro, junto con la rendición de cuentas, tiene que haber sido aprobado por el Juez de Familia, quien al inicio de este plasma una

razón en la que se hace constar el día, hora y año en que el mismo es abierto, esto a efecto de llevar el control anual exigido; al finalizar cada año de ejercicio, se consigna también una razón con el día, hora y año de cierre, siempre y cuando la rendición de cuentas haya sido aprobada y continuar con el control del siguiente año de administración, en la que al igual que con la primera rendición se consigna una razón de apertura para comenzar a llevar el control del nuevo año de administración y así sucesivamente, se continua abriendo y cerrando el libro hasta que termina la tutela o el tutor cesa de su cargo por las razones establecidas en la ley.

En la rendición de cuentas debe hacerse no solo con intervención del Juez sino también con la del Procurador General de la República, ya que previo a pronunciarse sobre la aprobación o no de las mismas, el Juez corre traslado al Procurador de Familia Adscrito del Juzgado para que se manifiesta sobre ella, y en caso de observar alguna incoherencia en la rendición deberá en su escrito pronunciarse al respecto.

Al verificar las cuentas el Juez no solo debe corroborar la información del libro del presupuesto con los documentos, sino que debe incluso ir más allá y analizar su contenido, pues por ejemplo no es lógico y no merece la aprobación, la rendición de cuentas si entre las facturas u otros documentos presentados, para justificar los gastos, constan egresos de los fondos del pupilo por compras de bebidas alcohólicas o cigarrillos, ya que nada tendría esto que ver con el garantizar el bienestar tanto patrimonial como personal del pupilo, por lo que habría que requerírsele al tutor, aclare tal situación, debido a que esto podría hacer creer no solo que existe malversación de fondos sino que el tutor no esta cumpliendo con las condiciones personales, para demostrar que todavía es idóneo para ejercer el cargo conferido.

Cuando ya se ha corrido traslado al Procurador de Familia Adscrito al Juzgado de Familia, si éste como el Juez establecen que efectivamente las cuentas presentadas han sido conforme a derecho, el Juez procede a tenerlas por aprobadas, tal situación puede hacerse constar por medio de resolución o en algunos casos se realiza un señalamiento de audiencia en el cual se cita tanto al tutor como al Procurador de Familia Adscrita; pero ya sea por medio de resolución o por medio de audiencia el Juez deberá hacer constar que la rendición de cuentas presentadas por el tutor ha sido aprobadas sin omitir señalar el periodo exacto de la administración que esta avalando, estableciendo por ejemplo si una rendición se encuentra aprobada del mes de enero del año dos mil tres al mes de enero del año dos cuatro, esto debido a que como ya se ha dicho antes las rendiciones de cuentas son anuales y podría ser que el siguiente año exista alguna observación sobre las mismas, lo que deberá ser subsanado y hasta que esto no ocurra las cuentas no se tendrán por aprobadas, por lo tanto no podrá continuar el tutor, registrando en el libro de presupuestos los gastos de la administración; ya que es de mencionar que una vez aprobada las cuentas el libro fue presentado juntamente con las mismas, es regresado al tutor.

CAPITULO V
LA RENDICION DE CUENTAS COMO MEDIO PARA GARANTIZAR EL
CONTROL EFECTIVO DE LOS BIENES DEL PUPILO EN LAS
DILIGENCIAS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE INCAPACIDAD Y DE
NOMBRAMIENTO DE TUTOR.

5.1 Estudio sobre las causas que generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en los Juzgado 1º,2º,3º y 4º de Familia de San Salvador.

5.1.1. La falta de un control efectivo en la rendición de cuentas por parte de los Juzgados de Familia y Procuraduría General de la República.

El Estado, a través del órgano Judicial por medio de los Jueces de Familia, debe decidir acerca de las cuestiones más importantes concernientes a la persona del pupilo y sus bienes, así como su respectivo control, correspondiéndole como una de las funciones principales, el aprobar o no la rendición de cuentas por parte del tutor cada año, así como la obligación de llevar un registro de tutelas, en el cual se inscriban las rendiciones de cuentas presentadas, lo que lleva a la obligación que tiene el Juez de examinar frecuentemente dichas inscripciones a fin de cumplir con la atribución que le confiere el artículo 283 del Código de Familia, ya que de no ser presentadas debe adoptar las medidas necesarias para la defensa de los intereses del tutelado.

No obstante lo anterior, es de señalar que aunque el trámite establecido para la rendición de cuentas es bastante aceptable, y de darse como la ley establece sería ideal, la realidad es que generalmente la persona a quien se le ha discernido el cargo no solo no las presenta, sino que el Juzgado o la Procuraduría por medio del Agente Auxiliar encargado de llevar las diligencias nunca se las requiere, lo que provoca que sea prácticamente imposible el documentar, la administración de los gastos del pupilo.

Lo anterior es de extrema importancia, ya que el Juez una vez discernido el cargo al tutor correspondiente, no debería dejar pasar el más del tiempo que establece la ley para la rendición anual, para lo que debe de requerir mediante resolución que la misma sea presentada.

Aunque pareciera que es únicamente al Juez la persona a quien por ley corresponde estar al tanto, de lo que sucede con los nombramientos de tutores es de mencionar, que si bien es cierto no se establece taxativamente en el Código de Familia ni en la Ley Procesal de Familia que el Procurador General de la República, a través de uno de sus Agentes auxiliares, debe estar al tanto de lo que suceda con el pupilo posterior al nombramiento de tutor, por mandato constitucional según el artículo 194 Romano II ordinal primero le corresponde a éste velar por la defensa de la familia y de las personas incapaces y si el Código de Familia, le permite la facultad de solicitar al Juez correspondiente, que dicte las providencias necesarias para el cuidado del menor o incapaz y la seguridad de sus bienes de acuerdo al artículo 279, podría en caso de que los documentos necesarios para la rendición de cuentas no sean presentados, ya sea porque el tutor lo desconoce o porque éste no desea hacerlo, informar al Juez sobre tal situación; para que se tomen las medidas correspondientes y no pensar, que una vez discernido el cargo y conferida

la administración de la tutela pueden desatenderse del caso que les fuera asignado, ya que en el caso de los Agentes Auxiliares del Procurador General de la República o el Procurador de Familia Adscrito, el primero excepcionalmente presenta la rendición de cuentas y el segundo se olvida totalmente de ellas; por lo tanto es de considerar, que el control de la rendición de cuentas no debería ser considerada únicamente obligación del Juez, como tampoco solo de la Procuraduría sino más bien como una tarea conjunta que permita llevar más y un mejor control en ese aspecto.

Ambos sujetos en mención parecen olvidarse cada uno de su papel dentro de la rendición de cuentas en las que muchas veces, no se retoman las mismas, sino hasta que los menores que alcanzan la mayoría de edad o en el caso de los incapaces estos han muerto y tales situación son informadas al Juzgado.

5.1.2. Negligencia y burocratismo.

Históricamente en la administración pública, la burocracia siempre ha sido un problema. Sin embargo, teniendo la obligación moral de dejar de lado esa reprochable costumbre, en atención a la importancia que reviste la el control efectivo de la rendición de cuentas, los funcionarios y empleados de las instituciones competentes, de llevar dicho control deberían tener más conciencia y sensibilidad, mostrando más seriedad, diligencia y compromiso ante una situación que pone en riesgo el bienestar personal y patrimonial del pupilo.

Podría decirse que la problemática aludida tiene su origen en la falta de conocimiento en como y cuando debe hacerse las rendiciones de cuentas,

ya que aun y cuando la ley establece su regulación muchas veces su tramite queda en varias ocasiones a discrecionalidad de los funcionarios competentes o incluso del mismo tutor, quienes o no las solicitan o no las presentan en el tiempo señalado por la ley sino hasta que ellos consideran necesario; Naturalmente eso genera entre otros efectos, que cada oficina involucrada trabaje en forma aislada, así se ha hecho por años y todo apunta a que así se seguirá haciendo, ya que hasta el momento no ha tenido lugar una reingeniería respecto de lo que son los trámites que realizan los Juzgados como la Procuraduría General de la República, por lo tanto si ya se sabe que existe problema en lo que respecta a las rendición de cuentas ¿Porqué no procurar que entre ambos exista colaboración respecto a ello? y no pensar que es responsabilidad sólo de uno u otro, se podría por ejemplo en el caso de la Procuraduría dentro del área de familia que exista una unidad encargada de dar seguimiento únicamente a los diligencias donde hayan nombrado tutores con la idea de llevar un control efectivo sobre dichos cargos y en el caso de los tribunales establecer controles anuales a los colaboradores que posean diligencias de nombramiento de tutor con bienes para verificar que los mismos encargados de las diligencias para verificar si estos han requerido o no las rendiciones de cuentas.

