

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CUARTO SEMINARIO DE GRADUACIÓN DEL PLAN 1993



**“EFICACIA DEL EXAMEN Y RENDICION DE CUENTAS COMO
MECANISMO DE CONTROL PARA PROTEGER LOS DERECHOS
PATRIMONIALES Y EN ESPECIAL LOS DEL PUPILO”**

TRABAJO DE GRADUACION PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:
AGUILAR, PAYES MANUEL
AGUILLON VELASCO, KAREN ARACELY
CALLES RODRÍGUEZ, GERTRUDIS DE JESÚS

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. ALFREDO RIGOBERTO ESTRADA GARCIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2001.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE RECTOR ACADÉMICO

ING. JOSE FRANCISCO MARROQUIN

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

LIC. MARÍA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCÍA

SECRETARIA GENERAL

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

VICE-DECANO

LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO

LIC. JORGE ALONSO BELTRÁN

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC ALFREDO RIGOBERTO ESTRADA GARCÍA

AGRADECIMIENTO

A DIOS TODO PODEROSO, por darnos sabiduría y entendimiento para seguir adelante en el logro de nuestro propósitos.

A LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES, por brindarnos los conocimientos indispensables para la formación de nuestra carrera, los cuales tendremos presentes en el desarrollo de nuestras labores.

A NUESTRO ASESOR LIC. ALFREDO RIGOBERTO ESTRADA GARCIA, por su valiosa colaboración y atención a nuestro trabajo a lo largo del proceso de elaboración.

A NUESTRAS FAMILIAS, por estar siempre a nuestro lado brindandonos amor, confianza, comprensión y apoyo tanto espiritual como material en todo momento, para el logro de este triunfo tan deseado.

DEDICATORIA

➤ A DIOS TODO PODEROSO Y A LA SANTISIMA VIRGEN MARÍA:

Por haberme iluminado siempre mi camino para poder alcanzar la meta fijada.

➤ A MIS PADRES:

Joaquin Aguilar Guzman y
Antonia del Carmen Payes

DIOS En Gloria los tenga por haberme enseñado el camino a seguir en todos los ambitos de la vida, ya que con sus enseñanzas se hizo posible cumplir esta meta.

➤ A MI ESPOSA:

Emilia Gumercinda Ruano de Aguilar

Por haber sido ejemplo de esposa y madre, también por su gran apoyo afectivo, le dedico este tiempo con todo mi amor.

➤ A MIS HIJOS:

Julia Marina
Xiomara Marlene
Manuel Antonio y
Nestor Vladimir

Por haber sido el incentivo más grande para alcanzar mi triunfo, para ellos, con el infinito amor que como Padre les puedo confesar.

➤ A MIS HERMANAS:

Con amor fraternal y mucho agradecimiento, por el apoyo que me brindaron en todos los momentos de mi vida.

➤ A MIS COMPAÑERAS DE TESIS:

Karen y Tuli

Con quien comparto este triunfo.

➤ A MIS DEMÁS FAMILIARES Y AMIGOS:

Por sus frases de estímulos.

➤ A MI ASESOR Y PROFESORES:

Por mi formación profesional.

AGUILAR PAYES, MANUEL

DEDICATORIA

- Dedico primeramente mi trabajo de graduación a **DIOS TODOPODEROSO**, por darme fuerzas y sabiduría para terminar mis estudios.
 - ***“PORAQUE JEHOVA DA LA SABIDURÍA Y DE SU BOCA VIENE EL CONOCIMIENTO Y LA INTELIGENCIA” Prov. 2:6***
- **A MIS PADRES:** por su incondicional apoyo espiritual moral y económico en todos los momentos de mi vida y sin los cuales no hubiera logrado este triunfo.
- **A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE ESTUDIO:** Por compartir esta etapa de nuestras vidas en la que su apoyo, amistad y motivación fueron importantes para no decaer y alcanzar esta meta.
- **A MI ASESOR DE TESIS:** Por dedicarnos el tiempo necesario para guiarnos en la elaboración del presente trabajo.

Karen Araceli Aguillón Velasco

DEDICATORIA

A DIOS TODO PODEROSO Y A LA SANTISIMA VIRGEN MARÍA: por ser mi luz, y estar conmigo en todo momento dandome fuerzas para alcanzar mis metas propuestas.

A MIS QUERIDISIMOS PADRES, ARGELIA RODRÍGUEZ e IDELFONSO CALLES: por todo el esfuerzo y dedicación que han dado a mi vida, enseñadome valores y principios que la han fortalecido, y por los sacrificios que hicieron para darme los recursos necesarios para el logro de este triunfo.

“Que Dios derrame muchas bendiciones sobre ellos”.

A MIS HERMANOS CARLA Y MARVIN: por confiar y estar siempre pendientes de mi, los quiero mucho.

A LA LUZ DE MI CASA, RENE BENJAMIN, por que si presencia basta para seguir adelante.

A MIS PRIMAS Y TIOS: por su apoyo incondicional hacia mi familia.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS, KAREN Y MANUEL: por la paciencia y esfuerzo para el logro de nuestra carrera.

Gertrudis de Jesús Calle Rodriguez

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas contiene el resultado final de la problemática denominada **“EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS COMO MECANISMO DE CONTROL PARA PROTEGER LOS DERECHOS PATRIMONIALES, Y EN ESPECIAL LOS DEL PUPILO”**.

En el referido documento justificamos nuestra investigación en los siguientes términos:

En nuestro país existe sub desarrollo, por lo que una gran cantidad de menores e incapaces requieren de nombramiento de un tutor que los represente, que cuide de ellos y administre sus bienes. La vulnerabilidad de la situación que caracteriza al menor o incapaz ante la falta de sus padres o un adecuado tutor se traduce en desprotección ante la sociedad, la necesidad de representación y la posibilidad que el menor haya heredado o que se le hayan donado bienes que necesiten ser administrados, vuelve obligatorio el nombramiento de tutor idóneo que cumpla adecuadamente con sus obligaciones, contribuirá al fin proteccionista por el cual la tutela es regulada en la normativa familiar.

Pero no siempre el tutor realiza una buena administración de los bienes del pupilo, lo que genera la problemática anteriormente planteada, y lo que justifica nuestra investigación ya que no se puede permitir que en un estado de derecho, una institución jurídica familiar de protección como es la

tutela, pueda ser utilizada para vulnerar, en lugar de proteger los derechos personales y patrimoniales de los incapaces.

En cuanto a los objetivos que pretendimos alcanzar a través de esta investigación se trato de determinar la eficacia del examen y rendición de cuentas como mecanismo de control en la actividad administrativa del tutor, a sí como establecer la eficacia de los mecanismos de control utilizados por el juez de familia para que el tutor presente el examen y rendición de cuentas.

El presente informe ha sido dividido en cinco capítulos.

En el primero de ellos, denominado: **PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA TUTELA Y EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS**, se desarrolla la perspectiva histórica de la tutela como una institución que vela por el bienestar y seguridad de los menores y demás incapaces, en las diferentes culturas y regímenes jurídicos que ha evolucionado particularmente en la segunda mitad del siglo recién pasado; así mismo se desarrolla la evolución histórica del examen y rendición de cuentas, como una obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o gestión por cuenta o interés de un tercero, el cual no constituye no sólo una obligación del tutor sino de todas las personas que administran bienes total o parcialmente ajenos, como lo son las figuras jurídicas del curador de bienes, el mandatario y el gestor de negocios ajenos. Así como también su surgimiento en la legislación familiar salvadoreña.

Posteriormente en el segundo capítulo titulado **BASE DOCTRINARIA JURÍDICA DE LA TUTELA Y EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS**, se desarrolla el fundamento doctrinal de la tutela y el examen y rendición de cuentas, en el cual se presentan las diferentes teorías y doctrinas referentes al

tema de investigación. Así como las características de estos, sus funciones y sus clases.

En el tercer capítulo designado **FUNDAMENTO NORMATIVO LEGAL DE LA TUTELA Y EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS**, se hace un estudio que comprende la Constitución de la República y la legislación familiar; así como lo atinente a la normativa internacional, la Convención Sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de Derechos del Niño y la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, pues es en estas leyes donde se encuentra regulado el tema objeto de estudio.

De igual manera en el cuarto capítulo denominado **RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO**, se incluye el resumen y análisis de la información obtenida a través de entrevistas a una seleccionada muestra de informantes claves, como son Jueces de Familia, Miembros del Equipo Multidisciplinario y Profesionales del Derecho. Del resultado de dicho trabajo se ha tabulado en cuadros explicativos donde se demuestra el resultado de la investigación.

Finalmente y como producto de toda la investigación realizada en el quinto y último capítulo se plantean **LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES** que consideramos pueden ser de gran utilidad para todo estudioso del derecho interesado en ahondar sobre la problemática de la eficacia del examen y rendición de cuentas como mecanismo de control para proteger los derechos patrimoniales, y en especial los del pupilo.

ÍNDICE DE CONTENIDO

CAPITULO I

Perspectiva Histórica de la Tutela y el Examen y Rendición de Cuentas

1.1	Generalidades	1
1.1.2	Evolución Histórica de la Tutela	1
1.1.3	Orígenes Primitivos	2
1.1.4	La Tutela como institución jurídica familiar en el Derecho Romano.	3
1.1.5	Tutela en el Derecho Germanico.	5
1.1.6	Tutela en el Derecho Español	7
1.1.7	Tutela América	8
1.1.8	Tutela en el Derecho Salvadoreño	8
1.1.9	Tutela en la Nueva Legislación Familiar	12
1.2	Antecedentes históricos del Examen y Rendición de Cuentas	13
1.2.1	Examen y Rendición de Cuentas en el Derecho Romano	14
1.2.2	Examen y Rendición de Cuentas en la Normativa Salvadoreña	15
1.2.3	Instituciones Relacionadas con el	

CAPITULO II**Base Doctrinaria Jurídica del Examem y****Rendicion de Cuentas**

2.1 Generalidades de la Tutela	21
2.1.2 Función de la tutela	23
a) Tutela Testamentaria	24
b) Tutela legitima	24
c) Tutela dativa.	24
2.1.3 Características de Tutela	25
2.1.4 Clasificación y enumeración de las especies de Tutelas	29
a) Tutela Testamentaria	30
b) Tutela Legitima	32
c) Tutela Dativa	33
2.2 Base Doctrinaria del Examen y Rendición de Cuentas	34
2.2.1 Generalidades	35
2.2.2 Características de la Rendición de Cuentas	36
2.2.3 Clases de Rendicion de Cuentas	37
2.2.4 Rendicion de Cuentas en la Tutela	38
2.2.5 Formas de Rendición de Cuentas	39
I. Cuentas Anuales	39
II. Cuentas Generales	39
III. Cuentas Generales de la Tutela	39

2.2.6 Formalidades de la Rendición de Cuentas.	40
--	----

CAPITULO III.

Fundamento Normativo Legal de la Tutela y el Examen y Rendición de Cuentas

3.1 Generalidades	43
3.2 Regulación Jurídica de la Tutela	52
3.2.1 Clases de Tutela	55
Tutela Testamentaria	55
Tutela Legítima	55
Tutela Dativa	55
3.3 Ejercicio de la Tutela	60
3.3.1 Discernimiento del Cargo	61
3.3.2 Inventario y Avalúo de Bienes	63
3.3.3 Garantía de Administración	68
3.4 Rendición de Cuentas	76
3.4.1 Rendición de Cuentas en la Normativa Familiar	77
3.4.1.1 Plazas para Rendir Cuentas	78

CAPITULO IV

Resultados de la Investigación de Campo

4.1 Del Cuestionario de entrevista dirigido a Jueces de Familia	85
4.2 Del cuestionario de entrevista dirigido a Miembros del Equipo Multidisciplinario	96
4.3 Del Cuestionario de entrevista dirigido a Profesionales	

del Derecho.	108
CAPITULO V	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1 Conclusiones	118
5.2 Recomendaciones	121
Bibliografía.	123

CAPITULO I

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA TUTELA Y EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

1.1 GENERALIDADES.

En este apartado, como su nombre lo indica, se plantean aspectos de carácter histórico sobre los dos principales elementos del problema objeto de la investigación: la Tutela y el Examen y Rendición de Cuentas; en base a la investigación documental realizada.

Más que de una relación expositiva de datos, se trata de una referencia cronológica breve y más que todo lógica, de aspectos históricos (determinantes para el surgimiento, desarrollo y variantes relativas a dichos exámenes); con el propósito de ubicarlo en la época contemporánea y sentar las bases para el análisis jurídico en particular y del resto de la investigación en general.

1.1.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA

Asunto importante es el que se refiere a la tutela de las personas que aunque tienen el goce de los derechos civiles, no pueden ejercerlos por si mismos.

Por eso todas las legislaciones del mundo, desde los primitivos tiempos, se han preocupado y con razón, de este punto de tanta trascendencia

1.1.3 ORÍGENES PRIMITIVOS

En los pueblos primitivos se desconoce la institución tutelar, por cuanto las organizaciones gentilicias sobre cuya base se asienta la ordenación política de los mismos, suple la falta de los padres viniendo de ella a amparar a los que se encuentran en estado de incapacidad. Primitivamente lo que tenía valor era el grupo, dentro del cual el individuo haya en él satisfecho sus necesidades de toda índole.^{1/}

En Grecia al destacarse en ésta la personalidad del hijo respecto de sus padres y parientes en cuando se hace necesaria la organización de la institución tutelar. Esta institución se concibe separadamente de la primitiva potestad gentilicia, teniendo por objeto la protección del incapaz que carece de bienes, encomendándoseles a una persona llamada Tutor, quien ejercía su poder bajo la vigilancia de la autoridad.

Era la autoridad quien establecía la tutela, reconociendo al tutor testamentario o legítimo y, a falta de éstos, había de nombrarse un tutor dativo, a instancia de persona interesada en la constitución de dicho organismo. La autoridad tenía cierta intervención en el desempeño de la tutela, pues podía intervenir en caso de disensión con el tutor o en los supuestos en que se causare engaño o fraude contra el pupilo.

^{1/} Meléndez Alvarez, Doris Elizabeth, et. al. "Las Tutelas y Curadurías en el Código Civil Salvadoreño, análisis jurídico, Tesis UES. 1993., Pág. 54

Todos los ciudadanos tenían el derecho de proteger al huérfano, disponiendo de acciones populares contra el tutor cuando éste incurriera en dolo o negligencia en su gestión.^{2/}

1.1.4 LA TUTELA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA FAMILIAR EN EL DERECHO ROMANO

Los orígenes históricos de la doble institución de la tutela y curatela tiene fundamentalmente como fuente al Derecho Romano, y en épocas recientes al Derecho de Familia que marca la independencia del Derecho Civil.

“El Derecho Romano, en época histórica estableció y reguló la protección de los Sui Iuris, o Aliení Juris, éstos eran hijos de familia si estaban bajo la patria potestad, o siervos, si dependían de la potestad domínica. Respecto de los Sui Iuris incapaces de hecho, unos estaban sujetos a la tutela y otros a la curaduría, en cierto modo paralelas, y cuyas diferencias no es posible señalar de un modo absoluto, pues fueron razones puramente circunstanciales las que dieron lugar a la existencia de este dualismo.

La primera existe en todas la épocas, aplicable a aquellos que no han alcanzado la pubertad (tutela *impulcrum*); y a las mujeres (tutela *mulierum*), cualquiera que fuese su edad, que no se hallaban bajo la patria potestad, ni bajo la manus marital, pues permanecían en la tutela por toda la vida.

La segunda, que tiene su origen en la ley de Cenviral

^{2/} *Ibidem.*, C. F. pp. 55.

aplicable a la incapacidad por locura (una fusión), y que paulatinamente se fue extendiendo a otras situaciones de muy diversa naturaleza, en las que era necesario cuidar de un patrimonio .

Como los impúberes eran absolutamente incapaces, se seguía que el tutor se daba primordialmente para la persona y secundariamente para los bienes; al contrario de la curaduría que, por tratarse de personas que tenían alguna capacidad, se daba primeramente para los bienes y secundariamente para la persona.

En el anteproyecto del Código de Familia se menciona como antecedente de la curatela la ley de las Doce Tablas, la que establecía la curatela para los furiosos y los pródigos. El furioso, era el privado completamente de razón, tuviera o no intervalos lúdicos. Pródigos eran los que disipaban los bienes adquiridos por sucesión abintestato, de su padre o abuelo paterno. Para el primero no era necesaria la interdicción porque tenía una incapacidad natural, para el pródigo si se precisaba de interdicción.^{4/}

Tutela y curatela experimentaron una profunda evolución. Dada la relación que originariamente existía entre herencia y tutela, en un principio el tutor (en la tutela legítima) era normalmente el hermano más próximo del pupilo; el llamado a esta tutela es en atención al grado de parentesco civil, y por ello podía afirmarse que las instituciones de protección, se convertían más en interés personal del titular o de la familia que el propio titulado, puesto que el

^{4/} Documento Base y exposición de Motivos del Código de Familia. Tomo II; publicación de la Unidad Técnica Ejecutora, Imprenta Criterio 1a. Edición., 1994., Pág. 705.

tutor conserva el patrimonio del menor incapacitado para la familia, y lo hace como posible heredero de dicho patrimonio, con el interés de quien administre cosas que puedan llegar a ser suyas.

Sin embargo, la transformación de estas instituciones a causa de la intervención pública (aparición de la tutela dativa), tiende a eliminar ese aspecto egoísta de la tuición; el tutor ya no va a ser el heredero del pupilo, y por tanto el cargo tutelar, no representara un interés económico; en consecuencia, la tutela deja de ser una potestad y pasa a convertirse en un deber (officium) o carga pública, (munus) que recae sobre la persona que es nombrada tutor; es decir, el carácter de la tutela se modifica tan profundamente que llega a prevalecer la finalidad del amparo, convirtiendose tutela y curatela en instituciones favorables al pupilo. ^{5/}

“El Estado empieza a reconocer que el cuidado del pupilo es una cuestión pública; y la tutela llega a convertirse en una “manus”, de la cual no era posible substraerse, sino por causas legales taxativamente enumeradas”.

Esta nueva manera de concebir la tutela, como un deber de protección de defensa, como institución en beneficio del pupilo, es la que pasará al Derecho Moderno, pero con una diferencia esencial, ésta diferencia consiste en que el tutor no autoriza al menor o incapaz, sino que lo representa .

1.1.5 TUTELA EN EL DERECHO GERMÁNICO.

“En el Derecho Germánico, aun en su época más antigua, conoció la

^{5/} Albaladejo, Manuel, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Jurales, Tomo IV, 2a. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985. Pág. 212-213.

tutela. Estaban sujetos a ella los menores de edad sin padre, las mujeres solteras y los incapaces físicos (sordomudos, viejos) y mentales (locos); en general todos aquellos que no podían lanzarse a caballo desde un lugar poco elevado.

Originalmente, la tutela correspondía a la Sippe, que podía ejercerla en mano común (parientes dentro del séptimo grado reunidos en Asamblea Gestora), si bien normalmente nombraban a una persona de un seno para administrar la tutela, que la desempeñaba como fiduciario y que solía ser el pariente más próximo del pupilo entre los llamados parientes de cepada (masculino de la línea masculina; el abuelo, el tío, etc.); sin embargo, en algunos casos, la madre legítima u otros parientes femeninos eran nombrados por la Sippe como tutores de los hijos después de la muerte del padre.

La Sippe pasa a ostentar una especie de supertutela con las funciones siguientes: de vigilancia, otorgar el consentimiento para ciertos actos, destitución del tutor en caso de mala administración, etc.

De esta configuración de la tutela germánica hay que destacar los datos siguientes; existencia de una sola institución de guarda (tutela), y ejercerse esta por los parientes más próximos reunidos en Asamblea Gestora la (Sippe), o bien mediante delegación de la Asamblea de uno de los miembros (el más próximo pariente de cepa del pupilo) que la desempeñaba como fiduciario de la propia Sippe; y que más tarde los reyes que habían recabado para el protectorado de viudedad y huérfanos, nombraron magistrados para ejercerlo y poco a poco dichos magistrados fueron

sustituyendo a la familia en la inspección de la tutela” ^{6/}

1.1.6 TUTELA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el Código Civil de España, de acuerdo con los principios que este señalaba, establecía la tutela, la protutela y el consejo de familia.

El objeto de la tutela era la guarda de la persona ó bienes, ó solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, eran incapaces de gobernarse por sí mismos.

“En el Derecho Histórico Español, las características que la institución tutelar tiene en el derecho germánico no solo sirven de diferencia o contraste con el Derecho Romano, sino que es necesario y útil tenerlas presentes en cuanto que el sistema Germánico es el que va a informar el llamado Derecho Gótico o Nacional, que aparece reflejado en los fueros municipales, fuero viejo y fuero real y al que corresponden los rasgos siguientes:

- a) Una sola institución de guarda o tutela respecto a los huérfanos menores de edad, con olvido de la dualidad romana de tutela y curatela.
- b) Una tutela familiar colectiva, que actúa como supertutela del grupo familiar (fueros municipales) o como una tutela ejercida por todos los próximos parientes (fuero viejo).
- c) El llamamiento a la tutela es únicamente legal (a los más próximos

^{6/} Albaladejo Manuel, Ob. Cit. Pág. 215-216.

parientes) y, en su defecto, se define por la autoridad.^{7/}

1.1.7 TUTELA EN AMÉRICA.

Para poder acercarse a la regulación de la tutela en El Salvador como antecedente se tomara en cuenta la legislación mexicana que se considera antecedente importante para la actual legislación de familia.

El Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos, apártandose de la generalidad de los Códigos, adopto un sistema semejante al de España, para el año de 1900.

El tutor según la citada ley, cuidaba de la persona y administraba los bienes del incapacitado; y se daba el cargo de curador para la vigilancia de los actos del tutor, para favorecer al pupilo de la negligencia y la mala administración de su representante.

Y para asegurar más la persona y bienes de los incapacitados, dispuso la ley mexicana que en todos los negocios relativos a la tutela fuera oído el Ministerio Público y además en muchos actos que interviniera la autoridad judicial, que también era responsable de la falta de cumplimiento de los preceptos referente a la tutela y de los daños y perjuicios que sufrían los que no podían ejercitar personalmente sus derechos civiles.^{8/}

1.1.8 TUTELA EN EL DERECHO SALVADOREÑO.

^{7/} *Ibíd*em, C.F., pp. 215.

El movimiento modificador marca un cambio de rumbo en la institución tutelar , En El Salvador, sentando las bases para la supresión de la dualidad, tutela y curatela. Ligeros atisbos de este intento unificador, se observan en el proyecto de 1821, pero sería el proyecto de 1851, de clara influencia francesa, el que dé el primer paso, si bien todavía se mantiene la distinción de instituciones.

Pero como ninguno de estos proyectos llevo a ser ley, hasta la promulgación del Código Civil, las leyes de partidas, complementadas con la ley de enjuiciamiento civil de 1855, primero y más tarde con la de 1881, constituían el derecho vigente en la materia. El régimen tutelar estaba formado por la tutela, en sus tres clásicas especies: Testamentaria, Legítima y Dativa; la curatela, en sus variedades de ab-bona, ejemplar y la intervención de la autoridad judicial.”^{9/}

En la época contemporánea de la República de El Salvador, es necesario hacer mención que en el Código de Procedimientos Judiciales de 1857, se encontraban dos capítulos sobre tutela.

El Código Civil de 1860, reguló las tutelas retomando lo dispuesto por el Código Civil Chileno vigente en a aquel año; que a su vez era copia fiel del Código Civil Francés o “Código de Napoleón”, regulando la tutela en los Arts. 351 y 352 respectivamente disponían: “ Están sujetos a curaduría general los

^{8/} Revista de Derecho y Jurisprudencia., Ob. Cit., pág. 133.

^{9/} Albaladejo Manuel, Ob Cit., Pág. 216-218

menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los que por prodigalidad o demencias han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito”.

Sin embargo, en virtud de la ley del 4 de agosto de 1902 se reformó el Art. 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 pueden darse a entender por escrito.”^{10/}

Así como también dejó de estar vigente la tutela sobre la mujer mayor de edad, suprimiendo la figura denominada potestad marital.

El fundamento de la reforma se encuentra en el comentario de la comisión de legislación que la propuso, que dice: “uno de los tratados más complicados de nuestro Código Civil es el de las tutelas y curadurías que en muchos códigos modernos aparece reducidísimo. La distinción entre tutelas y curadurías respecto de la guarda de los menores de edad no tiene razón de ser, y lo único que resulta del cambio de la tutela en curaduría al llegar el pupilo a la pubertad es, un aumento de trámites en el nuevo nombramiento, nuevo inventario y rendición de cuentas en que se invierten inútiles sumas de dinero que podrían servir para atender mejor a la crianza y educación del pupilo.”

“La comisión, imitando la legislación de varios países cultos, conserva el nombre de tutela y hace durar ésta hasta que el pupilo llegue a la mayor

^{10/} Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia., Ob. Cit., Pág. 711

edad.”

“ El nombre de Curaduría se conserva para los que se hallan en entredicho de administrar sus bienes por demencia y sordomudez”.

El Código Civil tomaba del Derecho Romano y de las leyes de departidas la distinción entre tutela y curatela o curaduría general, la cual no tenía razón de ser, pues ambas instituciones estaban sujetas a las mismas reglas generales. Por ello el Código de Familia ya no hace distinciones y las refunde en una sola, quedando bajo tutela tanto los menores de edad como los mayores declarados incapacitados no sujetos a autoridad parental (Art. 272) . ^{11/}

Los datos históricos anteriores muestran que no hay diferencia esencial entre tutela y curaduría general; por ello y porque la distinción de ambas carece de utilidad práctica, es que la nueva legislación regula en una sola institución -la tutela-, la protección de los menores y mayores declarados incapacitados.

Tradicional, antigua y contemporáneamente, las tutelas se han dividido en tres clases: Testamentaria, Legítima y Dativa, exactamente la misma trilogía romana que pasó a la Legislación Española.

La primera que se establecía por las personas que conforme al Código tenía derecho a hacerlo, como su nombre lo indica, en su testamento; la segunda corresponde a los parientes, en los términos que establece la ley; y

la tercera que la otorga el juez o magistrado, como decía el Código de 1860; a falta de las otras dos.

Como se ha advertido, el Código Civil mantuvo dos instituciones similares, la tutela y la curatela. En general, no se establecía entre una y otra diferencias fundamentales que hicieren necesaria su coexistencia, pues sólo tenían una justificación histórica.

En efecto las dos instituciones estaban sometidas a las mismas reglas en cuanto: a) al nombramiento del guardador (Arts. 374 al 392 del Código Civil); b) a las diligencias y formalidades que preceden al ejercicio del cargo, (Arts. 393 al 409 del Código Civil); c) a la administración de los bienes del pupilo (Arts. 410 al 443 del Código Civil); d) a las incapacidades, excusas, remociones y remuneraciones del guardador.

Por otra parte, a las personas que ejercían la tutela o la curaduría general la ley les llamaba tutores o curadores, y generalmente guardadores; y tanto la tutela como las curadurías generales se extendían no sólo a los bienes, sino a las personas de los individuos sometidos a ellas (Arts. 359, Inc. 2º y 361 del Código Civil). ^{12/}

La única diferencia entre ambas instituciones consistía en que a la tutela estaban sometidos los menores no habilitados de edad y que no estaban bajo patria potestad; y a la curaduría, los mayores de edad que por demencia

^{11/} *Ibíd.*, C.F., pp. 698.

^{12/} *Ibíd.*, C.F., pp. 701.

habían sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pudieran darse a entender por escrito.

1.1.9 TUTELA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN FAMILIAR SALVADOREÑA

Actualmente con la entrada en vigencia del Código de Familia a partir del mes de octubre de 1994, la tutela es considerada como una institución familiar de protección integral, decretada en favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, por diversas causas; para garantizar su adecuada protección y defensa, a través de la representación y cuidado de su persona y la adecuada administración de sus bienes.

Dejando en el Código Civil la curaduría establecida únicamente para la Curaduría de bienes en los Arts. 473 en adelante.

En la legislación vigente pues, tanto las tutelas como las curadurías generales se ocupan de las personas y bienes de los sometidos a ellas, y están normadas por las mismas reglas generales.