De seguir mediando características como las antes mencionadas, es casi seguro, que si actualmente es difícil llevar un control efectivo de la rendición de cuentas, lo más probable es que tal situación tampoco mejore y al contrario si no se toma consciencia de la situación, los controles serán cada vez más escasos. Se debe trabajar en la posibilidad de crear condiciones que permitan que la rendición de cuentas se más ágil, efectiva y eficiente, pero que al mismo tiempo siempre se vele por la protección personal como patrimonial del pupilo.

5.1.3. Falta de recursos humanos y sobrecarga de trabajo.

Esta es otra de las causas que generan la falta de un control efectivo de la rendición de cuentas en las diligencias de incapacidad y nombramiento de tutor, en este punto se hace hincapié en que debido a la falta de recursos humanos, materiales, técnicos y financieros, tanto de la Procuraduría General de la República como de los Juzgado de Familia, no se cumple con lo establecido en la ley, ya que ambas instituciones, si bien es cierto existe una cantidad de empleados, asignados en la Procuraduría el equipo de familia, así como colaboradores jurídicos para los Juzgados de Familia, dada la cantidad de personas que hacen uso de dichas instituciones, no solo para la rendición de cuentas sino para una serie de trámites los cuales además en su mayoría posee términos que precluyen o por su urgencia deben ser tramitados con rapidez y se tiende a dejar o mejor dicho a considerar que los trámites como la rendición de cuentas, tienen menos prioridad o importancia y se va trabajando con lo que a que aparentemente ameritaba mayor importancia que como es el nombramiento de tutor, el cual ya ha sido solventado anteriormente.

No es razonable, que por mandato constitucional se busque el bienestar de los menores, así como de las personas incapaces, y se dote a otros rubros estatales, que probablemente sean menos importantes, de un presupuesto exagerado, ya que el hecho de que instituciones como la Procuraduría General de la República, en ocasiones tenga que señalarle a las personas de escasos recursos, que hacen uso de esta institución que los gastos de fotocopias o la obtención de otros documentos como certificaciones de partidas de nacimiento correrán por cuenta del usuario, por no contar con los recursos económicos necesarios para ello, con lo actuaciones de este tipo, se deja de lado la función de asistencia gratuita para las personas.

Respecto a los Juzgados de Familia, como punto a observar es el hecho que aun y cuando desde hace un tiempo se hace un esfuerzo para “modernizar al órgano judicial”, los recursos proporcionados no son suficientes, basta con mencionar que en algunos tribunales del país existen computadoras que tienen paquetes operacionales desfasados que obligan algunas veces al uso de máquinas de escribir manuales o eléctricas, provocando con ello lentitud en el trámite de para las resoluciones, o se da el caso que si se cuentan con maquinaria moderna, en caso de las computadoras, envían seis de ellas pero solo dos impresores; y si se toma en cuenta que cada Juzgado cuenta con un aproximado de siete a nueve colaboradores que trabajan para dos jueces en el caso de San Salvador, genera varios inconvenientes, tal es así que el personal debe estar turnándose para el uso de ellos, lo que genera el inconveniente de que los recursos que se proporcionan no son acorde al personal que trabaja en el Juzgado y objetos tales como las cintas para impresoras, o maquinas de escribir se conviertan en obstáculos para que las personas que laboran en dichas instituciones realicen su trabajo con efectividad y esmero.

Lo óptimo sería que los presupuestos destinados para las instituciones competentes en materia de tutelas se distribuyan de manera inteligente, los recursos financieros que se les proporcionan, les ayude a realizar un mejor desempeño de sus labores y cumplir con el objetivo establecido en la ley que es el de garantizar el bienestar integral del pupilo.

Al margen de la veracidad o no de estas justificaciones, lo que evidentemente existe y es preocupante es la falta de un control efectivo de la rendición de cuentas, lo cual es un común denominador tanto para los Juzgado de Familia como para la Procuraduría General de la República, quienes se quejan de las condiciones en que desarrollan sus funciones,

pero lo cierto es que nadie propone de manera seria una alternativa de solución viable, sobre todo en razón que surge un compromiso moral, de no cumplir de manera satisfactoria .

5.2. Estudio sobre las consecuencias que generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en los Juzgado 1º,2º,3º y 4º de Familia de San Salvador.

5.2.1. Vulneración de los derechos patrimoniales de los pupilos.

Tomando en cuenta que la tutela es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y de administrar sus bienes,¹⁶⁰ es consecuencia es lógica esperar que su ejercicio debería ser realmente fiscalizado por parte de los Juzgados de familia y supervisado por la Procuraduría General de la República; sin embargo existe una inobservancia bien marcada en cuanto a tal aspecto, el cual no es antojadizo sino establecido en la ley precisamente para cumplir con el objetivo de la tutela, por ello la rendición de cuentas debe ser requerida por el Juez si la misma no ha sido presentada, y si bien en cierto la ley faculta únicamente al Juez para realizar tal acto, la Procuraduría General de la República como una institución que esta para proteger intereses de los menores e incapaces, debería no solo actuar cuando se siguen las diligencias y se nombra tutor sino también mientras se continua con el tramite para la rendición de cuentas, ya que tanto por parte del primero como del segundo, en la practica existen algunas experiencias que

¹⁶⁰ Georges Ripert, Marcel Planiol, Derecho Civil (parte A), Volumen 3, distribuidora Harla, S.A. de C.V, México, 1997, pp. 275

dejan al descubierto que la aplicación de la rendición de cuentas no es del todo eficaz, y con ello se genera inseguridad jurídica, ya que ¿donde quedan las medidas protectoras para garantizar el bienestar personal y patrimonial del pupilo?, establecido no solo en la Constitución de la República, el código de familia y la Ley Procesal de familia.

Haciendo un análisis más objetivo acerca de la efectividad de la rendición de cuentas este permite establecer la vulneración del patrimonio, del pupilo, ya al existir una cantidad considerable de tutelas, en las que no se ha llevado dicho control, no se sabe con certeza el estado actual del patrimonio del pupilo, lo cual es preocupante ya que el mejor de los casos este puede disminuir considerablemente y en el peor desaparecer por completo, lo que lleva a pensar que de no existir patrimonio, ¿de que manera se encuentra subsistiendo el pupilo o como le ira en el futuro?; excepcionalmente existirán tutores que una vez que no existe dinero corren ellos con los gastos.

Es importante mencionar la vulneración de los derechos patrimoniales del pupilo es una consecuencia directa de la retardación en el seguimiento adecuado para la rendición de cuentas, lo preocupante de esta retardación, radica en el hecho, que esta situación genera una consecuencia grave, pues basta como imaginarse en caso de un pupilo cuyo tutor no haya rendido cuentas durante toda su administración y estas nunca han sido requeridas, ¿Qué sucedería ? pues al principio se requeriría la misma una y otra vez hasta la presente, pero si el tutor no ha llevado documentados los gastos de su administración y el patrimonio del pupilo sufre una baja considerable, ¿Cómo establecer que el dinero faltante ha sido empleado en los gastos que el tutor señala y no para otros?

En ese sentido, y por tratarse del área más vulnerable de protección como son lo menores y las personas incapaces, se le está violentando sus derechos patrimoniales, pues lo más peligroso de la burocracia, en torno a las rendiciones de cuentas, es que se corre el riesgo de que la persona nombrada como tutora, despilfarre el dinero del pupilo despojándolo sino de todo por lo menos de una buena parte de su capital y de suceder tal situación no existiría mayor cosa que el Juzgador podría hacer, pues aun y cuando podría iniciarse la acción penal correspondiente ya el daño económico sería irreversible.

5.2.2. El incumplimiento del procedimiento y términos establecidos en el Código de familia.

Otra de las causas que dan lugar a la falta de un control efectivo de la rendición de cuentas, en las diligencias de declaratoria judicial y de nombramiento de tutor, es el incumplimiento del procedimiento y términos establecido en la ley, lo que se traduce en una inobservancia al principio de pronta y cumplida Justicia, establecido en el artículo 182 ordinal quinto de la Constitución de la República.

Es de mencionar que el incumplimiento en el procedimiento, así como en los plazos establecidos en la ley, se da tanto por parte de los Juzgados de Familia, la Procuraduría General de la República y el tutor mismo; cuando se hace alusión a dicha problemática, en cuanto al procedimiento se tiene que usualmente, las tutelas, no finalizan con la sentencia de nombramiento de tutor, y posterior a ella si existen bienes que administrar, siguen una serie de pasos para que finalmente el tutor pueda administrar definitivamente los bienes del pupilo; pero es el caso que al consultar en

los diferentes Juzgados de familia, tales pasos, no son seguidos como debe ser, ya sea porque el Juzgado no se percató y luego de la sentencia archivó el expediente o porque el Agente Auxiliar correspondiente, ya lo dio por terminado y considera que no es su obligación el estar pendiente de que la rendición de cuentas se realice y cuando llegue el tutor a la institución le deberán nombrar otro Procurador, para que sea éste el nuevo encargado. En fin, el caso es que al no darse el impulso correspondiente al trámite de las tutelas, en el tiempo señalado por la ley para cumplir con la rendición de cuentas, sin que ninguna de las persona que intervienen o intervinieron en la misma hagan algo al respecto; lo que no hace más que demostrar el desconocimiento por parte de las personas en mención sobre el trámite a realizar, pues de conocerse bien el mismo, el trámite sería rápido y oportuno, el Juez llevaría un control exacto, y por su parte a los agentes Auxiliares del Procurador General de la República y el tutor no tendría razón de que el juez este solicitando la rendición de cuentas .