Como lo indica su nombre la tutela, de *tueri*, defender, proteger; y la curaduría, de *cura, curatio*, cuidado, tiene por objeto la defensa de los incapaces. Actualmente, estos cargos en las legislaciones han sido organizados en interés de la persona que se trata de proteger; son los intereses ya morales, ya pecuniarios de esta persona la que la ley toma en consideración, y no los del tutor o curador; y atiende a ellos hasta que termina su incapacidad.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Al referirnos en este apartado al examen y rendición de cuentas, nos remontaremos al derecho romano, debido a que es en este donde surgen la mayoría de instituciones jurídicas.

1.2.1 EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL DERECHO ROMANO

A la conclusión de sus funciones, el tutor estaba en la obligación de rendir cuentas al pupilo de los bienes que le fueron confiados y que administró. En la época clásica fue de verdadera obligación rendir cuenta, sancionada por la acción tutela.

Es probable que, durante bastante tiempo el tutor que no estaba obligado a administrar, tampoco lo estaba, jurídicamente, a restituir. Era solo un deber, cuyo cumplimiento se dejaba a su buena fe, pero un deber sagrado, por encima de todos los otros, y cuya violación era reprobada severamente por las costumbres.

Según apuntes señalados al pie de página del “Tratado Elemental de Derecho Romano” de Eugéne Petit, ésta acción de rendir cuentas fue creada por la ley de las Doce Tablas.

La ley de las Doce Tablas, en interés de los pupilos, estableció dos

medios más eficaces:

- a) Si el tutor se hace culpable de dolo o de falta grave se autorizaba contra él, durante el curso de la tutela, una acción, crimen suspecti tutoris y
- b) Al fin de la tutela, si ha sustraído fraudulentamente cosas pertenecientes al pupilo, comete un delito e incurre en una pena. El pupilo podía ejercer contra él la acción del “rabionibus distrahendis”, por la cual obtenía una multa igual al doble del valor de los objetos sustraídos.^{13/}

Hacia la República, las costumbres fueron perdiendo su severidad primitiva, la protección organizada por la ley de las XII Tablas se volvió insuficiente, para esto era necesario una acción más amplia, que se extendiera a toda su gestión, y que obligara al tutor a rendir cuentas. Esta fue la acción tutela directa, para que el tutor restituyera al pupilo lo que fue arrebatado.

Pero por su parte, el tutor pudo haber hecho gastos en interés del pupilo, y era justo que obtuviera el reembolso, y el pretor concedía al tutor la acción tutela contraria.

1.2.1 EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA NORMATIVA SALVADOREÑA.

^{13/} Petit Eugéne, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Ediciones de 1989, Cárdenas Editor, BuenosAires, Argentina, 1995. Págs. 142-143.

Según lo dispuesto en los Arts. 433 y 437 del Código Civil, antes de entrar en vigencia el Código de Familia, 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 debería de presentar el ex-pupilo, si este fuere mayor de edad, o a sus herederos, y si se le daba su aprobación quedaban definitivamente cerradas; en el segundo caso, al guardador que le sucediera en el cargo o al ex-pupilo habilitado de edad, pero aunque hayan sido aprobadas por éstos, las cuentas no quedaban definitivamente cerradas, a menos que mediara aprobación judicial con audiencia de un curador.

Por lo demás la Ley no le fijaba plazo al guardador para que rindiera las cuentas, pudiendo hacerlo voluntariamente cuando él lo deseara, o esperar que el interesado exigiera dicha rendición judicialmente.

El Código de Familia se aparta de la anterior concepción del Código Civil y 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 la acción del interesado.

En esa virtud, 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. Las cuentas deberán siempre ser aprobadas por el juez, y aunque no las exija el pupilo o quien tenga interés, el tutor debe rendirlas dentro de los treinta días siguientes a la terminación de cada año o de haber cesado en su cargo, y tratándose de la final, dentro de los sesenta días posteriores a la

terminación de la tutela.^{14/}

De esta manera es que la rendición de cuentas desde tiempos de Roma se vé como una garantía y una obligación en la administración de los bienes del pupilo.

1.2.3 INSTITUCIONES RELACIONADAS CON EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Como anteriormente se ha mencionado la rendición de cuentas, no solo esta dirigida como una obligación del tutor, sino que la obligación de rendir cuentas no es más que la aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier titulo administran negocios ajenos, como lo es el Mandato, los curadores de bienes, etc., incluso sin mandato o poder como el agente oficioso.

En el derecho Romano el Mandato aparece en el ámbito del *Ius gentium*, desarrollándose intensamente a partir del siglo III a. C.; se basaba en la lealtad y la buena fé. Este mandato era esencialmente gratuito, lo que guarda relación con la amistad en que se funda. Frente a la obligación del mandatario de cumplir el encargo y asunto encomendado (para lo que el mandante dispone de la *actio mandati*) solo puede reclamar aquél los gastos hechos y resarcimiento de los daños derivados del desempeño de su cometido; más si el mandante le había prometido algo en atención a

^{14/} Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit., Págs. 733-7334.

su gestión amistosa- honorarium,de honor-, se le permitió reclamarlo (solo a partir de la época del principado).

En el Derecho Intermedio se insiste en la gratuidad del Mandato, compatible con la existencia de una remuneración al mandatario, con tal que no fuera en concepto de contraprestación, aparece aquí por primera vez una conclusión derivada de la progresiva aproximación entre mandato y representación (relación poco clara en Roma), si el mandatario actúa dentro de los límites del encargo conferido los efectos de los actos recaen automáticamente en la persona del mandante, pero este solo queda vinculado frente a terceros si el mandatario quedo investido del poder correspondiente.

A partir de ahí, la evolución del mandato viene definida por dos coordenadas: por un lado la gratuidad, por influencia de la Revolución Francesa, pasa a ser sólo elemento o carácter natural, pues también puede ser retribuido si las partes lo requieren.

Hay una aproximación del mandato a la representación, como se observa por la aludida eficacia directa del asunto encargado respecto del mandante. Todo ello determina que en el Código de Napoleón se diga que el mandato es gratuito si no se pacta lo contrario (Art. 1.986), y que se considera la representación como elemento inseparable del mandato, en el que se confunde. En términos parecidos, el Código Italiano de 1865.

En la Alemania del Siglo XIX las cosas se producen de otra forma. Los pandectistas germanos profundizan en el estudio de la representación, institución que reelaboraron sobre bases nuevas, y que distingue netamente el mandato.

El Derecho Romano conoció, al lado del mandato, la figura del procurator, persona de confianza del dominus, para la administración de sus bienes o asuntos; pero no se confundían mandante y mandatario estaban reunidos por una relación o lazo contractual que generaba las acciones mandati, directa y contraria; el procurator, investido por un acto unilateral del dominus, veía reguladas sus relaciones por este con las acciones negotiorum gestorum.

En el Derecho Romano clásico el mandatario no representaba al mandante; era preciso, pues, para que recayera en cabeza del dueño los derechos y obligaciones nacidos del acto realizado y que se imputaba a aquél, que dicho mandatario transmitiera válidamente al mandante o que éste asumiera las obligaciones contraídas por aquél en cuanto fuere jurídicamente posible, y en todo caso que le librase de ellas.

La Gestión de Negocios Ajenos, tiene su origen en el Derecho Romano, que concedió primero acción al dominus frente al gestor (acción directa) fundada en el simple hecho de la gestión dirigida a la rendición de cuentas y en su caso, la restitución de los bienes y sus aumentos. Poco tiempo después se le reconocería al gestor el derecho a reclamar el reembolso de los gastos en el curso de actuación oficiosa, pero sólo cuando ésta, tal como había sido emprendida, se encaminase objetivamente a conseguir un beneficio para el dominus y con intención de gestionar negocios ajenos. Las acciones de uno y de otro tienen, pues, origen diferente, aunque luego se agrupan en torno

a un instituto supuestamente unitario, calificado como cuasicontrato.

La gestión de negocios amplía su campo de acción en la edad moderna. De una parte los jansenistas ven en ella una aplicación de la ley que nos ordena hacer por los demás aquello que querríamos que hicieran por nosotros.

En el Código Civil Español como en el Derecho Romano, las obligaciones del gestor y del dueño obedecen a presupuestos distintos; la de este solo surgen si la gestión ha sido emprendida utiliter y con el ánimo de gestionar negocios ajenos, mientras que las obligaciones del gestor nacen simplemente del hecho de haber gestionado un asunto perteneciente a otro, aún sin los indicados requisitos.

La obligación del gestor de rendir cuentas al dueño se reduce tanto de la propia naturaleza de la gestión de negocios, al ser tal obligación medio indispensable para saber si ha cumplido con los deberes ajenos a la misma, pues la agencia o administración de que se encarga voluntariamente el gestor presupone la rendición de cuentas. Debe entregar el gestor al dueño, al terminar la gestión, la cosa afectada por la misma con sus incrementos y accesiones incluso las prestaciones recibidas indebidamente cediéndole las acciones contra terceros adquiridas en el curso de su intervención; y si destinó a su uso propio cantidades afectadas a la gestión debe abonar el interés legal.

CAPITULO II

BASE DOCTRINARIA JURÍDICA DE LA TUTELA Y EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

2.1 GENERALIDADES DE LA TUTELA

En la sociedad existen personas que no pueden por sí mismas actuar en el ámbito jurídico, ya sea por su edad o condición de salud, física o mental.

Tales personas requieren de otras que las representen para hacer cumplir sus obligaciones y ejercer sus derechos. Estos representantes son los padres, los tutores o curadores.

El Título Segundo del Libro Cuarto del Código de Familia, trata de la tutela que es una institución de protección de menores e incapaces.

Para algunos esta institución debe de estar regulada junto con la

^{15/} *Ibíd.*, C.F., pp. 419, 420, 421, 423 y 425

capacidad de las personas porque, en esencia, se trata de la protección de personas que no pueden valerse por sí mismas y por ello se colocan bajo la tuición y vigilancia de un guardador. Otros sostienen que las normas que regulan la tutela deben formar parte de la normativa del Derecho de Familia; esto porque la guarda genera relaciones semejantes a las que resultan del vínculo de familia, siendo en cierta forma un sustituto de las relaciones paterno-filiales. A este criterio le abona la circunstancia de que las relaciones que emergen de la tutela se refieran tanto a aspectos personales como a patrimoniales, a la protección y cuidado de la persona del tutelado como a protección de sus bienes e intereses materiales, siendo la tendencia actual poner énfasis en el aspecto personal.

Busso, tomando los conceptos de Rossel y Menthan en el Derecho Suizo, establece que “la tutela es la misión conferida por la Ley a una persona capaz, a los efectos de cuidar a un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles”.

Borda, emite su concepto diciendo; “ La tutela es una institución de amparo, que procura, dentro de lo humanamente posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres, que cuide el menor, velando por su salud moral, atendiendo a su educación, administrando sus bienes que supla su incapacidad llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural”.

Lafaille concreta su concepto: “La tutela y la curatela son formas autorizadas por la Ley para representar la persona de los incapaces y administrar sus bienes. La una reemplaza a la patria potestad y es empleada cuando ella falta, ya sea por creación perdida o suspensión. La otra

protege a los sujetos no sometidos al poder paterno, como los dementes mayores de edad. Confiere al que la ejerce, facultades análogas a las del padre y del tutor.^{16/}

López del Carril define a la tutela “Como la institución tuitiva, personalísima que funciona como carga pública, representando y cuidando la persona del menor no sometido a la Patria Potestad, atendiendo a su salud física y moral, a su educación y asistencia, administrando al incapaz y asumiendo su representación legítima en todos los actos de la vida civil”.^{17/}

En el Código Civil Argentino en su Art. 377 define a la tutela diciendo que es “el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no esta sujeto a la Patria Potestad para representarlo en todos actos de la vida civil”.

De la definición transcrita resulta que la tutela de menores de edad es una institución supletoria de la Patria Potestad. Presupone, pues, que el menor carece de padre y madre, o teniendo a uno de ellos ó a ambos, éstos han perdido la Patria Potestad su ejercicio o se les ha suspendido dicho ejercicio.

El Código de Familia define a la Tutela como “un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a la autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente”. (Art. 272).

^{16/} López del Carril, Patria Potestad, Tutela y Curatela, 1a. Edición, Ediciones Depalmea, Buenos Aires, 1993. Pág. 165-166.

^{17/} *Ibidem.*, C.F., pp. 166.

Para efectos de este estudio **TUTELA** es: la institución jurídica familiar de protección que procura la adecuada representación del menor o incapaz, y/o la correcta administración de su patrimonio.

2.1.2 FUNCIÓN DE LA TUTELA

Para Eduardo A. Zannoni, la tutela de menores satisface tres requisitos fundamentales:

1. ***El cuidado de la persona del menor:*** el menor debe a su tutor el mismo respeto y obediencia que a sus padres, y, asimismo que el menor debe ser educado y alimentado con arreglo a su clase y facultades. En suma, el tutor debe tener en la educación y alimento del menor los cuidados de un padre, de allí que asuma el deber de guarda, y, del mismo modo que los padres, asuma responsabilidad por los daños que el pupilo cause a terceros.
2. ***Cuidado de los bienes del menor:*** se trata de una función primordial que atiende la incapacidad del menor para gestionar por sí mismo sus intereses patrimoniales. De allí que el tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes.
3. ***Representación del menor:*** Al igual que la Patria Potestad, la institución de la tutela de menores atiende al requerimiento de la Representación jurídica del incapaz. Desde este punto de vista el tutor es el representante

legítimo del menor en todos los actos civiles.^{18/}

Para Daniel D'antonio como notas distintivas de la tutela resaltan las siguientes:

- a) Es una institución protectora del menor de edad.
- b) Es subsidiaria de la Patria Potestad, rigiendo en aquellos supuestos donde la máxima institución protectora y reflejo de la filiación no funciona, sea porque se ha extinguido, sea porque se ha perdido o se ha suspendido su ejercicio.

Sin perjuicio de ello, que constituye un elemento caracterizante de la tutela general, la tutela especial co-existe con la Patria Potestad, ya que funcionan en supuesto de coalición de intereses del menor con sus padres.

- c) **Es personalísima e inherente a la persona del tutor**, una vez discernida, sin perjuicio de que el tutor pueda designar mandatario para determinar actos.
- d) **Es irrenunciable**, salvo causa suficiente. La apreciación de la suficiencia de la causal de excuración será apreciada judicialmente, pues no es aconsejada imponer la tutela a quien no se encuentra predispuesto para su desempeño.
- e) **Control Estatal**, la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores, pero cabe evidenciar que el control a que se encuentra sujeta la tutela no le corresponde con exclusividad al ministerio de menores, sino que constituye un deber de los organismos que integran la

^{18/} Zannoni, Eduardo A. "Derecho Civil, Derecho de Familia", Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Eduardo Depalma Buenos Aires, 1981, Pág. 183-185.

tutela oficial o patronato del Estado, pues se trata de una típica manifestación de actividad profesional que hace a las funciones del Estado, a través de los servicios legalmente establecidos para el amparo minoril.

2.1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA

La tutela de menores es una **función supletoria -o potestad subsidiaria-**, de la Patria Potestad, salvo en los casos en que corresponde la asignación de tutor al menor de edad por existir oposición de intereses entre él y su padre o por existir bienes excluidos de la administración paterna. Además de supletoria, la tutela es una función de guarda y representación de los menores de edad.

En cuanto a esta característica, para Lafalle la tutela es un poder subsidiario que entra solamente en función a la falta de la autoridad paterna o materna salvo en la tutela especial cuando median conflicto de interés entre los padres y los hijos menores de edad.

Respecto del tutor, la tutela es una **función personalísima**, surge este carácter en cuanto que la tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos. Ello no impide de todos modos, que el tutor pueda hacerse representar por mandatarios para la ejecución de ciertos actos, e incluso contratar auxiliares para ejercer la administración de los bienes del pupilo. En tales supuestos no delega la función, sino que hace ejecutar por otro determinados actos de los cuales es responsable. En síntesis como se ha dicho la indelegabilidad de la función no implica que el tutor deba

realizar personalmente cada gestión.^{20/}

En la legislación vigente la institución del administrador de bienes (Art. 281 del Código de Familia), sustituye a la del curador adjunto que regulaba el Código Civil (Arts. 491 y 492) en ciertos casos, habrá lugar a nombrarles administrador de bienes a las personas que estén bajo autoridad parental o tutela, para que ejerzan una administración separada.^{21/}

La tutela es una **función obligatoria inexcusable**. La tutela es un cargo personal del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente. La excusa deberá ser razonablemente apreciada por el Juez, y no se restringe a los casos de inhabilidad general, sino que debe comprender todos los supuestos en que, según prudente apreciación, no sería conveniente a los intereses del menor la representación por determinada persona a quien la tutela se defiere.

La tutela es, además, **función unipersonal**. En ciertos países es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos, tal es el caso de la legislación Argentina, donde no se puede instituir una tutela conjunta.

En el caso de la Legislación Familiar vigente en El Salvador según el Art. 275, se permite la pluralidad de tutores de una persona en determinado caso. La tutela puede ser desempeñada por varias personas cuando el testador así lo hubiere dispuesto o cuando el Juez considere conveniente a los intereses del pupilo. En estos casos según lo dispuesto en el Art. 313, la guarda será ejercida por los tutores conjuntamente, siendo válido lo que se haga con el

^{20/} Ibídem., C.F., pp. 808.

^{21/} Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia., Ob. Cit., Pág. 720.

acuerdo de la mayoría. Si el testador lo dispone expresamente o los tutores lo solicitaren, el Juez puede distribuir en ellos las funciones tutelares, en cuyo caso cada cual actuará independientemente dentro del ámbito de su competencia excepto si la decisión que haya de tomarse les concierne a todos. En este supuesto podrán tomar la decisión conjuntamente o por mayoría de votos; y si alguno de los tutores falta por cualquier causa, la tutela subsistirá a menos que al hacerse el nombramiento se hubiere dispuesto otra cosa. ^{22/}

Por último, entre los caracteres de la tutela se destaca el ser una **función controlada**. La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del ministerio de menores, este y el Juez que hubo de discernir la tutela, son los órganos de control del ejercicio de la tutela. El primero obrando como representante promiscuo de los incapaces, y el segundo como titular del patronato del Estado al que quedan sujetos los menores que carecen de padres o cuyos padres han perdido la Patria Potestad o su ejercicio. ^{23/}

En la legislación familiar vigente, los poderes del Juez en cuanto al tema en cuestión son más amplios, que los que le otorgaba el Código Civil, ya que la tutela se ha de ejercer bajo su vigilancia, lo que se ha dado en llamar control judicial de la tutela.

En virtud de tal control, la ley da al juez amplias facultades de intervención que convierten la actitud pasiva que antes tenía en una instancia fundamental decisoria, que pone las funciones tutelares bajo su salvaguarda y vigilancia, en cuya actividad puede actuar de oficio o a solicitud del Procurador General de la República o de los Procuradores Auxiliares Departamentales y

^{22/} Ibídem, C.F., pp. 714.

de cualquier interesado. La razón de este control se encuentra en el carácter de orden público de la institución tutelar y en el deber del Estado de proteger a los menores e incapaces.^{24/}

Es necesario tomar en cuenta que la Patria Potestad es un derecho Natural, mientras que la tutela es una institución emanada de la ley y fundada en su condición de instituto puramente legal.

No sólo la diferencia estriba en sus respectivos orígenes entre la patria Potestad y la Tutela, sino que aquella reposa en una razón biológica; en cambio, la tutela reposa sobre un mandato o especie de mandato instituido por la ley.

También existen diferencias fundamentales, actúan en sus caracteres de tales como respecto al hijo menor de edad, en cambio el tutor actúa a falta del padre o la madre, esto es, frente a la inexistencia de Patria Potestad.

2.1.4 CLASIFICACIÓN Y ENUMERACIÓN DE LAS ESPECIES DE TUTELA.

Para López del Carril, la tutela puede ser **General o Especial**. La General es la que se ejerce sobre la persona y los bienes del menor y puede ser: **a) Testamentaria; b) Legal o Legítima; c) Dativa**.

^{23/} Zannoni, Ob. Cit., Pág. 807-810.

^{24/} Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Ob. Cit., Pág. 721.

La Tutela Especial comprende exclusivamente la defensa de bienes o juicios y pleitos predeterminados, se refiere exclusivamente a las situaciones de colisión de intereses o existencia de pleitos. Coexiste la tutela especial, con la tutela general, ya que aquella es para un objeto determinado y no comprende la persona del incapaz. ^{25/}

Eduardo A. Zannoni, hace la clasificación de la tutela de la siguiente manera:

Debe entenderse que la tutela se da, o por los padres, por la ley, o por el Juez, lo cual podría traducirse así: el tutor es designado o por los padres, o ministerio legis, o judicialmente. A la tutela dada por los padres se le llama **tutela testamentaria** porque el tutor es designado en el testamento de aquéllos, a la tutela que, en defecto de la testamentaria, da la ley previendo quiénes están llamados a ejercerla, **tutela legítima**. Para el caso que no existe ninguna de las personas previstas en la ley, se atribuye al juez la facultad de designar tutor al menor. A esta tutela se le denomina **dativa**.

a) TUTELA TESTAMENTARIA .

Se colige que tanto los padres legítimos, como los extramatrimoniales y el adoptante pueden designar tutor para sus hijos. Cuando viven padre y madre, la facultad la tiene “el que últimamente muera de ambos”, lo que implica que recae en el supérstite en caso de prefallecimiento de uno de ellos. Es un corolario del ejercicio de la Patria Potestad, y por eso, esta tutela

^{25/} López del Carril, Ob. Cit., Pág., 171.

no puede darse por otros parientes a los menores, aun cuando lo instituyesen en su testamento.

Como gráficamente lo dice Busso, “es menester que se haya producido el fallecimiento del otro progenitor, pues la tutela sólo se abre por muerte de ambos padres. Al tiempo de morir el primero de ellos los hijos quedan bajo la Patria Potestad del sobreviviente. Lo cual, obviamente, no impediría que uno de los padres hiciese la designación del tutor aun en vida del otro.

Pero dicha designación estaría supeditada a la condición de que sobreviva. Si no fuere así, el prefallecimiento del progenitor que hizo la designación haría perder eficacia a la misma, por cuanto la Patria Potestad corresponde al otro de pleno derecho, de modo que éste la ejerce con exclusividad.^{26/}

FORMA DE LA DESIGNACIÓN DEL TUTOR: El tutor puede ser designado en el testamento o en escritura pública. Si se trata de designación testamentaria ésta puede hacerse en cualquiera de las formas autorizadas para testar.

CONFIRMACIÓN DE LA TUTELA. La designación de tutor hecha por el padre o la madre en su testamento o en escritura pública debe ser confirmada judicialmente. Ello implica que el nombramiento no habilita de pleno derecho al designado para hacerse cargo de sus funciones propias. La

^{26/} Zannoni Ob. Cit., Págs. 815-816.

exigencia de la confirmación del nombramiento deja ver que se defiere al juez un control de legitimidad y de mérito de la designación hecha por los padres. Control de legitimidad, en cuanto a la forma de aquélla y en el examen de la habilidad personal del designado. Control de mérito en lo relativo a la conveniencia de que sea él quien asuma la guarda y representación del menor.

Es necesario, además, que el Juez recabe los elementos que denotan la habilidad del tutor designado, y, particularmente, que no se encuentre comprendido en ninguno de los supuestos de incapacidad. La tutela ha sido instituida en beneficio de los menores, el hecho de que se haya otorgado prevalecía a la acordada por los padres sobre la legítima y la dativa, no significa en modo alguno que esa prevalecía sea imperativa y por ello no puedan los Jueces engarcé a confirmarla, cuando los bien entendidos intereses del incapaz así lo aconsejen.^{27/}

Para efectos metodológicos de la presente investigación **Tutela testamentaria** es; la discernida en base al nombramiento expreso en su testamento de los que ejercen autoridad parental, sobre un menor o incapaz, en los términos y condiciones legales. Esta forma de tutela tiene prominencia sobre cualquier otra.

b) TUTELA LEGITIMA.

A falta de nombramiento de tutor, por los padres en su testamento o por escritura pública, o si el nombrado no fuere confirmado judicialmente o por cualquier causa cesase como tal en lo sucesivo, la ley establece quienes están llamados a ejercer la tutela. Obviamente se tienen en cuenta los vínculos de

familia que son los que, habitualmente, aconsejan hacer prevalecer a un familiar allegado al menor, que a un extraño.

El orden establecido en la Ley es, en principio, excluyente, pero el juez no confirmará o dará la tutela legítima sino al que por sus bienes o buena reputación fuese idóneo para ejercerla. Quiere decir, pues, que no obstante el orden establecido por la Ley, el Juez podría 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, a razones de índole patrimonial o de buena reputación. ^{28/}

Las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela no tienen un derecho subjetivo al cargo. El orden que la ley señala no debe constreñir al juzgador para valorar preferencias, sino para compulsar idoneidades. No se olvide que, en última instancia, es el interés del menor el que está en juego y ese interés exige que el tutor que se designe satisfaga las expectativas de guarda, educación y formación del menor- amén del cuidado de los intereses patrimoniales y de la representación jurídica que le compete- más allá de cualquier derecho invocable por quienes son llamados a la tutela legítima. ^{29/}

Para efectos de la investigación **Tutela legítima es** : la otorgada por la ley en base al grado de parentesco con el menor de edad o incapaz; la cual procede subsidiariamente a falta de la tutela testamentaria.

c) TUTELA DATIVA:

^{27/} *Ibidem.*, C.F., pp. 821-822.

^{28/} *Ibidem.*, C.F., pp. 824.

En caso de que los padres no hubiesen designado tutor para sus hijos y no hubiere parientes llamados a ejercerla o éstos no fuesen idóneos a juicio del Juez, la designación del tutor debe ser realizada directamente por él.

Es criterio del legislador atribuir al juez amplias facultades para elegir la persona del tutor. Por supuesto que siempre se ha considerado que esa elección debe recaer en quien a juicio del funcionario, reúne condiciones de idoneidad y posibilidad de ejercer, en los hechos, la función en beneficio del interés del menor. Así puede tenerse en cuenta el parentesco, aun el que no habilitase la tutela legítima, aunque ese parentesco fuese extramatrimonial, o el hecho de haber prestado el candidato, con anterioridad cuidados y auxilios al menor, o el ofrecimiento espontáneo de quien reúne las condiciones legales para desempeñarse y no es inhábil.^{30/}

Para Augusto César Belluscio la Tutela dativa es: la decretada subsidiariamente por el juez al menor o incapaz, en caso de no existir disposición testamentaria, ni parientes llamados a ejercer la tutela legal (Legítima); cuando existiendo, no fueren capaces o idóneos, hayan hecho dimisión de la tutela o hubiesen sido premovidos de la misma.

Para efectos metodológicos de la presente investigación, la anterior definición será la utilizada para referirnos a la **Tutela Dativa** ; únicamente haciendo énfasis que se trata de la forma supletoria de las tutelas testamentaria y legítima, en su orden.

^{29/} *Ibidem.*, C.F., pp. 826.

2.2 BASE DOCTRINARIA DEL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS.

2.2.1 GENERALIDADES

A partir de las relaciones personales y patrimoniales inmersas en una tutela se vuelve necesario comenzar en este apartado el análisis relativo a uno de los mecanismos de control como lo es ***el examen y rendición de cuentas.***

El control se entiende como posterior al nombramiento y ejercicio del cargo; implica medidas concretas tendientes a examinar y evaluar el desempeño del tutor en su cargo; obviamente, el abuso de sus facultades o incumplimiento de sus obligaciones trae aparejada las sanciones respectivas, las cuales van según la gravedad y circunstancias especiales del caso, desde una prevención a que cumpla con determinada obligación so pena de remoción, pasando por la remoción misma hasta el enfrentamiento de una responsabilidad penal.

En el Derecho Civil se denomina Rendición de Cuentas, a la obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o de gestión por cuenta e interés de un tercero, y en cuya virtud debe administrar a éste un detalle circunstanciado y documentado acerca de las operaciones realizadas, estableciendo eventualmente el saldo deudor o acreedor resultante en contra o a favor del administrador o gestor.^{31/}

^{30/} Ibídem., C.F., pp. 828.

^{31/} Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil” Tomo Vi, 3a. Reimpresión, Editorial Abeledo Perrot,

Este Proceso tiene por finalidad, saber quien debe a quien y cuanto; cual de las partes es deudora y cuál acreedora, en la vida civil se presentan muchos casos en que una persona con determinada calidad, o con otra, maneja bienes o negocios ajenos, tal como ocurre por ejemplo en el mandato, la agencia oficiosa, la tutela, el secuestro, entre otras.