5.2.3. Acumulación de diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor sin realizar la rendición de cuentas.

Se establece lo arriba señalado como una consecuencia, que cae por su propio peso, ya que es lógico deducir que si no se esta llevando un control anual de las rendiciones de cuentas, año tras año se irán acumulando diligencias en las que nunca se han rendido cuentas, solo a manera de ejemplo basta con imaginarse que durante el año dos mil tres hayan entrado a un Juzgado de Familia un total de diez tutelas de las cuales, en sólo cinco de ellas existen bienes que administrar y en consecuencia debe realizarse el tramite correspondiente para la administración de bienes, pero resulta que se siguen los mismos y transcurrido el año llegado el momento

para la rendición solo son presentadas dos de las cinco tutelas y tres restantes no son presentadas ni tampoco requeridas; al año siguiente es decir en el dos mil cuatro en el mismo Juzgado son presentadas siete tutelas, de las cuales en cuatro de ellas existen bienes, igual que el anterior transcurre el año solo que esta ocasión la rendición de cuentas, se realiza solo en una de ellas, quedando pendientes tres, sin que tampoco ese año se haya requerido a los tutores que quedaron pendientes en el dos mil tres que rindieran sus cuentas; se llega al año dos mil cinco, en el mismo Juzgado entran doce tutelas de las cuales en seis existen bienes que administrar, igual que en años anteriores se sigue el trámite correspondiente, y transcurrido el año es decir llegado el dos mil seis únicamente se rindieron cuentas en dos tutelas quedando fuera cuatro de ellas y sin que hasta ese año las rendiciones del año dos mil tres y año dos mil cuatro y dos mil cinco, sean requeridas ni presentadas, al hacer la suma las tres tutelas del año dos mil tres, llevan tres años de atraso al llegar al año dos mil seis, las del dos mil cuatro llevan dos y la de año dos mil cinco llevan uno, pero lo más importantes es que al hacer un total de la suma de las tutelas en que no se han rendido cuentas en los últimos tres años hacen un total de diez tutelas en un Juzgado y si se aplica tal procedimiento a los cuatro Juzgado de Familia de San Salvador, hacen un total mayor al planteado en el ejemplo.

Puede deducirse fácilmente que lo anterior no solo genera la acumulación de diligencias en las que nunca se da el impulso procesal oportuno, sino que se deja en evidencia la mora judicial que se va creando al ir dejando de lado situaciones como las rendiciones de cuentas, evidenciando así la falta de eficiencia tanto de los Juzgados de Familia, la Procuraduría General de la República e incluso los mismos tutores, quien ya sea por ignorancia o por malicia no se preocupan por presentar la rendición correspondiente.

CAPITULO VI

PRESENTACION Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.

A continuación se presentan los datos recolectados mediante técnica de la encuesta y la cédula de entrevista; que fue dirigido a funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la República, Jueces de Familia y colaboradores Jurídicos competentes para tramitar la rendición de cuentas en las diligencias de incapacidad y de nombramiento de tutor, con el propósito de obtener una mejor objetividad y certeza en el cumplimiento de los objetivos y comprobación de las hipótesis planteadas.

6.1 PRESENTACION DE ENTREVISTAS.

6.1.1 ENTREVISTA REALIZADAS A LOS JUECES DE FAMILIA.

Durante el desarrollo de la investigación de campo, en los Juzgados de Familia se tuvo la oportunidad de entrevistar a cuatro de los ocho jueces de la jurisdicción de San Salvador.

Básicamente las entrevistas realizadas estuvieron orientadas a conocer la opinión de los jueces acerca de la aplicabilidad del artículo 331 del Código de Familia, es decir la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor.

Previo a entrar de lleno en la temática abordada los Jueces establecieron la importancia de la tutela como una institución que garantiza el interés

personal y patrimonial del pupilo; sin embargo para que la misma sea eficaz en caso de existir bienes que administrar del pupilo, la ley muy acertadamente ha establecido como mecanismo de control la rendición de cuentas, por parte del tutor, que dicho de una manera simple es la ilustración anual que realiza el tutor al Juez de la manera en que se han invertido los fondos pertenecientes al pupilo.

En cuanto al punto de la efectividad de la rendición de cuentas; señalaron que si la misma es presentada en tiempo, es posible garantizar el control de estas por parte de los Juzgados; pero desafortunadamente son claros al señalar, que la rendición de cuentas pierde su efectividad cuando no se lleva un control estricto, el cual a criterio de los entrevistados, se debe a la inactividad de las partes, entendiéndose como tales a los tutores, los Abogados particulares, o Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la República, quienes ya sea por desconocimiento, carga laboral o simplemente negligencia, no se preocupan por darle el seguimiento respectivo a la rendición de cuentas y sin embargo, aunque muchas veces las mismas sean requeridas por los Juzgado de Familia, estas no son presentadas, restándoles únicamente a ellos como Juzgadores, el ordenar estudios sociales por parte del equipo multidisciplinario, para verificar la situación actual del pupilo, es de aclarar que tal criterio no es aplicable por todos Juzgados de Familia.

Al ser preguntados como esto afecta los plazos establecidos por la ley fueron unánimes en señalar en atención a lo anterior, que obviamente no se cumplen los plazos establecidos para la misma, ya que usualmente la rendición de cuentas no es presentada dentro del año exigido; sin embargo, aclararon que aun y cuando pareciera que esto es atribuible únicamente a ellos como administradores de justicia, consideraron que es necesario cuestionar el accionar administrativo de la Procuraduría General de la

República, ya que en su mayoría las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, son promovidas por dicha institución, la cual también, por mandato constitucional tiene la obligación de velar por la protección de los menores e incapaces; porque aunque la rendición de cuentas sea requerida, si las mismas no son presentadas incide en que su labor como administradores de justicia no sea muy bien evaluada en dicho trámite.

6.1.2. ENTREVISTA REALIZADA A AGENTES AUXILIARES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y PROCURADORAS DE FAMILIA ADSCRITAS A LOS JUZGADOS DE FAMILIA.

De las entrevistas realizadas tanto Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la República, como Procuradoras de Familia Adscritas a los Tribunales de Familia, al igual que los Jueces de Familia consideraron la tutela como una institución que garantiza el bienestar personal y patrimonial a favor de los menores e incapaces que no pueden valerse de si solos.

Al ser interrogados respecto la rendición de cuentas, que debe presentarse en las diligencia de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, se encontraron respuestas variantes ya que por un lado los Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la República en su mayoría consideraron que si existe la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias en comento y que la institución de la cual provienen no da el seguimiento que debería a estos casos.

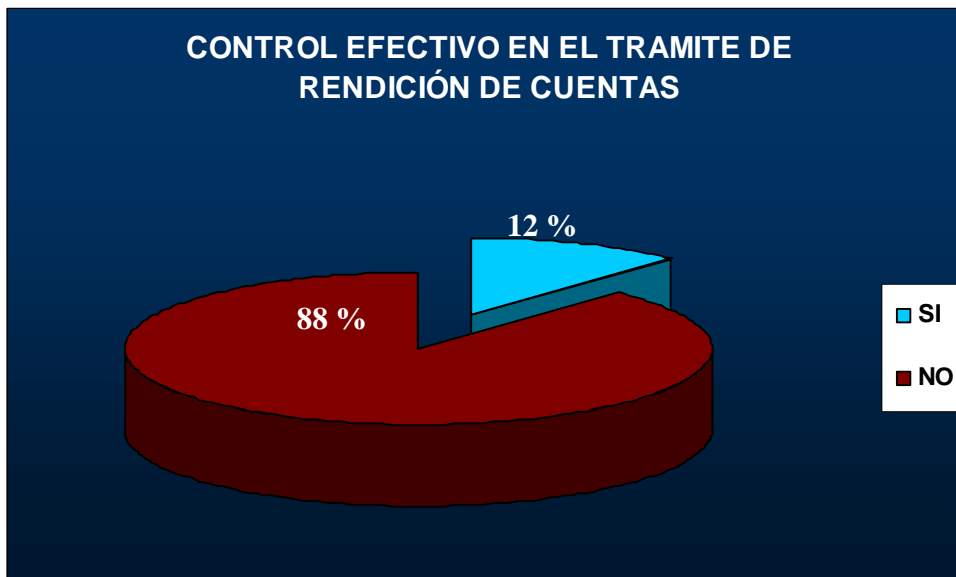
Por su parte las Procuradoras de Familia Adscrita a los tribunales de familia manifestaron que no existe una falta de control por parte de la institución de la cual provienen como tampoco en los Juzgados de Familia.

Los agentes auxiliares señalaron que aun y cuando reconocen la falta de control que existe sobre la rendición de cuentas, tal situación se debe en muchos casos al abandono de los tutores, quienes una vez nombrados en el cargo, ya no se presentan a la Procuraduría General de la República, aun y cuando les es requerido, aunado a la insuficiencia de recursos personales materiales que actualmente poseen, reconociendo que esto provoca circunstancias colaterales tales como vulneración al principio de interés superior del menor y protección de las personas incapaces, por la falta de control efectivo en la administración de sus bienes por parte del tutor.

6.2 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y LA P.G.R.

1. ¿Considera usted que existe un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
SI	3	12%
NO	22	88%
TOTAL	25	100%



Del total de los entrevistados, el 88 % manifestó, de manera enfática, que no existe un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de

declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor y únicamente un 12% expresó, que si lo había, tal información pone de manifiesto la falta de cumplimiento del marco legal correspondiente; cabe mencionar, que tanto personal de la Procuraduría General de la República como colaboradores jurídicos al ser cuestionados, fueron honestos y aceptaron abiertamente, los primeros que en la fase administrativa, es decir en la Procuraduría General de la República existe una marcada tardanza para presentar la rendición de cuentas; mientras que los segundos, señalaron que tal rendición excepcionalmente es requerida por ellos, por tal razón se puede afirmar, que sí hay un problema, el cual es la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, confirmándose la Hipótesis General: “Las deficiencias administrativas y judiciales por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de Familia generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”.

2. ¿Cuál/es institución/es considera que genera en mayor grado la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	%
P.G. R.	12	48 %
JUZGADO DE FAMILIA	9	36%
LOS DOS ANTERIORES	4	16%
TOTAL	25	100%



A esta interrogante, un 48% manifestó, que es la Procuraduría General de la República, la institución que genera la mayor falta de control en la rendición de cuentas; un 36 %, indico que son los Juzgados de Familia, y un 16%, que ambas instituciones; en ese sentido, de las encuestas realizadas tanto la Procuraduría General de la República como los Juzgados de Familia, ambas instituciones tienen una opinión bastante compartida, reconociendo cada una su tardanza respecto a la falta de control de la rendición de cuentas. Por lo tanto si era considerado que existía una falta de control, con los resultados obtenidos, es indudable tal situación con la que se confirma el incumplimiento al marco jurídico aplicable a las rendiciones de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, tanto en el procedimiento como objetivo específico N° 3 “ Analizar y evaluar el marco jurídico que regula las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”; juntamente con la hipótesis específica N° 1, que establece “ La falta de un control efectivo por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de Familia en las diligencias de

declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, genera incumplimiento del procedimiento y términos establecidos para la rendición de cuentas establecidas en el Código de Familia.

3. ¿Considera que actualmente la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, puede catalogarse como burocráticas o lentas?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	%
SI	24	96%
NO	1	4%
TOTAL	10	100



De la encuestas realizada, un 96% indicó, que las rendiciones de cuentas, son burocráticas o lentas; es indiscutible que no puede justificarse la falta de rendición de cuentas, ya sea por existir deficiencias administrativas en el caso de la Procuraduría General de la República y/o judicial por parte de los Juzgado de Familia, ya que esto se traduce en negligencia y afecta

únicamente al pupilo; por lo que debe de buscarse los mecanismos necesarios para que tal retraso no sea indebido o injustificado, ya que es una dilación procesal

Por otro lado, un 4% avaló el accionar actual de la rendición de cuentas y no las catalogaron como burocráticas o lentas.

Este resultado contribuye a fundamentar nuestra hipótesis general: “Las deficiencias administrativas y judiciales por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de familia generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”.

4. ¿Considera usted que se le violentan derechos patrimoniales a un menor o una persona incapaz cuando en las diligencias de incapacidad y nombramiento de tutor transcurre más de un año para la realización de la rendición de cuentas?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
SI	23	92%
NO	2	8%
TOTAL	25	100%



Al formular esta pregunta no podría esperarse un resultado más claro dado que un 92%, de los entrevistados señaló que si existe violación de los derechos patrimoniales del pupilo, transcurrido más de un año, del discernimiento del cargo al tutor, ya que dada la carga laboral tanto en la Procuraduría General de la República como en los Juzgados de Familia, existe en la actualidad una acumulación de diligencias en abandono, es decir sin que se les dé el impulso procesal correspondiente e incluso alguna de ellas ya se encuentran archivadas precisamente por su inactividad; con esto se comprueba la hipótesis específica N° 3 “ La acumulación de las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en abandono por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de Familia se traduce en la vulneración de los derechos patrimoniales del pupilo”.

Los encuestados fundamentaron su opinión en las siguientes consideraciones: Al no presentarse la rendición de cuentas no es posible constatar la labor del tutor en la administración de los bienes del pupilo; el pupilo podría no gozar de beneficios a que es acreedor en alguna institución; no se sabe si el tutor hizo buen uso del dinero y bienes del pupilo y permitiría malversación de bienes; porque no existe otro mecanismo de control que sea más frecuente.

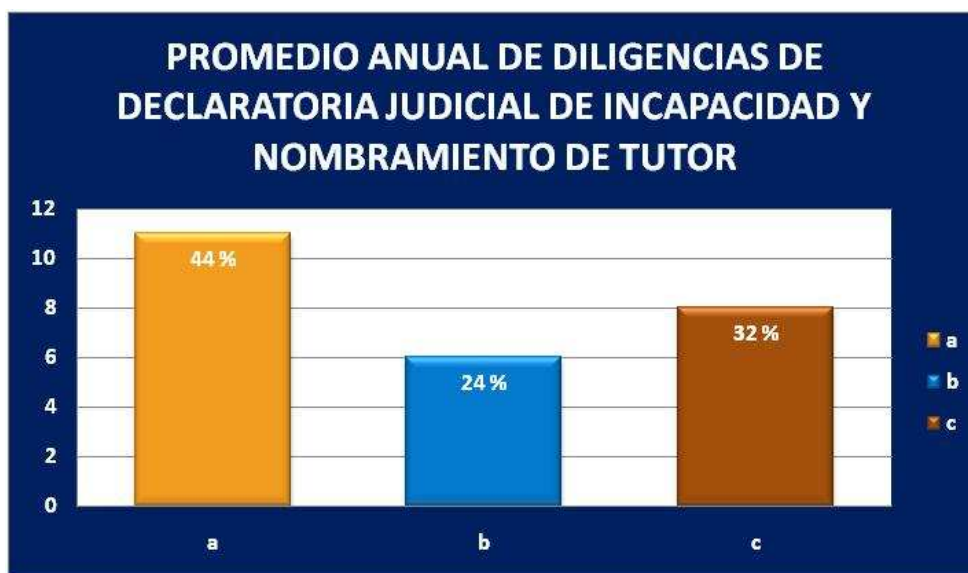
Para el otro 8%, restante cuya opinión fue negativa los mismo no mencionaron ningún motivo por el cual no se violentaban los derechos patrimoniales de los pupilos.

Este resultado contribuye a cumplir el objetivos específicos N° 5 “Evaluar la efectividad del tramite de rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, en los Juzgados 1º,2º,3º y 4º, de Familia de San Salvador”; así como a comprobar

la hipótesis específica N° 2 “La falta de un control efectivo por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de Familia, en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor genera incumplimiento del procedimiento y términos establecidos para la rendición de cuentas en el Código de Familia”, ya que de cumplirse el mismo no se violentarían los derechos patrimoniales de los pupilos.

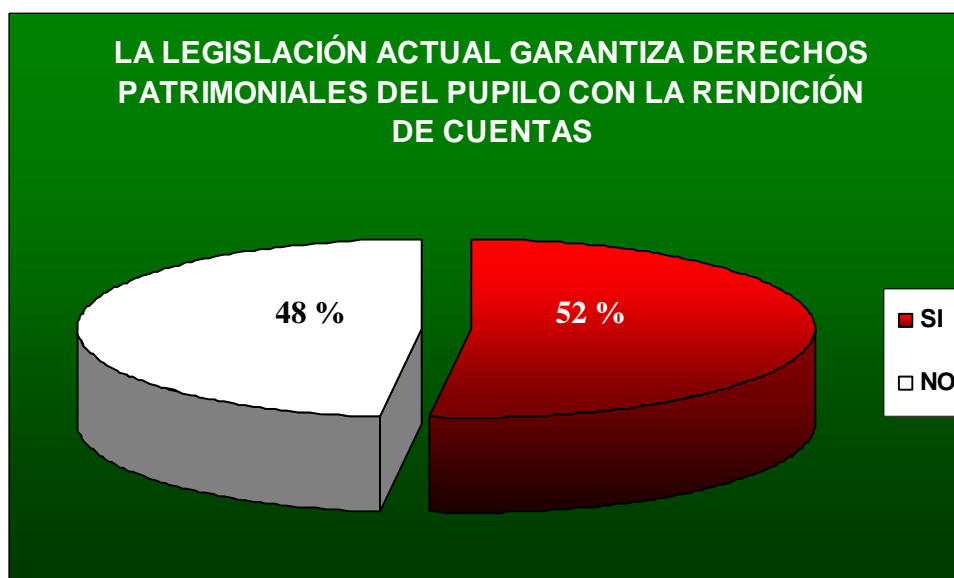
5. ¿En promedio cuantas diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor se promueven anualmente?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
a) Ignoran cantidad de diligencias que se promueven	11	44%
b) De 15 a 40 diligencias por Juzgado	6	24%
c) Promedio de 5 a 10 diligencias por Juzgado	8	32%
TOTAL	25	100%



6. ¿Considera usted que la actual legislación de garantiza efectivamente los derechos patrimoniales del pupilo a través de la rendición de cuentas?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
SI	13	52%
NO	12	48%
TOTAL	25	100%



La mayoría del los entrevistados respondieron de manera negativa esta interrogante; señalando que no hay un control ni supervisión de los datos que se rinden y aunque la legislación busca proteger tanto a la persona del pupilo como su patrimonio, opinaron que es necesario establecer otro tipo de seguimiento para constatar tales aspectos; asimismo respondieron que ley debería establecer parámetros de cómo presentar la rendición de cuentas para que no quede a discreción del tutor.