Quienes administran bienes ajenos están entonces en la obligación de rendir cuentas comprobadas sobre el desempeño de sus funciones.^{32/}

En el Diccionario de Guillermo Cabanellas, al referirse a la Rendición de Cuentas lo hace de una manera exigente, estableciendo que es una “presentación al conocimiento de quien corresponda, para su examen y verificación, de la relación minuciosa y rectificadora de gastos e ingresos de una administración o gestión”.^{33/}

Establece además este autor que los obligados a rendir cuentas entre otros están “los tutores que sean parientes colaterales del menor o incapacitado y el extraño que no haya recibido la tutela con la asignación de frutos por alimentos”.

A criterio del referido autor considera que incumplida la obligación legal o convencional de dar cuentas de la gestión de un patrimonio o determinados bienes, confiados a un gerente, administrador o gestor, y exigida por el titular

Buenos Aires Argentina, 1987. Págs. 255-256.

^{32/} *Ibidem.*, C.F., pp. 131.

^{33/} Cabanellas, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual” Tomo V; 3a. Edición., Editorial Heliastas, S,R,L. Buenos Aires Argentina, 1989, pág. 131.

de aquellos, puede demandarse en un juicio la presentación de tales cuentas. La negativa a rendirlas, la inexactitud de las mismas, la falta de comprobantes o la inmotividad de los desembolsos origina siempre un resarcimiento de daños y perjuicios por el administrador infiel, y no excluye la responsabilidad Penal.^{34/}

2.2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

La obligación de rendir Cuentas, presenta fundamentalmente, los siguientes caracteres:

1. Desde que no se trata de una obligación inherente a la persona es intransmisible a los herederos de quien debe rendirla, y es indispensable cuando afecte a un interés privado.
2. Es exigible con prescindencia de que halla existido pérdidas o que el capital se hubiese consumido, y cuando la obligación no esta supeditada a la existencia de superávit o ganancias.
3. Comienza al finalizar la correspondiente negociación sin perjuicio del plazo de gracia, y termina sea la manifestación explícita del dueño de los bienes o intereses administrados en es sentido de haber recibido las cuentas o por cualquier actitud de aquel que permita inferir el propósito de cancelarlas.

2.2.3 CLASES DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Cuando la Rendición de cuentas se realiza fuera de juicio se dice que es **Extrajudicial.**^{35/}

Cuando se fundamenta en la negativa u omisión del obligado a

^{34/} *Ibíd.*, C.F., Tomo A-B Pág. 130.

rendirlas, se dice que debe seguirse una **Rendición de Cuentas Judicial**. Zannoni, agrega que la cuenta es judicial cuando es requerida por el Ministerio público, por parte interesada, en general, agrega, todas las legislaciones modernas exigen que sea judicial.^{36/}

Adolfo Nuñez Castillo, escribe al respecto que cuando sea el administrador el que desea rendir la cuenta sin hábersela pedido, esta es o se llama **Rendición Espontánea de Cuentas**.

Cuando sea el administrador el que requiera de la cuenta la doctrina señala que se trata de **Rendición Provocada de cuentas**.^{37/}

2.2.4 RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA TUTELA

En cuanto a lo que regula el Derecho de Familia, con referencia a la rendición de cuentas, se dice que cuando la doctrina señala que se pasa un patrimonio, la administración de los bienes de un menor o incapacitado es cuestión que suscita la preocupación legal, por la facilidad existente para abusos con fácil impunidad. De ahí la obligación de cuentas anuales por tal gestión y la final, una vez terminada por la mayoría de edad o por recuperar la capacidad en otro supuesto.

Terminada la Tutela, el tutor se encuentra obligado a dar cuenta de su administración al sometido a aquella protección patrimonial y personal.^{38/}

Estas cuentas es una obligación fundamental en toda tutela, su

^{35/} Palacio, Ob. Cit., Pág. 259.

^{36/} Zannoni, Ob. Cit., Pág. 865.

^{37/} Nuñez Castillo Adolfo, "Procedimientos Civiles en la Práctica" Tomo I, 1a. Edición, Ediciones librería del Profesional; Santa Fé de Bogota C.C., Colombia, 1994, Pág. 132.

fundamento y necesidad viene determinada por su propio objeto: ***es un medio de comprobar la realización de la gestión tutelar y necesaria para, en ese caso, exigir la debida responsabilidad.*** ^{39/}

Para Zannoni, el tutor esta obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos, que la administración y la persona del tutor hubiesen hecho necesarios, aunque el testador lo hubiere exonerado de rendir cuenta alguna.

Es decir que la obligación de llevar cuentas en común a todo tutor, fuere nombrado por los padres o fuere la tutela legítima, dativa o especial, y se tiene por no escrita la cláusula que exima al tutor de dar cuentas de su administración todas las veces que se le ordene por la ley. ^{40/}

2.2.5 FORMAS DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Si bien la Rendición de cuentas no se haya sujeta a formulas sacramentales, en tanto ella constituye la demostración gráfica de la totalidad del proceso económico y jurídico de la gestión realizada debe contener, en forma clara y precisa las explicaciones y referencias que sean necesarias para ilustrar al dueño del negocio acerca del procedimiento utilizado y del resultado obtenido en cada operación. La Rendición de Cuentas supone una cuenta formal, con el deber y el haber, presentada con las justificaciones del caso o, con las indicaciones pertinentes. No puede confeccionarse en forma sinóptica sino descriptiva. ^{41/}

^{38/} Cabanellas, Ob Cit., Pág., 133.

^{39/} Albaladejo Manuel, Ob. Cit., Pág.. 141.

^{40/} Zannoni, Ob. Cit., pp. 862.

^{41/} Palacio, Ob. Cit., Pág.. 267-268.

Como dice Zannoni, es razonable que, a la hora de rendir cuentas esos gastos se acrediten con los comprobantes respectivos.

En la administración de la tutela se fundamentan tres supuestos:

1. **Cuentas Anuales**, el tutor está obligado a rendir cuentas anuales de su administración al Juez, al ser la tutela, por regla general, un oficio de fileteada duración, se evitan dificultades de prueba y se facilita el cumplimiento del deber de rendir cuentas generales.
2. **Cuentas generales de la gestión de un tutor**, a que viene obligado todo aquel que cesa en el desempeño del cargo antes de terminar la tutela, caso de excusa, remoción, etc.

III. Cuentas Generales de la Tutela, que deben rendirse al extinguirse la misma por cualquiera de las causas mencionadas en el Art. 331 del Código de Familia.^{42/}

Al referirse a la Rendición de Cuentas, Alberto J. Burse, establece que esta es una obligación del tutor en su administración, y este debe hacerlo con relación a las cuenta documentadas. Así mismo establece que la rendición de cuentas debe hacerse de manera judicial, cuando sean durante la incapacidad del pupilo, ante el Juez que ha designado el tutor.

Establece además el autor que puede darse la audición de cuentas anticipadas, que procede cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, esta puede ser solicitada por el propio pupilo mayor de edad, por el Ministerio de menores, que en este caso deberá ser el Juez de Familia; por los parientes del pupilo si los tutores excedieran sus padres o abusen de ellos, y por el tutor sustituido de otro anterior.

Un dato muy importante que señala el referido autor es en cuanto a la competencia, estableciendo para tal caso que debe formalizarse la cuenta ante el Juez que discernió la tutela, es decir el Juez que nombró tutor a una persona de otra.

La realización de Rendir Cuentas, en la administración de la tutela, es irrenunciable, por estar el orden público interesado en que los bienes del que se encuentra desprotegido sean bien administrados, esta obligación nace de finalizar la administración encomendada y por eso en el procedimiento a seguir para que ésta se dé, se le da un plazo al obligado para que pueda cumplir ordenadamente con dicha obligación.

2.2.6 FORMALIDADES DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Durante el ejercicio de la tutela es obvio que la obligación de rendir cuentas pesa sobre el tutor. Una vez finalizada la tutela, dicha obligación pesará sobre los herederos en caso de fallecimiento , de aquél.

Las cuentas deben rendirse:

- a) Al Ministerio Público en cualquier tiempo que este lo solicitase, ya fuere porque hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, o porque sea conveniente exigirlo en relación a actos o negocios determinados realizados por él.

^{42/} *Ibíd.*, C.F., pp. 414.

b) Al pupilo, si teniendo más de dieciocho años de edad, lo exigiere en las mismas circunstancias que puede hacerlo el Ministerio Público.

c) A los herederos del menor ya fallecido;

Al tutor que reemplaza a otro, en caso de cesación o remoción de éste.

La rendición de cuentas puede darse en cualquier tiempo que el Ministerio Público lo solicitare, o el propio pupilo, teniendo más de dieciocho años de edad, puede exigirla al tutor, cuando existiere duda de la administración y el Juez tenga por suficiente . En realidad una rendición de cuentas parcial o referida a actos de negocios determinados es siempre exigible aunque no se dude de la buena administración del tutor. Así por ejemplo, si se autoriza al tutor a vender privadamente un inmueble del menor es conveniente que el Juez le imponga la obligación de rendir cuenta documentada de los gastos y del precio que pudiera percibir, salvo que éste se deposite judicialmente. ^{44/}

La naturaleza de la Rendición de Cuentas, depende de la materia o el caso que se regula, de manera que en el caso de la tutela la Rendición de cuentas anual, es decir judicial, cuando el tutor está a cargo del pupilo; pero puede suceder que el pupilo no se encuentre conforme con dicha administración y se sienta defraudado, entonces lo que tiene que hacer es acudir ante un Juez de lo Civil para que pueda resarcir los daños y perjuicios causados.

CAPITULO III

FUNDAMENTO NORMATIVO LEGAL DE LA TUTELA Y EL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS.

3.1 Generalidades

El propósito de este apartado es exponer breve y cronológicamente las principales disposiciones, tanto nacionales como extranjeras, en materia de Derecho de Familia, que regulan la institución de la Tutela y demás aspectos relacionados con ésta, entre las que se encuentra el Examen y Rendición de Cuentas como mecanismo de control.

^{44/} Zannoni, Ob. Cit., Pág.. 862-864.

La Constitución, así como los instrumentos jurídicos Internacionales, debidamente suscritos por la República de El Salvador regulan la protección de los derechos tanto personales como patrimoniales de los nacionales.

El Art. 1 de la Constitución de la República de El Salvador, regula en forma expresa: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está 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 República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar y la justicia social”.

Como complemento de esta regla, se encuentran una serie de disposiciones constitucionales que exigen la correcta aplicación de los tres términos antes relacionados.

El Art. 2 de la Ley Primaria prescribe una serie de derechos individuales, personales y patrimoniales; así como el derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos; lo que es muy importante, para la convivencia pacífica de los habitantes.

El Art. 3 de la ley fundamental desarrolla el principio de igualdad jurídica, y el de no discriminación, en los siguientes términos: “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 nacionalidad, raza,

sexo o religión.

En ese sentido, todas las personas son iguales y titulares de derechos y obligaciones; no obstante, existen circunstancias excepcionales ya sea permanentes o temporales, que limitan o restringen el ejercicio de los mismos.

Así tenemos, por ejemplo, que los menores e incapaces son titulares de derechos que no pueden ejercer por si mismos por encontrarse en situaciones especiales que no les permite el disfrute de aquellos, se requiere para ello de una persona que los represente y administre su patrimonio y que los proteja en sus derechos responsablemente.

Lo anterior constituye una excepción al principio de libre disposición de los bienes de las personas , tal como lo contempla el Art. 22 de la Constitución, que reconoce el derecho a la libre disposición de los bienes como facultad de decidir libremente sobre los bienes conforme a la ley.

En el ámbito eminentemente familiar, el Art. 33 de la Constitución dice: “La Ley regulará, las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre si, entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad”.

Las relaciones personales a las que se refiere el citado artículo son aquellas que se establecen en la vida cotidiana de pareja. De ella se derivan derechos y deberes recíprocos como: vivir juntos, fidelidad, respeto mutuo, ayuda en asuntos domésticos y gastos de familia, etc..

En cuanto a las relaciones patrimoniales, que son las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y de éstos hacia los hijos; o sea, las relaciones que se establecen en razón de los bienes o patrimonio del grupo familiar, como por ejemplo, la que establece para los padres la obligación de alimentar y educar a los hijos.

La representación del menor y la administración de sus bienes se encuentra en forma exclusiva a cargo de los padres; pero cuando esto no es posible por cualquier circunstancia, la ley ha previsto a través de la figura de la tutela en su diversas modalidades, una forma de protección al menor debido a su incapacidad. Surgiendo la relación tutor-pupilo.

Por otra parte, aunque la tutela es una institución del Derecho de Familia, y por ende, de indole social por tratarse de una figura de protección, se le aplican principios especiales que se encuentran en instrumentos jurídicos internacionales que se fundamentan en dicho criterio.

En el orden internacional la dignidad ha desempeñado el mismo papel que en el orden interno de los Estados: es el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona y con mas profundidad lo referido a los menores, incapaces y personas de la tercera edad.

Las Naciones Unidas a lo largo de su historia ha desarrollado una labor encomiable en este campo y es profusa la lista de actividades y documentos que reflejan dicho esfuerzo. Destacando entre éstos la **Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**, adoptada por la Asamblea General de 7 de noviembre de 1969, que fue ratificada por El

Salvador el 2 de junio de 1981.

En un documento preparado por la **Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA**, se sugieren determinadas acciones que se han tenido en cuenta en lo aplicable, en el Código de Familia, tal es el caso del **Art. 16 literal “f” de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**, que dice; “Los Estados partes adoptaran todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: f) los derechos y deberes respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que esos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

La Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, que fue ratificada por El Salvador el 27 de abril de 1990, vela por los derechos fundamentales de la niñez. En el ordinal segundo del Art. 3 se encuentra regulada la tutela como institución supletoria ante la falta de los padres del menor, comprometiéndose los Estados partes a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de los tutores como personas responsables de los niños ante la ley.

Dicha disposición se relaciona con el Art. 19 de la misma, Convención, ya que en este último se faculta al Estado salvadoreño para “adoptar medidas legislativas, administrativas sociales y educativas apropiadas para proteger al

niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluso el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

El Art. 5 de la misma Convención asegura una cierta protección a los tutores, pues esta prescribe: “Los Estados partes respetaran las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Continúa diciendo la convención en su Art. 18 “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención los Estados partes presentarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a instituciones, instalaciones y servicios para el

cuidado de los niños.