En cuanto a los que estuvieron de acuerdo en que la legislación actual garantiza los derechos patrimoniales del pupilo estos manifestaron, que tal

aspecto es así, ya que las bases para la rendición de cuentas están dadas y lo que hace falta es un control rápido y eficaz para velar que los bienes de los pupilos, sean administrados efectivamente.

La respuesta obtenida es muy valiosa, porque ayuda a comprobar el objetivo específico N° 3 el cual es: “Analizar y evaluar el marco jurídico que regula las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”.

7. ¿A su juicio los empleados o funcionarios competentes en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor tienen claro el trámite de rendición de cuentas?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	%
SI	7	28%
NO	18	72%
TOTAL	25	100%

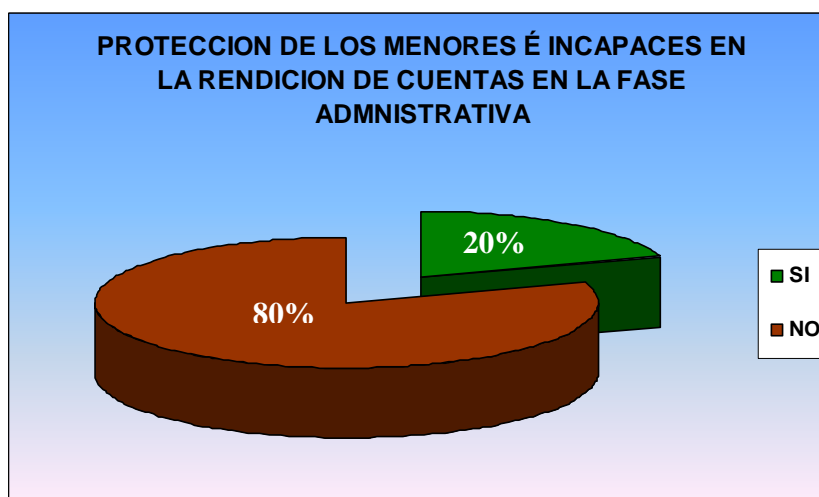


Con respecto a esta interrogante, un 72%, es decir, la mayoría de los empleados o funcionarios, que intervienen en el trámite de la rendición de cuentas, coincidieron en manifestar que no había claridad acerca del trámite pues señalaron incluso no tener claro la forma más precisa de elaborarla; denotándose con esto un marcado desconocimiento del trámite de rendición de cuentas. En cuanto a los que respondieron positivamente un 28%, establecieron tener claro el trámite de rendición de cuentas, tal como lo establece la ley.

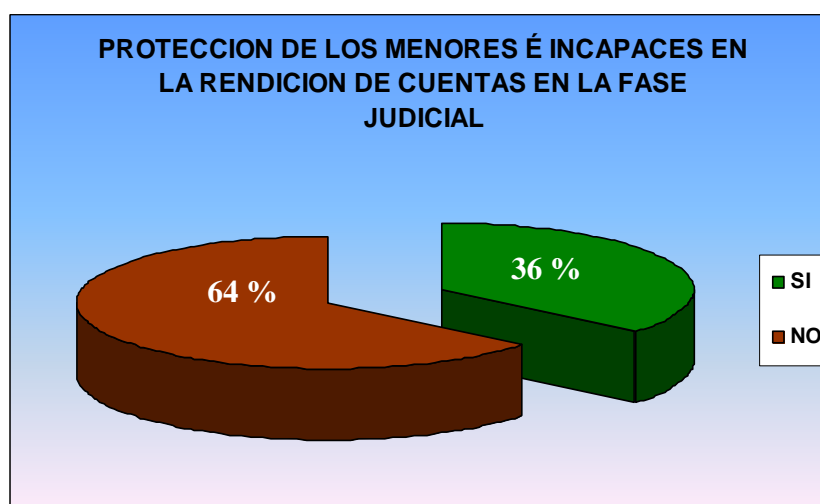
Este resultado se suma a la lista de respuestas, que contribuyen a cumplir con el objetivo específico N° 3: “Analizar y evaluar el marco jurídico que regula las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor”. En ese sentido también la hipótesis general N° 1: “Las deficiencias administrativas y judiciales por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgado de Familia generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”; así como el objetivo N° 5 “Evaluar la efectividad del trámite de la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en los Juzgados 1º, 2º, 3º y 4º, de Familia de San Salvador; lo anterior ya que de los porcentajes obtenidos puede observarse que al desconocerse el trámite de la rendición de cuentas por la mayoría de los encuestados, no puede esperarse mucha efectividad por parte de estos.

8. ¿Existe protección integral de los menores e incapaces en la rendición de cuentas durante la fase administrativa y judicial?

FASE ADMINISTRATIVA		
RESPUESTAS	FRECUENCIA	%
SI	5	20%
NO	20	80%
TOTAL	25	100%



FASE JUDICIAL		
RESPUESTAS	FRECUENCIA	%
SI	9	36%
NO	16	64%
TOTAL	25	100%

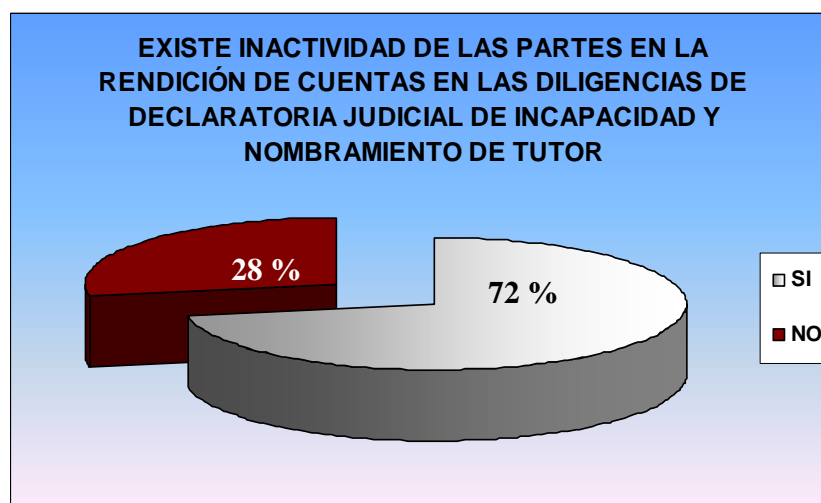


En relación a esta interrogante, los entrevistados opinaron que existe, mejor protección integral de los derechos del menor y/o incapaces en la fase judicial. Mientras que en la fase administrativa, la mayoría indicó que no existe dicha protección, y esto es debido a que según los entrevistados al no realizarse un control y vigilancia efectivo de la rendición de cuentas por ambas instituciones no se garantiza el bienestar de los pupilos generando con ello un cumplimiento del procedimiento señalado por la ley ya que las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor muchas veces después de la sentencia pronunciada son dejadas en abandono y ni una ni otra institución se preocupa por darle seguimiento correspondiente generando la acumulación de expediente, en los cuales no se realiza la rendición de cuentas; y por lo tanto al no constatar la labor de la Administración de los bienes del pupilo por parte del tutor, se vulneran derechos patrimoniales del primero ya que podría existir malversación de fondo por parte del segundo.

Este resultado pone en evidencia la comprobación del objetivo específico N° 3 el cual es: “Analizar y evaluar el marco jurídico que regula las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor”, así como el objetivo específico N° 5 “ Evaluar la efectividad del trámite de la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en los Juzgado de Familia 1º,2º,3º y 4º, de San Salvador; y la comprobación de la hipótesis específica N° 2: “La falta de un control efectivo por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgado de Familia, en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor genera incumplimiento del procedimiento y términos establecidos para la rendición de cuentas en el Código de Familia”

9. ¿Considera que existe inactividad de las partes dentro del trámite de rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor en los distintos Juzgados de Familia de San Salvador?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
SI	18	72%
NO	7	28%
TOTAL	25	100%

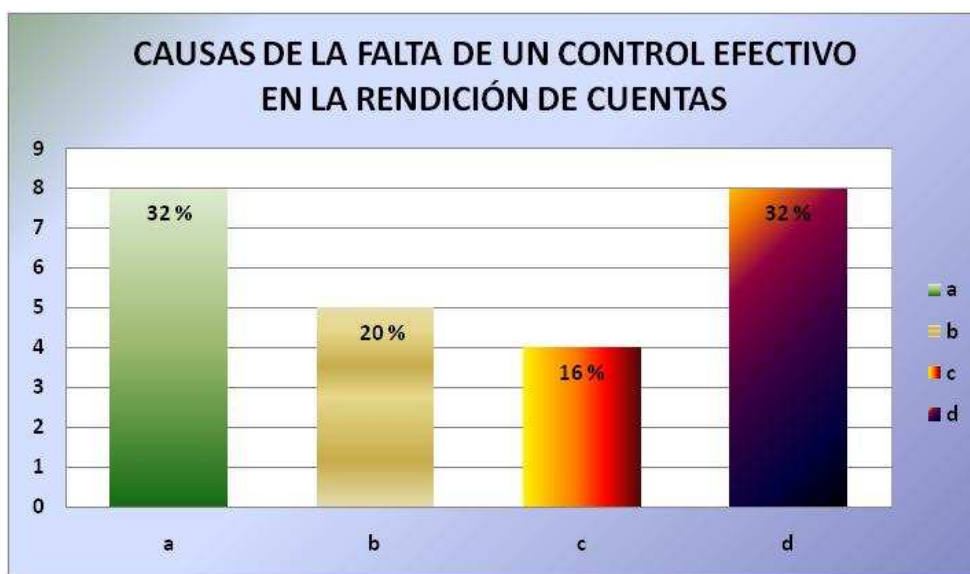


En referencia a esta interrogante, el 72 %, de los encuestados señaló que efectivamente existe inactividad de las partes en el rendición de cuentas en las diligencias de incapacidad y de nombramiento de tutor y solamente un 28 % dijo que no lo existe. La respuesta obtenida es muy valiosa, porque ayuda a comprobar el objetivo general N° 1 el cual es: “Identificar las causas y consecuencias de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor”, ya que esta inactividad puede traducirse como una de las causas que genera la falta de un control efectivo de la rendición de cuentas; por otra parte se cumple con el objetivo específico N° 5, “evaluar

la efectividad del trámite de rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor en los Juzgados 1º, 2º, 3º y 4º, ya que con los porcentajes obtenidos se ha evaluado la efectividad de los Juzgados respecto al trámite de rendición de cuentas estableciéndose por la mayoría de los encuestados que sí existe inactividad no solo por parte de estos sino también, de los tutores y agentes auxiliares de la Procuraduría General de la República.

10. ¿Que causas generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	%
a) Falta de control y carga laboral de los Juzgados de familia.	8	32%
b) Falta de conocimiento de la ley o procedimiento a seguir por los Abogados particulares.	5	20%
c) Falta de interés y conocimiento por los tutores para realizar y presentar la rendición de cuentas	4	16%
d) Falta de control y carga laboral por parte de la Procuraduría General de la República	8	32%
TOTAL	25	100%



Esta pregunta tiene relación con la anterior, pues tomando en cuenta que en esta última la mayoría de los entrevistados opinaron que sí existe inactividad de las partes en el trámite de rendición de cuentas; esto hace cuestionar en qué radica o cuáles son las causas que originan dicha inactividad; señalando los funcionarios y empleados de las instituciones competentes, una serie de factores que originan tal situación. Así, un 32% indicó que es la falta de un control y carga laboral de los Juzgados de Familia; un 20% señaló que es la falta de conocimiento de la ley o procedimientos a seguir por los abogados particulares; por su parte un 16% manifestó que es la falta de interés y conocimiento por parte de los tutores, para realizar y prestar rendición de cuentas; a su vez, un 32% le atribuyen a la falta de un control y carga laboral por parte de la Procuraduría General de la Republica, este resultado contribuye a cumplir con el objetivo general N° 1 “Identificar las causas y consecuencias de la falta de un control efectivo de la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor en los Juzgados 1°, 2°, 3° y 4° de Familia de San Salvador ”; esto debido a que se identifican sino todas, algunas de las causas que generan la falta de control en la rendición de cuentas.

11. ¿Cuales son las consecuencias de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
a) Vulneración de los derechos patrimoniales de los pupilos	13	52%
b) Aprovechamiento indebido de recursos ajenos por parte de tutor	8	32%
c) Inseguridad del bienestar personal de los pupilos, porque no se suplen las necesidades del mismo.	4	16%
TOTAL	25	100%



Ante esta respuesta un 52% de los entrevistados señaló que al no existir un control efectivo en la rendición de cuentas se vulneran los derechos patrimoniales del pupilo; el 32% que puede existir un aprovechamiento indebido de los recursos ajenos por parte del tutor y un 16% que entre las consecuencias puede existir inseguridad en el bienestar del pupilo porque

al no saber en que se distribuye el dinero del pupilo pueda que el mismo no este sirviendo para satisfacer las necesidades personales de éste.

Con tales resultados se comprueban el objetivo general No.1 “Identificar las causas y consecuencias de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria Judicial de Incapacidad y Nombramiento de Tutor en los Juzgados 1°, 2°, 3° y 4° de Familia de San Salvador” y la hipótesis específica No.3, “La acumulación de las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en abandono por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de Familia se traduce en la vulneración de los derechos patrimoniales del pupilo”.

12. ¿Existe una sanción para el tutor que no rinda cuentas en el termino establecido por la ley?

RESPUESTA	FRECUENCIA	%
SI	16	64%
NO	9	36%
TOTAL	25	100%



En esta pregunta un 64% es decir la mayoría de los entrevistados, respondió que si existe sanción para el tutor que no rinda cuentas en el término establecido por la ley, fundamentando su respuesta en: el artículo 304 causal 2º, es decir remoción del cargo, por des empeño negligente, inepto e infiel; otros la destitución del cargo; mientras que algunos por analogía consideran que se aplique el artículo 332 Código de Familia que impone responsabilidades civiles y penales; otra sanción sería la perdida del derecho preceder y finalmente, se mencionaba entre las respuestas que de conformidad a lo establecido en el artículo 174 de la Ley Procesal de Familia deben imponerse multas o informar la autoridad competente para el inicio del Proceso Penal.

Únicamente un 36% dijo que la ley no establece una sanción para el tutor por la ley.

De lo anterior y al verificar las disposiciones legales se confirma que como lo ha señalado el 64% efectivamente la ley no establece taxativamente una sanción para el tutor “que no rinda cuentas en el término que señala la ley”, es decir cada año; sin embargo se comparte la opinión de que por analogía debiese aplicarse las sanciones expuestas por el 36%, a fin de que no exista acumulación de diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor en abandono, ya que si bien es cierto tal vez las mismas no serían presentadas por responsabilidad del tutor; si lo serían por el temor a alguna de estas sanciones, garantizándose así los derechos patrimoniales del pupilo, debiéndose mencionar principalmente, la administración fraudulenta en su artículo 218, el cual establece “- El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, aumentando

los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, será sancionado con prisión de tres a cinco años”; sin embargo, esta constituye una medida posterior al hecho de no rendir cuentas y no una advertencia previa para que la rendición de cuentas se presente en el término de ley bajo la prevención de que si la misma no es realizada podría aplicarse tal sanción.

En cuanto a esta pregunta ampliando el marco legal al respecto, analizando el contenido de la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia de nuestro país, la apuesta que se hace del mismo es más por un sistema integral e integrado de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, se buscan mecanismos administrativos y judiciales para garantizar los derechos de los mismos, este va enfocado más a situaciones tales como: el trabajo infantil, la identidad, la violencia, el maltrato y abuso, salud medio ambiente, responsabilidades sociales e institucionales, por lo tanto en dicha legislación no se establece nada sobre sanciones por la mala administración de bienes de la tutela y su rendición de cuentas, tal es así que las derogatorias que la referida ley realiza para el código de familia son las contenidas en el libro quinto, título primero, Capítulo I referente a principios rectores, derechos fundamentales y deberes de los menores así como las contenidas en el Libro Quinto del Código de Familia, Título Primero, Capítulo II, respecto a la protección al menor, continuando el Código de Familia, el regulando las tutelas y su administración.¹⁶¹

De lo anterior con las respuestas obtenidas se comprueba el objetivo general No.2, el cual es “Proponer un conjunto de mecanismos tendientes a contribuir a que la problemática estudiada sea resuelta”; así como el

¹⁶¹ Anteproyecto de ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, Unidad de asesoría técnica institucional, actualizado 11 de marzo de 2009.

objetivo específico No.3 “Analizar y evaluar el marco jurídico que regula las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor” y finalmente la hipótesis específica No.3 “La acumulación de las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor en abandono por parte de la Procuraduría General de la República y los Juzgados de Familia se traduce en la vulneración de los derechos patrimoniales del pupilo”.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al inicio de la presente, investigación se trazaron diversos objetivos orientados a la búsqueda de respuestas acerca de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor; dichos objetivos han sido logrados de manera satisfactoria y las hipótesis planteadas inicialmente se han podido comprobar estableciéndose las causas y consecuencias de la falta del control en comento, poniendo en evidencia la problemática antes indicada, permitiendo el establecimiento de conclusiones al respecto, así como una serie de señalamientos a manera de recomendaciones

7.1. CONCLUSIONES

Bajo la anterior perspectiva, se han obtenido las siguientes conclusiones:

- 1- Existe indiscutiblemente una falta de control efectivo en el trámite de rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, la cual no es mínima; al grado incluso de pasar años sin que se verifique la administración de los bienes del pupilo, lo es grave y preocupante debido a esto genera efectos negativos, ya que se violentan derechos patrimoniales del pupilo.