Para efectos del presente estudio y en atención a la Constitución y leyes atinentes se entenderá que es niño todo ser humano de cero a dieciocho años de edad.

Constitucionalmente, es obligación del Estado garantizar a todo menor su desarrollo integral, por lo cual la Asamblea Legislativa en vista del que el

Código de Menores no garantizaba los principios reconocidos en los tratados, Convenciones y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país y que además no cumplía con lo establecido en el Art. 35 de la Constitución que manda que un delito o falta cometido por un menor tiene que estar sujeto a un régimen jurídico especial, creo y dio vigencia por Decreto numero 863 a la **Ley del Menor Infractor**, cuyo objeto es el de regular y garantizar los derechos del menor que se vea involucrado en una infracción penal, como también el establecer principios que rigen la aplicación de esta ley, que solo puede ser aplicada a personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho años de edad, de donde se colige que los menores de dieciocho años se consideran inimputables.

El Art. 1 de la **Convención de los Derechos del Niño** considera que se entiende por niño “Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Inspirados en dicha Convención la normativa minoril ordena que los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años de edad a quienes se les atribuyere o comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal se le aplicaran las medidas establecidas en dicha ley.

El Juez de menores puede aplicarle al menor cualquiera de las medidas comprendidas en el Art. 8 de la Ley del Menor Infractor o en su caso

las medidas comprendidas en el Art. 45 de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (ISPM).

La importancia de la creación de las dos franjas estriba en el carácter reeducativo que la misma ley permite. Así a los menores entre doce y dieciséis años de edad es susceptible aplicarles la Ley del Menor Infractor o en su defecto la Ley del ISPM, según convenga más al infractor.

A los menores comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años de edad se les aplicará la Ley del Menor Infractor.

La aplicación de una u otra ley refleja respectivamente la sanción y la protección de la cual debe ser objeto el menor ante el cometimiento de una conducta constitutiva de delito o falta en razón de su edad.

Finalmente el Art. 2 en su Inciso final rige que los menores que no hubieren cumplido doce años de edad; pero que presenten una conducta antisocial, no son sujetos de la mencionada ley, en consecuencia están exentos de responsabilidad; pero en su caso es el ISPM es el que velara por su

protección e integridad previo aviso, de la autoridad respectiva.

Las infracciones cometidas por los menores que implican la violación de una ley penal no son imputables, ni culpables, puesto que aquellos no tienen la plena conciencia de las consecuencias de su obrar y no poseen capacidad de obligarse. Tampoco son culpables por tratarse de seres en desarrollo que no alcanzan a comprender el sentido de sus actos.

Eugenio Cuello Calón sostiene que “a los menores les falta madurez mental y moral, no pudiendo comprender la significación moral y social de sus actos, y por consiguiente, no poseen capacidad para responder de ellos plenamente”. ^{45/}

En el **XI y XII Congreso Panamericano del Niño** (recomendaciones 16 y sección C número 5, respectivamente) como en el Seminario Europeo de Bienestar Social (París 1949), se recomendó que el menor de dieciocho años queda excluido de la legislación penal común, ya que antes de esa edad, el menor no puede actuar ni pensar como adulto y requiere medidas de asistencia, protección y reeducación.

Haciendo una pequeña comparación con las legislaciones latinoamericanas se puede observar claramente que existe una misma franja para estos países tal es el caso de Perú, Bolivia y Brasil, que consideran que los menores comprendidos entre 16 a 18 años son declarados responsables

^{45/} Sociología Criminal Juvenil, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, Obra Citada por Cabrá Monroy, Marcos Gerardo “Derecho de Menores” librería Jurídica Wilcher, 1983, Pág. 27.

cuando hayan cometido un delito o falta; y se les declara conducta antisocial a los mayores de 12 y menores de 16 años, y los exentos de responsabilidad penal son los menores que no han cumplido 12 años. A diferencia de la legislación de los Estados Unidos de Norte América donde se juzga y se penaliza al mayor como cualquier adulto.

La creación de la justicia especializada de menores es el resultado de un movimiento humanitario internacional que pretende liberar a los jóvenes de un sistema de justicia penal aplicable a los adultos.

En conclusión, el legislador debe procurar que el menor nunca quede desprotegido frente al poder coactivo del Estado, es decir que al menor infractor se le deben ofrecer mayores garantías que las concedidas por el Derecho Penal, aplicando medidas basadas en principios educativos.

3.2 REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TUTELA.

En nuestro ordenamiento jurídico la tutela se encuentra regulada a partir del Art. 272 hasta al Art. 283 del Código de Familia.

El Art. 272 de dicha normativa, define la Tutela o guarda **“como 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.**

La tutela del menor casado se limitará a la administración de sus bienes y a la representación en actos y contratos relacionados con los mismos.

Las personas que ejercen la tutela, se llaman tutores o guardadores; y pupilos o tutelados los sujetos a ella.”

Para efectos de este estudio jurídico legal, el concepto que menciona el Código de Familia será el utilizado para referirse a la Tutela.

De la definición transcrita resulta que la Tutela es una institución supletoria de la autoridad parental, presupone pues que surge como protección, y se define como aquella que protege de quienes careciendo de la dirección y apoyo paternaes necesitan por su falta de experiencia y madurez de juicio, de un sostén que ampare su natural debilidad.

Las obligaciones del tutor son muchas y variadas, y empiezan con la intervención en el cumplimiento de los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo.

Además éste debe representar o autorizar al pupilo en todos los actos jurídicos o extrajudiciales que le conciernan y que puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones.

El tutor representa al pupilo por ministerio de Ley; es por tanto, su representante legal.

La representación, en su más amplio sentido, es una relación jurídica en virtud de la cual una persona se encuentra directamente ligada frente a un tercero, sea como acreedor, como deudor, a consecuencia de un acto realizado como su representante.

Los efectos jurídicos de la representación ocurren siempre cuando la persona que ejecuta el acto contrato o negocio jurídico a nombre de otra, actúa como su mandatario o apoderado, debidamente facultado para ello, o cuando tenga el carácter de representante legal con fundamento en la misma ley.

En cuanto a de los incapaces la representación legal se da, por ministerio de la ley, en dos situaciones bien definidas.

En la autoridad parental y en la tutela. En la autoridad parental los padres o el padre o la madre que la ejerzan, representan al hijo tanto judicial como extrajudicialmente.

En la tutela son los tutores a quienes la ley ha encomendado la representación de sus pupilos, tanto en negocios de tipo patrimonial, como en todos aquellos casos en los que necesite su representación y que por su incapacidad la ley no le permite hacerlo por si mismo.

Se tiene entonces que la representación legal por medio de la tutela, es una facultad que goza el tutor de representar la persona del pupilo en la concertación de actos y negocios jurídicos, obligando a éste, siempre y cuando su gestión se acomode al ámbito fijado en la ley.

La representación de los tutores comprende dos cosas, por la primera se autoriza al tutor para representar a su pupilo en aquellos actos y contratos que influye en la conservación y mantenimiento de su patrimonio, por la segunda se faculta a los tutores para que bajo ciertas circunstancias y en ciertos respectos autoricen a sus pupilos incapaces relativos para que ejecuten o celebren actos o contratos, directamente, sin mengua de la responsabilidad de su representante legal. ^{46/}

3.2.1 CLASES DE TUTELA.

El Art. 274 del Código de familia clasifica la tutela de tres formas ***testamentaria, legitima o dativa.***

La testamentaria, es la que se constituye por testamento; ***Legitima***, la que se confiere por la ley, y ***dativa***, la que confiere el juez.

En vista de que cada una de ellas tiene su propio origen, se hace una breve explicación de ellas:

✓ TUTELA TESTAMENTARIA:

La tutela testamentaria es la que se constituye en el testamento por las personas autorizadas por la ley.

^{46/} Suárez Franco, Roberto, “Derecho de Familia”, Filiación- Régimen de los Incapaces. Segunda Edición, Editorial TEMIS S.A. , Santa Fé de Bogota. Colombia, 1992, págs. 277-280.

Remonta sus orígenes al Derecho Romano, en la ley de las doce tablas; se instituye por los padres, en favor de sus hijos, por acto testamentario como derecho consecuencia de la Patria Potestad, hoy autoridad parental.

La tutela testamentaria se caracteriza fundamentalmente en el hecho de que debe proveerse mediante acto testamentario, sin importar la modalidad que se utilice, y así el Art. 996 del Código Civil, dice que se llama testamento: “la declaración que, 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”.

El testador al hacer su declaración testamentaria puede o tiene la facultad de nombrar un tutor para aquellos que siendo incapaces les deje bienes.

La tutela testamentaria tiene preferencia sobre la legítima y la dativa, de ahí que **el Art. 286 del Código de Familia dispone que: “Si hallándose en ejercicio un tutor legítimo o dativo, se presentara el testamentario, se transferirá a éste la tutela, salvo que el Juez decida otra cosa en interés del tutelado”.**

El interés se ve reflejado como protección al tutelado en razón y beneficio de seguridad personal, moral y económica de éste.

✓ **TUTELA LEGITIMA:**

La confiere la ley a 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 tutor nombrado antes de ejercer su cargo. También tiene cabida la tutela legítima, cuando expira la testamentaria por advenimiento de la condición, cumplimiento del plazo, muerte, incapacidad o excusa de quien ejercía el cargo.

La tutela legítima es tal, por cuanto la ley le confiere a ciertas y determinadas personas que tienen vinculo con el pupilo; es parcialmente dativa, por cuanto que, a falta del padre o de la madre le corresponde al juez escoger al tutor dentro de los parientes del pupilo.

Las personas llamadas a la tutela legítima, las regula el Art. 287 del Código de Familia, que enuncia y da preeminencia a ciertas personas que, por el grado de parentesco con el pupilo se asumen que pueden desarrollar mejor el cargo de tutor; señalándolos en orden prioritario así: 1° los abuelos, 2° los hermanos, 3° los tíos, y 4° los primos hermanos.

Del contenido de la disposiciones que reglan este aspecto de la tutela legítima, se infiere que para el legislador fue más importante el vinculo de parentesco, que el simplemente económico, como criterio para escoger al tutor.

Aunque el último inciso del artículo en referencia aclara que el orden de jerarquía de los parientes del pupilo no es la regla general, pues el juez puede variar este orden o prescindir de él, este lo hará cuando existan motivos justificados para lo cual deberá tener en cuenta razones de idoneidad prudencialmente apreciados, para discernir el cargo a la persona que de

acuerdo a las circunstancias, cumpla mejor la función tutelar, teniendo presente en todo caso el interés del menor, que es el objetivo primordial.

✓ TUTELA DATIVA:

Es la que confiere el Juez a falta de la tutela testamentaria y legítima.

Deriva su nombre de Dativa, del latín *dativus-datum, lo que se da por título.*

por que el juez la otorga con entera libertad, pero teniendo presente la defensa de los intereses del menor. La tutela dativa proviene, pues, de la falta de testamentaria y de la no existencia en los enumerados en el Art. 287 C. Familia. Esta falta puede tener su origen en una de estas causas: o que son incapaces, o que carecen de parientes, o que éstos se han excusado para el ejercicio de la tutela, o que simplemente han sido removidos.

En consecuencia, el Juez ante quien se intente la designación de un tutor dativo tendrá que dar curso a la acción, pero cualquier interesado en impugnarla deberá demostrar inidoneidad u otra inhabilidad o la existencia del tutor testamentario o de parientes que hagan imposible, por lo menos en principio, la tutela dativa.

Aunque el guardador dativo es designado por el juez, se impone en todo caso el discernimiento para que pueda entrar en el ejercicio del cargo después de haber sido nombrado y posesionado.

El Art. 299 del referido Código manda que : “ A falta de tutela legítima tiene lugar la dativa. El Juez nombrará tutor a la persona que reúna las condiciones señaladas en el Art. 277.

Esta tutela es subsidiaria de la testamentaria y la legítima, es decir, solo podrá designarse el tutor Dativo cuando por excusa, inidoneidad o remoción del tutor legítimo o testamentario no hubiere ningún otro pariente que pudiese ejercer la tutela.

Otra disposición no menos importante es el Art. 277 del Código de Familia, que habla de la idoneidad del tutor en la persona que sea más conveniente para el pupilo, lo cual es aplicable a las diferentes clases de tutela existentes.

El Art. 283, del citado cuerpo legal hace referencia a que la tutela es ejercida bajo la supervisión del juez, quien actuará de oficio, a solicitud del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, o de cualquier interesado.

La supervisión a la que se refiere dicho artículo la hace el juez auxiliándose del Equipo Multidisciplinario que es el que tiene una relación directa con el pupilo.

Este equipo multidisciplinario se encuentra integrado por un grupo de profesionales especializados en distintas disciplinas, que en la práctica está integrado por un psicólogo, un trabajador social y un educador, excepcionalmente se puede dar la intervención de un psiquiatra que no está de forma permanente con el equipo, sino cuando el caso lo amerita.

Corresponde a dichos equipos elaborar dictámenes que el juez les

asigne, brindando información especializada sobre los conflictos familiares para hacerlos del conocimiento del juez, a través de estudios socioeconómicos, psicológicos, educativos, para garantizar una resolución justa en los casos correspondientes.

Por otra parte el Art. 300 del referido Código, señala expresamente la oficiosidad para el nombramiento de tutor en caso necesario lo que quiere decir que un Juez de Familia puede iniciar en forma oficiosa un proceso, es decir, sin que se formule una solicitud o se interponga una demanda por los interesados. Esta facultad concedida por la Ley Procesal de Familia, se fundamenta en los principios rectores de la normativa, entre los que figuran: la igualdad de derechos del hombre y la mujer, ***la protección de los menores, incapaces y personas de la tercera edad y en general la protección de la familia.***

Por ello cuando un Juez tiene conocimiento por parte de los interesados o por terceras personas, de ciertos hechos que afecten el interés de la familia y que requiere obrar con urgencia, podrá iniciar de oficio un proceso de familia.

Por ejemplo, si una institución encargada de cuidar menores, informa a la autoridad judicial del abandono de un menor, puede ésta iniciar el proceso y nombrarle un tutor a dicho menor.

Cuando un hecho natural, para el caso los recientes terremotos, deja en orfandad a menores, el Juez puede de oficio iniciar el proceso de familia, a fin de nombrar un tutor que vele por ellos.