- 2- El problema de la falta de un control efectivo en el trámite de rendición de cuentas, prácticamente tiene lugar en mayor parte al accionar de la Procuraduría General de la República, esto debido a que por ser tal

institución quien más promueve diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, es la que también, debería tramitar mayor número de rendiciones de cuentas en los Juzgado, sin embargo, de la investigación realizada se confirmó, que no es así; también es de aclarar que aunque en un porcentaje los Juzgados de Familia, también contribuyen a que exista la falta de control respectivo dado que es a estos quienes la ley ha facultado expresamente para hacerlo cuando lo considere necesario.

- 3- El trámite de rendición de cuentas es burocrático o lento porque transcurrido el año de administración de los bienes del pupilo, dado el desconocimiento tanto de los tutores, agentes auxiliares e incluso colaboradores jurídicos, la rendición no es requerida lo que va generando retraso en continuar con el trámite establecido por la ley, y por si esto no fuera suficiente, si las mismas son presentadas al Juzgado de Familia correspondiente se ha dejado pasar incluso más de dos semanas para resolver si las mismas son aprobadas o no.
- 4- La falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, vulnera derechos patrimoniales de los pupilos, dado que al desconocerse los gastos realizados por el tutor durante su administración no se puede tener la certeza que dicho dinero haya sido utilizado para suplir las necesidades del pupilo y no para otros gastos personales del tutor.
- 5- En la actualidad la legislación existente no garantiza efectivamente los derechos patrimoniales del pupilo, aun y cuando habla que debe realizarse una rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria

judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, no goza de criterios claros y prácticos que orienten en forma adecuada, dejándola a discrecionalidad de los solicitantes o interesados, lo que se traduce en la ausencia o inobservancia de lo 339 del Código de Familia, ya que no es necesario realizar un análisis exhaustivo del marco normativo Jurídico aplicable a la rendición de cuentas, para darse cuenta de lo anterior;

- 6- Existen diversas causas que generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor y la mayoría de ellas evidencia que se debe a la falta de control y carga laboral que tanto los Juzgado de Familia como la Procuraduría General de la República poseen actualmente; aun y cuando la inactividad de las partes no fue mencionada como una de ellas, tal situación puede fácilmente deducirse cuando un 72% de los encuestados que sí la hay; reflejándose con ello que las deficiencias administrativas y judiciales generan la falta de un control efectivo rendición de cuentas.

- 7- Hay un incumplimiento de los plazos procesales establecidos, para el trámite de rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor. Pues la realidad es que aunque ésta debe ser presentada de manera anual existen diligencias en las cuales han transcurrido más de tres años sin que la misma sea presentada o que pasado ese tiempo se rinden cuentas de los tres años anteriores de una sola vez; lo que genera mayor atraso al momento de resolver sobre la aprobación de la misma ya que con la carga laboral de los Juzgado de Familia no es fácil para los mismos hacer el tiempo de

verificar la documentación presentada correspondiente a todo ese período.

- 8- Faltan recursos humanos, técnicos y financieros, para que tanto la Procuraduría General de la República como los Juzgados de Familia cumplan de manera eficiente y efectiva su función.
- 9-. Actualmente no existe un adecuado seguimiento de las rendiciones de cuentas, en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, por parte de las instituciones y autoridades competentes.
- 10- La aplicación del artículo 331 del Código de Familia que establece la rendición anual de cuentas es mínima, en comparación con la cantidad de diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor que ingresan a los Juzgados de Familia, así como los que son promovidos por la Procuraduría General de la República.
- 11- La falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor, debe considerarse como un problema que requiere una respuesta inmediata; ya que la institución de la tutela no debe verse como un problema de particulares, es decir, entre tutores, instituciones y jueces competentes, sino como un problema social, porque directamente se ve involucrado uno de los sectores más vulnerables de la sociedad: que son los menores y las personas declaradas incapaces a quienes como se ha dicho antes se les debe garantizar un bienestar personal como patrimonial.

7.2. RECOMENDACIONES.

Sobre la base de las conclusiones presentadas, se proponen las recomendaciones siguientes:

- 1- Las instituciones, autoridades, entendidos y solicitantes en la materia, deben realizar una minuciosa revisión de la legislación actual de familia en lo que respecta a la rendición de cuentas en la declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor, con el objetivo de proponer se establezca legalmente y con carácter urgente un trámite de rendición más completo, y que su vez, que regule en forma detallada dicho aspecto, en el que además se establezca las obligaciones la Procuraduría General de la República como institución protectora de los menores e incapaces, para garantizar, que la misma sea presentada, debido a que de la manera en que actualmente la legislación se encuentra redactada parecería, que es únicamente obligación de los Juzgado de Familia el estar al pendiente de la administración de los bienes del pupilo.

- 2- Los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la República así como los Jueces de familia, deben tener presente el problema de la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor, y tomar consciencia en que debe existir un mayor impulso procesal respecto de las mismas, para procurar evitar que con la falta del mismo, no se vulneren los derechos patrimoniales de los pupilos. En tal sentido deben hacer su mejor esfuerzo por brindar su servicio en forma eficiente y efectiva, que evite la burocracia que actualmente existe.

- 3- Sería conveniente que tanto en los Juzgados de Familia como en la Procuraduría General de la República exista personal capacitado para encargarse únicamente de verificar que el trámite de las declaratorias judiciales de incapacidad y nombramiento de tutor en las que existan bienes que administrar, para que de esta manera se garantice los derechos de los pupilos y se reduzca la tardanza o falta de control de las rendiciones de cuentas y de esta manera no exista justificación de que por la carga laboral o falta de personal no es posible llevar dicho control.
- 4- Se debe consignar en el presupuesto general de la nación, dotar de más recursos tanto a la Procuraduría General de la República y por su parte la Corte Suprema de Justicia debe hacer una mejor distribución del presupuesto del que ya goza , a fin de que en dichas instituciones pueda proveerse a los mismos de recursos humanos, ya que el actual no es suficiente para cubrir las actividades propias de su función y en cuanto al equipo, deben otorgarse los recursos acorde al tipo de actividad que se realiza: computadoras, papel, impresoras, fotocopadoras, vehículos, etc., ya que es sorprendente que en este tiempo existan oficinas gubernamentales, que no cuenten con lo necesario para realizar efectivamente su labor.
- 5- Deben contemplarse tanto para la Procuraduría General de la República, como para empleados de los Juzgados de Familia, capacitación constante, para que conozcan mejor el trámite a seguir en la rendición de cuentas y de esta manera se comiencen a subsanar las deficiencias administrativas y judiciales que generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas.

- 6- Las instituciones y autoridades competentes que intervienen en el trámite de rendición de cuentas, deben buscar un nuevo mecanismo de seguimiento posterior al discernimiento del cargo al tutor, que permita que la rendición de cuentas sea más efectiva.

- 7- Los Jueces de Familia, deben aplicar de manera más rigurosa el artículo 331 del Código de Familia y demás ordenamiento jurídico que tiene relación con la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, con el objetivo de agilizar dichas diligencias y evitar así el incumplimiento del procedimiento y términos establecidos en la ley y evitar la acumulación de diligencias en las que no se ha presentado la respectiva rendición de cuentas.

- 8- Debe iniciarse la aplicación de sanciones severas a los Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la República, litigantes y a los tutores que no presenten la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, debiendo en caso que por circunstancias ajenas a ellos, es decir porque el tutor simplemente muestra desinterés en hacerlo, justificar el porque no se ha presentado la rendición de cuentas a fin de no hacerse acreedores de ninguna sanción.

- 9- Debe promoverse la reformas tanto al Código de Familia y Ley Procesal de Familia vigentes fin de que se establezca sanciones especificas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor en las que haya transcurrido más de un año sin rendir cuentas así como el respectivo tramite a seguir cuando esto suceda.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANGARITA GOMEZ, JORGE, **“Lecciones de derecho civil, personas y representación de incapaces”**, cuarta edición, editorial Temis, S.A., Santa Fè Bogota Colombia, 1994.

BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR, **“Manual de derecho de familia”, tomo II, 5ª edición, actualizada 4ª reimpresión, ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993.**

BLANC NIETO, ERNESTO E. Y OTROS, **“Curso de derecho civil”, primera parte derechos reales familia, ediciones Macchi, talleres gráficos garamond S.C.A., 1981.**

BORGONOVO Y OTROS, **“Juicio oral en familia y capacidad civil de las personas”**, Editorial Vélez Sarfield, Buenos Aires, Argentina, Talleres Gráficos “RISCA”, 1985.

CABANELLAS GUILLERMO, **“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”**, Tomo VIII, 26ª Edición Editorial Heliastas, S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1998.

CALDERON DE BUITRAGO ANITA Y OTROS, **“Manual de Derecho de Familia”**, 2ª edición, publicación realizada por el Proyecto de Reforma Judicial II, Talleres Gráficos UCA, 1995.

CLARO SOLAR, LUIS, **“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado”**, tomo tercero, editorial jurídica de Chile, talleres de editorial Nomos, Bogota Colombia, 1992.

CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F. **“La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”**, Editorial Porrúa, México, 1999.

D^o ANTONIO DANIEL HUGO, **“Derecho de Familia, Tutela Ministerio de Menores Patronato del Estado”**, Rubinzal-Culzoni editores, impreso en Argentina, 1990.

DE IBARROLA, ANTONIO, **“Derecho de Familia”**, 4^a edición, editorial Porrúa, México, 1993.

“DOCUMENTO BASE Y EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO DE FAMILIA”. 1^a Edición, Impreso en El Salvador, Publicación Unidad Técnica Ejecutora, Imprenta Criterios, Tomo II, 1994.

ENNECCERUS, LUDWING, THEODOR KIPP Y MARTIN WOLF, **“Tratado de derecho civil”**, cuarto tomo, derecho de familia, volumen segundo, relaciones paternofiliales y parentales, tutela, casa editorial BOSCH, Barcelona España, 1986.

FERNANDEZ CLERIGO, LUIS, **“El derecho de familia, en la legislación comparada”**, Unión topográfica editorial Hispano-Americana, México, 1974.

GEORGE RIPERT, MARCEL PLANIOL, **“Derecho Civil”** (parte A), volumen 3, distribuidora Harla S.A. de C.V, México, 1997.

MENDEZ COSTA MARIA JOSEFA Y OTRO, “**Derecho de Familia**” tomo III, Rubinzal-Culzoni, editores Argentina, 1991.

MONTERO DUHALT, SARA, “**Derecho de Familia**”, Editorial Porrúa, S.A, México 1984.

LOPEZ DEL CARRIL JULIO J. “**Patria Potestad, Tutela y Curatela**”, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1993.

RODRIGUEZ RUIZ, NAPOLEON, “**Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas**”, Editorial Universitaria, San Salvador, 1959.

RODRIGUEZ RUIZ, NAPOLEON, “**Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas**”, Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1ª Edición 2006.

ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE, “**Manual de Derecho de Familia**”, Editorial Jurídica de Chile, Impresiones Salesianos, 1986.

SUAREZ FRANCO, ROBERTO, “**Derecho de Familia. Filiación. Régimen de los incapaces**”, Segunda edición, Editorial Temis. S.A, Santa Fe de Bogota Colombia, 1992.

SUAREZ FRANCO, ROBERTO, “**Derecho de Familia. Filiación. Régimen de los incapaces**”, Tercera edición, Editorial Temis. S.A, Santa Fe de Bogota Colombia, 1999.

SAURA MARTINEZ, LUIS FERNANDO, “**Incapacitación y tuición**”, editorial Tecnos, S.A., Madrid 1986.

OSORIO MANUEL, “**Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**”, Prologo Dr. Guillermo Cabanellas, Editorial Heliastas S.R.L, Buenos Aires Argentina, 1995.

ZANNONI EDUARDO A, “**Derecho Civil, Derecho de Familia**” Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L. Buenos Aires Argentina 1978.

ZANNONI EDUARDO Y OTRO, “**Manual de Derecho de Familia**”, 6ª Edición actualizada, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004.

LEGISLACION

ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE FAMILIA, Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, Impresión cortesía de la Corte Suprema de Justicia, octubre 1990.

ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Unidad de asesoría técnica institucional, actualizado 11 de marzo de 2009.

CODIGO CIVIL Recopilación de Leyes Civiles. Editorial jurídica salvadoreña 28ª edición 2007

CODIGO DE FAMILIA. Recopilación de Leyes Civiles. Decreto número 677, publicado en el diario oficial número 231, tomo 321, del 13 de diciembre de 1993, Actualizado por Ricardo Mendoza Orantes. 1994.

CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR. Decreto 38 publicado en el Diario oficial número 234, Tomo N° 281 del 16 de diciembre de 1983.

LEY PROCESAL DE FAMILIA. Editorial Jurídica Salvadoreña. 5° Edición. 1999.

LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA, decreto legislativo número 212.

TRATADOS INTERNACIONALES

Declaración de los Derechos del Niño. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos. Primera Edición. ONUSAL- PDH, 1994. Lea Editores.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos. Primera Edición. ONUSAL- PDH, 1994. lea Editores.

Convención sobre los Derechos del Niño. Decreto N° 487. D.O. N° 108, del 9 de mayo de 1990.

CODIGO DE BUSTAMANTE, Decreto legislativo del 30 de marzo de 1931, diario oficial número 13, tomo No. 110 del 10 de junio de 1031, editorial jurídica salvadoreña.

ANEXO 1

Cuestionario sobre la falta de control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor dirigida a secretarios, colaboradores jurídicos de los juzgados de familia y Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la Republica y Procuradores de Familia Adscritos.

1. ¿Considera usted que existe un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor?

SI_____

NO_____

2. ¿Cuál/es Institución/es, considera que genera en mayor grado la falta de un control efectivo en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor?

P.G.R.____ JUZ. DE FAM.____ LOS DOS ANTERIORES____

3. ¿Considera que actualmente la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor pueden catalogarse como burocráticas o lentas?

SI_____

NO_____

4. ¿Considera usted que se le violentan derechos patrimoniales a un menor o una persona incapaz cuando en las diligencias de incapacidad y nombramiento de tutor transcurre más de un año para realización de la rendición de cuentas?

SI _____

NO _____

Porque _____

5. ¿En promedio cuantas diligencias de declaratorias de incapacidad y nombramiento de tutor se promueven anualmente?

6. ¿Considera usted que la actual legislación de garantiza efectivamente los derechos patrimoniales del pupilo a través de la rendición de cuentas?

SI _____

NO _____

Porque _____

¿A su juicio los empleados o funcionarios competentes en el trámite de las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor tienen claro el trámite de rendición de cuentas?

SI _____

NO _____

7. ¿Existe protección integral de para los menores e incapaces en la rendición de cuentas durante la fase administrativa y judicial?

Fase administrativa Si___ No___ Fase judicial Si___ No___

9. ¿Considera que existe inactividad de las partes dentro del trámite de rendición en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor, dentro de los distintos juzgados de familia?

Si___ No___

10. ¿Qué causas generan la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor?

11. ¿Cual / es son las consecuencias de la falta de control efectivo en la rendición de cuentas diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y de nombramiento de tutor?

12 ¿Que existe una sanción para el tutor que no rinda cuentas en el termino establecido por la ley? ¿Cuales?

Sí

No

ANEXO 2**GUÍA DE ESTUDIO DE EXPEDIENTES JUDICIALES SOBRE LA
RENDICION DE CUENTAS EN LAS DILIGENCIAS DE DECLARATORIA
JUDICIAL DE INCAPACIDAD Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR**

JUZGADO: _____
NUMERO DE EXPEDIENTE: _____
DILIGENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL DE
INCAPACIDAD: _____
DILIGENCIA DE NOMBRAMIENTO DE TUTOR _____
FECHA DE INICIO DE DILIGENCIAS: _____
PARTE SOLICITANTE: PGR _____ ABOGADO PARTICULAR
FECHA DE SENTENCIA: _____
FECHA DE DISCERNIMIENTO DE CARGO _____
FECHA DE ÚLTIMO ACTO PROCESAL DE PARTE: _____
FECHA DE ÚLTIMA ACTUACION JUDICIAL: _____

¿HA SIDO PRESENTADA LA RENCION DE CUENTAS?

SI _____ NO _____

EN QUE FECHA: _____

¿HA SIDO REQUERIDA LA RENDICION DE CUENTAS EN LAS
PRESENTES DILIGENCIAS?

SI _____ NO _____

EN QUE FECHA: _____

ANEXO 3**GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES DE LOS JUZGADOS DE
FAMILIA DE SAN SALVADOR****TEMAS:**

- La tutela como institución que garantiza el bienestar personal y patrimonial del pupilo.
- Efectividad de la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.
- Plazos para la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.
- La inactividad de las partes en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.
- Alternativas para evitar la falta de un control efectivo en la rendición de cuentas en las diligencias de declaratoria judicial de incapacidad y nombramiento de tutor.