3.3 EJERCICIO DE LA TUTELA

El Capítulo IV, del Código de Familia hace un desarrollo en diferentes disposiciones sobre el ejercicio de la tutela; de los que se desprenden los más importantes para fines del presente estudio.

No le es dable al tutor entrar en el ejercicio de la tutela a que se le llama sino se cumplen previamente los siguientes presupuestos:

- a) Discernimiento del Cargo.**
- b) Inventario y Avalúo de Bienes y**
- c) Garantía de Administración.**

3.3.1 DISCERNIMIENTO DEL CARGO.

El llamado discernimiento de la tutela es el acto jurisdiccional por el cual el tutor queda investido jurídicamente del carácter de tal.^{47/}

El discernimiento obedece a un doble fin: le da una oportunidad al Juez para que se cerciore de la capacidad e idoneidad de la persona del tutor

^{47/} Zannoni., Ob. Cit., pp. 834.

designado, y se obtiene una fecha cierta y determinada para efectos del ejercicio de la representación legal por el tutor; el discernimiento es la causa jurídica determinante que le permite al tutor ejecutar actos jurídicos en nombre y representación de su pupilo.

El único de los requisitos previos al ejercicio de la tutela cuya omisión anula los actos del tutor, es el discernimiento; la omisión de la fianza o la falta de confección del inventario no invalidan las actuaciones del tutor pero le acarrean responsabilidad y pago consiguiente de los perjuicios patrimoniales que pueda sufrir el pupilo.^{48/}

El Art. 306 del Código de Familia dice: “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 este Código. Con todo podrá discernirse sin haberse cumplido los de facción de inventario y avalúo y de constitución de garantía, para el sólo efecto de representar al tutelado en juicio, pero no se conferirá al guardador la administración hasta que cumpla con estos requisitos.”

El discernimiento es el decreto judicial que autoriza al tutor para ejercer su cargo, se debe considerar también que es hasta el momento en que el decreto judicial es emitido que el tutor empezará a desempeñarse como representante legal del pupilo, de tal manera que cualquier acto realizado antes de esa fecha adolece de nulidad.

^{48/} Suárez Franco, Roberto., Ob. Cit., Pág.. 270.

También los padres pueden nombrar tutor para sus hijos menores o incapaces, el Juez debe asegurarse de que éstos cumplan con el fin establecido por la tutela que es la protección personal y patrimonial del pupilo. No es hasta que el juez confirma la designación del tutor por los padres (Art. 284 C. F.), por previsión de la Ley (Art. 278 C. F.), o que recaiga en un tercero (Art. 299 C. F.), que se puede considerar la tutela como discernida.

El Juez debe asegurarse que la persona que ejerce el cargo no adolece de alguna incapacidad legal o si no es idóneo, no basta una sola aceptación, sino que el acto debe revestir mayores formalidades, por eso debe ser un acto jurisdiccional como dice Zannoni.

Para demostrar la idoneidad del tutor, el juez deberá observar dos cosas: la condición moral y la situación económica del tutor; desde luego, todo esto relacionado con el escaso valor de los bienes del pupilo; pero en la prueba de ambos requisitos tendrá que guardar una extrema prudencia, pues si son bienes de escaso valor, con mayor razón deben ser cuidados con especial celo y cuidado.

3.3.2 INVENTARIO Y AVALÚO DE BIENES

Una vez se haya hecho el discernimiento del cargo al tutor, para éste surge la necesidad de hacer un inventario de los bienes del pupilo, ya que estos bienes no le pueden ser entregados sino después que judicialmente hubiesen sido inventariados y avalúados.

La exigencia del inventario y avalúo de bienes es correlativa a la

obligación de rendir cuentas que pesa sobre él, no sólo a la finalización de la tutela sino en las oportunidades que el Ministerio Público e incluso el pupilo, si tuviese dieciocho años, lo exigiesen, así lo señala el Art. 307 del Código de Familia, que a la letra dice: “El tutor deberá iniciar las diligencias del inventario y avalúo de los bienes del menor o incapaz, dentro de los ocho días siguientes a la aceptación del cargo. El inventario deberá practicarse conforme a lo dispuesto en el Código Civil, 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.

En ningún caso, ni aún por disposición del testador, estará el tutor exento de esta obligación.”

De acuerdo a dicha disposición, es el propio tutor quien debe iniciar las diligencias de inventario y avalúo de los bienes del menor o incapaz, dentro del plazo de ocho días siguientes a la aceptación de su cargo. Tal inventario debe practicarse dentro de treinta, días plazo que puede ampliarse por el Juez de acuerdo a las circunstancias. A la práctica del inventario, debe comparecer el Procurador General de la República o el Procurador Auxiliar Departamental, según el caso.

Esta obligación de realizar un inventario y avalúo de los bienes del pupilo es con el fin de salvaguardarlos y desde luego proteger los intereses del incapaz, que es la base para considerar el patrimonio inicial del menor sujeto a la administración, habida cuenta que el tutor está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos de los bienes y su valor es lo que el

juez tomará en consideración para la fijación de las sumas que deben deducirse de los frutos o rentas para la educación y alimentación del pupilo. (Art. 329 C.F.).

Esta obligación de presentar el inventario y avalúo de bienes, constituye también una garantía para el tutor “ya que representa un límite para su responsabilidad, y representa el medio de probar de qué bienes tomó posesión.

Esta importancia radica en el hecho de que si se ignora cuáles o a cuánto ascienden los bienes del pupilo, sería imposible determinar si éstos han aumentado por una buena administración, o por el contrario han mermado por malos manejos por parte del tutor, de tal manera que al momento de que éste rinda cuentas no sería posible saber si ha realizado una buena labor o si por el contrario ésta ha sido mala y por lo tanto exigirle responda por su administración.

El inventario a que se ha venido refiriendo requiere de ciertas solemnidades y formalidades que las regula el Art. 1175 C. C. enunciando las siguientes: **“En el inventario se expresará el lugar, día , mes y año de su otorgamiento, observando lo prevenido para el de los tutores”**.

Con relación a lo que señala el referido artículo el juez una vez ordenado el inventario a través de una sentencia debe nombrar peritos tasadores, a quienes recibirá juramento conforme a la ley, y en seguida señalará el día, hora y lugar en que debe darse principio al inventario, con noticia de las partes, esto según lo manda el artículo 907 Pr. C.

El Art. 133 de la Ley Procesal de Familia regula lo referente a la forma en que se deberá presentar el inventario.

“Para el inventario de los bienes del pupilo se observaran las reglas siguientes:

a) Deberá practicarse dentro del plazo de los treinta días siguientes al discernimiento del cargo del 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, determinandolos o señalandolos 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.”

El tutor sustituto es aquel que suple al tutor que ha estado en el ejercicio de la tutela, y que éste ha incurrido en inhabilidades físicas que la ley juzga que dificultan el adecuado desempeño de la tutela, aunque no sean jurídicamente incapaces en general.

Las causales por las cuales se debe nombrar un tutor sustituto se encuentran enumeradas en el Art. 304 C. F., a saber:

Art. 304 "Serán removidos de la tutela:

1. Aquellos a quienes, después de discernido el cargo, le sobrevengan algunas de las inhabilidades enumeradas en el Art. 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 mas de seis meses; y,
7. Los que incumplieren grave o reiteradamente los demás deberes que impone el cargo.

Las razones que fundan las respectivas incapacidades y el nombramiento de un tutor sustituto son obvias, desde esta perspectiva son incapaces de ejercer la tutela: los que no tienen domicilio en la República, los condenados a cualquier pena privativa de libertad, los incapaces en razón de intereses como los deudores o acreedores del menor, los que tengan ellos o sus padres, pleitos con el menor sobre su estado o sus bienes. Obviamente la oposición de intereses constituye por sí una inhabilidad para ejercer la representación y la administración de los intereses del menor, y es por eso que la anterior disposición prevee el supuesto en que, una vez discernida la tutela se planteara dicha oposición, disponiendo el nombramiento de un tutor sustituto.

Cuando un tutor sucede en el ejercicio del cargo a uno anterior, esta obligado a confeccionar un inventario, pero observando ciertos requisitos especiales: **los bienes del pupilo tendrán que recibirse con fundamento en el inventario confeccionado por el tutor anterior, anotando con cuidado y detenimiento los cambios que se hayan experimentado en los bienes.** En esto deberá obrar con especial cuidado y diligencia el nuevo tutor, ya que si no hiciere estas anotaciones se hará responsable de ello. Las diferencias fundamentales se referirán ante todo a la disposición de bienes, es decir, a lo relacionados en el inventario inicial y que luego, durante la gestión del tutor anterior, se enajenaron o desaparecieron, por ejemplo, cambio en el número de fanegas de maíz, aumento o disminución de semovientes en el rebaño del pupilo, o aumento en medida o calidad de los productos, como sería el caso del trigo, o productos que disminuyen su calidad en razones del curso del tiempo.

La confección del inventario por parte del nuevo tutor se someterá a las mismas solemnidades que el anterior inventario.

Este inventario pasara así a ser el inventario del sucesor.

Este inventario será privado, hecho bajo juramento pero requerirá siempre aprobación del Juez de Familia previa audiencia a las personas que tienen interés en él y si hubiere oposición o dudas respecto al valúo de los bienes encontrados nombrará peritos quienes lo establecerán.

3.3.3 GARANTÍA DE ADMINISTRACIÓN

Por regla general el tutor tiene que dar garantía por medio de caución de los bienes en inventario y avalúo. Según lo establecido en el Art. 308 C.F.

Tal garantía tiene por objeto asegurar al pupilo la correcta administración de sus bienes. El Código de Familia establece la cobertura de la garantía, la que deberá cubrir cuando menos primero el importe de los bienes muebles que reciba el tutor; segundo el promedio de la renta de los bienes en los últimos tres años anteriores a la tutela y por último las utilidades que el pupilo pueda percibir de cualquier empresa durante un año (Art. 310 C.F.).

Las garantías o cauciones consideradas como válidas por el Legislador son variadas; van desde la Hipoteca, hasta la Prenda y Fianza, sea esta última, personal o respaldada por instituciones de crédito o empresas de seguros. El valor de los bienes inventariados como la solvencia y buena reputación del tutor, son los elementos de juicio que le servirán al Juez para admitir las diversas garantías. También la caución juratoria podrá admitirse.

En todo caso, el Juez deberá proveer la cobertura de la garantía, aspectos que el Código de Familia ha señalado prolijamente en su Art. 310, con la posibilidad de aumento o disminución según variables en el valor de los bienes garantizados.

Respecto a la garantía antes mencionada el Art. 311 estatuye que “**la**

garantía podrá consistir en hipoteca o prenda, o en fianza otorgada por instituciones de crédito o empresas de seguros o dos fianzas. La garantía personal , aun la caución juratoria, será admisible, siempre que ha 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 Fianza o caución prestada por el guardador debe calificarla el juez, quien solo podrá discernirle el cargo una vez que ella haya sido aprobada. Pero son varios los aspectos que deberá tener en cuenta el juez. En cuanto a la naturaleza misma de la garantía no existe dificultad, pues como lo acabamos de afirmar podrá ser una hipoteca, una prenda o una simple fianza; hoy en día son comunes las pólizas de manejo expedidas por compañías de seguro que podrían ser suficiente garantía.

Las cauciones pueden ser indistintamente en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguro o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones. Y faculta al juez para que recurra a un dictamen pericial cuando exista duda sobre la cuantía de la fianza prestada.

La caución hipotecaria se otorga a favor del respectivo juez o tribunal, y, dentro del termino para prestarla deberá presentarse un certificado del notario sobre la fecha de la escritura de la hipoteca, copia de la minuta de la hipoteca autenticada por el mismo funcionario, el titulo de propiedad del

inmueble un certificado de tradición y libertad, y si fuere posible un certificado de avalúo catastral.^{49/}

El tutor se encuentra además en la obligación de elaborar un presupuesto de gastos necesarios como son los alimentos del pupilo y la administración de sus bienes, pues deberá presentarlo dentro de los treinta días posteriores al inicio del ejercicio de la tutela, el que deberá ser aprobado por el Juez. Este presupuesto debe ser elaborado cada año, el cual estará siempre sujeto a aprobación del Juez. (Art. 312 C.F.).

Por otra parte el tutor tiene 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, de donde surge que el pupilo deba respeto y obediencia al tutor (Art. 314 C. F.).

El tutor debe cuidar y velar por el bienestar personal y patrimonial de su pupilo haciendolo como lo haría un buen padre de familia y el pupilo debe respetar y obedecer a su tutor como un buen hijo.

Es decir que para el tutor no existe sólo una responsabilidad de indole económica, sino también una responsabilidad de indole moral, debe conducirlo por el buen camino, proporcionarle un lugar estable, alimentos adecuados; proveerlo de todo lo necesario para que éste, se desarrolle en un ambiente

^{49/} *Ibíd.*, C.F., pp. 268.

familiar; para que pueda ser de buen provecho dentro de la sociedad, es decir una persona de bien.

Cuando el pupilo sea menor de edad que haya cumplido catorce años, y haya adquirido bienes con su propio trabajo o industria, puede administrarlos con las mismas facultades administrativas que el hijo de familia. El tutor ésta en la obligación de asesorarlo y asociarlo en la administración de los bienes pupilares.(Arts. 317 - 318 C.F.).

El Art. 317 C. F. le asigna al menor que este bajo tutor las mismas facultades administrativas que el hijo de familia con respecto de los bienes adquiridos por el ejercicio de una profesión o industria. Ello es fácilmente explicable, pues si en la autoridad parental que es una institución que confiere a los padres atribuciones más amplias el menor goza del derecho de administrar los bienes integrantes de su peculio profesional, con mayor razón debe poder administrar ese peculio cuando se halle bajo la custodia de su tutor.

Se entiende por peculio profesional, lo que el hijo adquiera en ejercicio de todo empleo, de profesión liberal, de toda industria o de todo oficio mecánico. En realidad, lo que constituye este peculio es el producto logrado por el hijo en virtud de su esfuerzo personal; todo ingreso al patrimonio del hijo, en ejercicio de una profesión trabajo o empleo, llámesele sueldo, jornal, comisión, así como lo recibido por el hijo en loterías, sorteos, clubes, o cualquier otra actividad, siempre y cuando sean un resultado de una actividad de carácter personal del hijo.

Por consiguiente, los actos o contratos ejecutados por el pupilo sin autorización del tutor solo le afectaran en su peculio profesional o industrial. No

podrá tomar dinero a interés ni comprar al fiado, y si lo hiciere no será obligado por esos contratos sino hasta la concurrencia del beneficio que se haya reportado de ellos. Si el menor desea ejecutar esos actos, requerirá la autorización de su tutor, aunque se trate de peculio profesional.

El tutor podrá confiarle al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares, pero deberá autorizar, bajo su responsabilidad, los actos del pupilo en su administración. Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos a ella. Con todo el pupilo tendrá derecho a solicitar la intervención del Procurador de Familia cuando de alguno de los actos del tutor le resulte manifiesto perjuicio, y el juez procederá así si encontrare fundado el reclamo.

El Código de Familia viene a reconocer al pupilo el derecho a disponer de sus bienes en una forma especial, ya que el artículo 317 le da la potestad de administrar sus bienes adquiridos con su propio trabajo o industria, esto quiere decir que el pupilo puede disponer de los frutos que obtenga, tanto de su trabajo como por la inversión de su patrimonio.

El tutor se encuentra además en la obligación de depositar el dinero del pupilo en una institución de crédito, así como las alhajas, muebles preciosos y títulos valores, que el Juez considere no poder estar en manos del tutor.

Las cuentas del pupilo deben estar separadas de las cuentas del tutor. Cuando los intereses legales del capital del pupilo por negligencia del tutor sean improductibles, éste deberá responder por ellos.(Arts. 319-320-321 C.F.).

Si el tutor necesitara realizar alguna actividad relativa a los bienes que administre, necesita autorización judicial para realizar ciertos actos que no suponga la mera conservación de los bienes del menor o actos de administración ordinaria para los que la ley expresamente le exime de obrar autorizado por el Juez, así las cosas el Art. 322 del ya referido Código señala aquellos actos en los cuales el tutor necesita dicha autorización siempre con el propósito de protección al menor, siempre y cuando exista un estudio del impacto que esos traén.

Pero el tutor no goza de una libertad absoluta para la administración de los bienes del pupilo por cuanto no puede disponer de esos bienes, de la misma manera que se tratara de su propio patrimonio.

El legislador, que ha creado un régimen especial para los tutores les prohíbe la celebración de muchos actos, y les impone el cumplimiento de determinados requisitos y formalidades en la concertación de otros.

La excepción a la autorización judicial para realizar éstos actos el legislador le prevee en el Art. 323, ya que este artículo autoriza al tutor para poder vender títulos valores, frutos y ganados, propiedad del pupilo, siempre y cuando en esta venta sea justificado su precio.

El Art. 324 C.F., agrega además a esta excepción la utilidad y la necesidad que pueda darse para que el tutor se vea obligado a enajenar bienes inmuebles, derechos reales y los bienes muebles del pupilo, esto pudiera darse cuando las rentas del pupilo fueren insuficientes para los gastos de su educación y alimentación, pagar deudas del pupilo, si el inmueble estuviese

deteriorado y la conservación de este reclamara gastos de gran valor.

Habría necesidad de enajenar o hipotecar un inmueble del pupilo cuando se tratara, por ejemplo, de satisfacer una deuda o del restablecimiento de su salud y aun de sus gastos de manutención, si no hubiera otros recursos para atender a estos.

Existe utilidad manifiesta para el pupilo cuando el acto de que se tratare le resultare un provecho seguro y relativamente considerable.

Es mas fácil apreciar la necesidad que la utilidad, porque aquella se basa en carencia de medios para hacer un gasto indispensable sin ocurrir a los inmuebles del pupilo, mientras que ésta depende de cálculos acerca de las consecuencias de un negocio. De aquí que para estimar la utilidad, el juez debe hacer un estudio prolijo y detenido de las circunstancias del acto que se pretenda, para evitar perjuicios al pupilo.

Los actos prohibidos para el tutor se encuentran regulados en el Art. 325 C.F., que enumera una serie de negocios jurídicos que son absolutamente prohibidos al tutor, y se trata de aquellos negocios que exceden la representación de los intereses del menor y cuya prohibición es el control de mérito judicial.

Dicha disposición enumera estos actos de la siguiente manera:

Art. 325. Queda prohibido al tutor:

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, autorizado 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 reservas las sesiones de derechos o créditos que los acreedores del pupilo hagan a terceros.

Si bien es cierto que es el tutor el que representa al incapaz, la ley por lo tanto le confiere el cuidado de su persona y sus bienes, pero hay actos como los apuntados anteriormente, que por su naturaleza no pueden ser realizados por el tutor, pues podría suceder que la realización de estos afecten la persona o los bienes del pupilo, y lo que se busca con la tutela es proteger la persona y los bienes del pupilo, y una manera de hacerlo es dando estas prohibiciones

al tutor.

3.4 RENDICIÓN DE CUENTAS

La Rendición de Cuentas como mecanismo de control implica una medida concreta, tendiente a examinar y evaluar el desempeño del tutor en su cargo. Es obligación común que todo tutor lleve las cuentas exactas de los bienes que administre respecto a su pupilo.

Es necesario que el tutor se adecue a una manera o forma de proceder al momento de rendir cuentas, obviamente, el abuso de sus facultades o incumplimiento de sus obligaciones, trae aparejada las sanciones respectivas.

Entre los deberes del tutor figura la obligación de rendir cuentas de su administración; tratándose de rendiciones realizadas durante la incapacidad del pupilo, las mismas deben ser hechas en forma judicial ante el Juez interviniente en la tutela.

3.4.1 RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA NORMATIVA FAMILIAR.

El tutor está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de la renta y de los gastos que la administración y la persona del menor hubiesen hecho necesarias, aunque el testador lo hubiera exonerado de rendir cuenta alguna. (en el caso de la tutela testamentaria).

El Art. 329 C.F., establece la obligación de llevar cuentas; lo cual es desarrollado en el Capítulo V del Código de Familia.

Dicho Capítulo desarrolla lo relativo a la Rendición de cuentas; encontrándose a partir del Art. 331, y precisa que el tutor debe rendir cuentas de la administración de la tutela al final de cada año de su gestión y al terminar aquella o cesar en su cargo; tiene que hacerla ante un juez, con la intervención del Procurador General de la República.

Lo anterior es así porque una vez discernido el cargo, el tutor está obligado a llevar cuenta fiel exacta y documentada, tanto de los ingresos como de los egresos de la administración de los bienes del tutelado; esto es al final de cada año de su gestión, al terminar la tutela o cesar en su cargo.

Cumplido el período (un año), o por requerimiento judicial el tutor deberá, a través de un escrito, o por medio de apoderado según el caso presentar todos los documentos que justifiquen su administración de los bienes del pupilo.

En el caso de ser aprobadas, esto no crea mayores dificultades debido a que el juez tendría que darlas por aprobadas.

Si estas fueran observadas por el Procurador de Familia Adscrito, por encontrar irregularidades en la administración; éste a través de un escrito se pronunciará al respecto para que el Juez no las de por aprobadas, y le prevenga al tutor para que éste justifique o aclare tal situación; pero si la irregularidad es imputable al tutor éste tendrá que responder de la forma que el Juez así lo decrete, pero sí de la documentación no quedare dudas de la administración del tutor en los bienes del pupilo el Juez las dará por aprobadas y agregará dicha rendición de cuentas al proceso y lo archivará temporalmente;

por que el proceso sigue vigente hasta que cese la tutela. Mientras esto no ocurra el tutor rendirá cuenta anualmente de la administración de los bienes del tutelado.

Tal norma, nos deja entrever, la responsabilidad que le cabe al Procurador General de la República y a los Procuradores Auxiliares Departamentales, de estar atentos y vigilantes en materia de protección de los menores e incapaces. A dichos funcionarios y a la institución que representan les corresponde velar por el cumplimiento exactos de la ley, ya que su función no sólo esta encaminado a velar por los derechos del pupilo, sino que también se convierte en vigilante de la legalidad del proceso.

3.4.1.1 PLAZOS PARA RENDIR CUENTAS.

Los plazos son el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. ^{50/}

Los plazos para rendir cuentas son mecanismos de control, legales o judiciales que el Juez utiliza para observar la gestión administrativa del tutor en los bienes del pupilo.

El Art. 332, estatuye el plazo para presentar la rendición final de cuentas, que deberá presentar el tutor al pupilo o a los herederos de éste en un plazo de sesenta días siguientes a la terminación de la tutela.

Estos plazos se clasifican así:

PLAZO LEGAL: es aquel que esta fijado en la ley, reglamento u otra

^{50/} Palacio., Ob. Cit., Pág. 67.

disposición general.

PLAZO JUDICIAL: es el que un juez o tribunal señala de acuerdo con facultades de las leyes procesales.

El plazo legal se subclasifica en:

En lo que respecto a los plazos, el Código de Familia regula el plazo legal, dividiéndose éste de la siguiente manera: para los casos en que el tutor rinda cuenta al final de cada año de su gestión y cuando éste cese en el cargo; el plazo será de treinta días siguientes a dichas circunstancias (Art. 331 Inc. 3°).

En lo que se refiere a la rendición final de cuentas por parte del tutor el plazo será dentro de los sesenta días siguientes a la terminación de la tutela.

Por su parte la Ley Procesal de Familia también regula el plazo judicial teniendo lugar, en defecto del plazo legal cuya fijación es deferida por la ley al juez o tribunal.

Es pertinente distinguir dos especies de plazos judiciales:

- a) La ley confía totalmente al arbitrio del juez o tribunal su fijación, como por ejemplo: el que deba fijarse a fin de que se expidan los peritos designados para la comprobación de cuentas.
- b) O bien, se establezca un tope máximo al ejercicio de la correspondiente facultad, como es el caso del Art. 187 Inc. 1° de la Ley Procesal de Familia,

en la que ley señala taxativamente que el plazo para la rendición final de cuentas no podrá excederse de quince días.

En la práctica los plazos no se cumplen por razones no justificables o imputables al tutor, tales como la negligencia donde el tutor omite voluntaria y conscientemente la diligencia a realizar, que corresponde a la rendición de cuentas, falta de interés del tutor, desconocimiento en los casos que el tutor cambia de residencia y olvida informar tal situación al tribunal correspondiente y a veces por simple olvido de realizar tal diligencia en el tiempo establecido.

El tutor al no tener conocimiento y conciencia que a transgredido crea inseguridad en su administración, y al juez no le queda más que volverlo a intimar para que éste se apersona y rinda las cuentas.

Si transcurrido este término el tutor no rindiere cuenta, el juez haciendo uso de las facultades que la Ley Procesal de Familia le confiere podrá sancionarlo con la imposición de una multa que a su criterio estime conveniente, todo esto en base a los Arts. 3 lit. B, 6 lit. C, 37, 174 y 176 de la citada ley o también podrá sancionarlo removiéndolo del cargo por negligencia (Art. 304 Ord. 2° C.F.)

El Art. 333 C. F. obliga al tutor a acompañar la cuenta de documentos justificativos de los gastos de la administración, es razonable, pues a la hora de rendir cuentas, esos gastos se acreditan con los comprobantes respectivos.

Las cuentas deberán ir acompañadas de todos los documentos

justificativos, y únicamente podrá ser excusada la justificación documental de los gastos menudos, de aquellos que un diligente padre de familia no acostumbra a recoger ni a exigir recibo.

Los gastos que se originen por la rendición de cuentas, corren a cuenta del pupilo, según lo que señala el Art. 334 C.F.

Los gastos de la rendición de cuenta correrán a cargo del que estuvo o está sometido a tutela. Son abonables al tutor, por lo tanto, la aprobación de las cuentas y estas quedan sujetas a la razonabilidad del gasto antes que a la utilidad que hubiera brindado al menor.

La resolución judicial aprobando las cuentas deberá contener, si procediere, pronunciamiento sobre quien debe cubrir los gastos de las cuentas.

Una vez termine la tutela, el pupilo puede pedir a su tutor que inmediatamente le entregue los bienes que se encuentran en su poder, Art. 335 C.F.

Llegando el pupilo a la mayoría de edad o mediando cualquier otra de las causas de cesación de la incapacidad, puede aquél solicitar la inmediata entrega de los bienes de su propiedad que se encuentren en poder del tutor. No puede éste oponerse a la entrega porque no se encuentren rendidas o aprobadas las cuentas de la tutela, ni porque existiera a su favor un saldo y pretendiera ejercitar el derecho de retención.

Para Guillermo Cabanellas el Derecho de Retención consiste en “la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión o tenencia de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella o

de algo conexo.

No configura privilegio crediticio, sino una prenda, constituida unilateralmente al amparo de la potestad reconocida por la ley y que se considera con amplitud en la denominación completa de Derecho de Retención.”^{51/}.

En el caso del tutor, no pude hacer uso del derecho de retención sobre los bienes del pupilo, ya sea por que éste tenga pendiente sobre aquel algún saldo. Y principalmente por que no existe disposición alguna que faculte al tutor retener bienes del pupilo.

Si el pupilo tuviera pendiente al tutor en pagar cierta retribución, será el juez el que determine la forma en que se realizara el pago a través de una resolución judicial.

La prueba que tendrá que presentar el que ha ejercido la tutoría serán, los documentos en que conste la inversión y los gastos hechos a favor del pupilo.

Todo acto u obligación entre tutor y pupilo prescriben a los cuatro años de concluida la tutela, según lo manda el Art. 338 C.F.

Siendo el articulo más importante para este estudio el Art. 331, ya que este el que obliga a rendir cuentas.

^{51/} Cabanellas, Ob. Cit., Pág.. 543.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

El presente capitulo tiene por objeto exponer los resultados obtenidos como producto de la investigación de campo y detectar la problemática que se suscita en los procesos relacionados con el examen y rendición de cuentas.

Los resultados que aquí se presentan provienen de cuatro fuentes de información. La primera fuente está constituida por una muestra de entrevista a jueces de familia; la segunda fuente esta constituida por una muestra selectiva

a los profesionales del derecho; la tercera fuente esta constituida de entrevistas a miembros del Equipo Multidisciplinario adscritos a los tribunales de familia; y por último la cuarta fuente constituida por una guía de estudio de procesos judiciales que contienen diligencias de nombramiento de tutor, analizadas en la presente investigación.

Las unidades de análisis para recabar la información referente al tema en estudio fueron los juzgados segundo, tercero y cuarto de familia del Centro Judicial Isidro Menéndez de San Salvador, para lo cual se utilizaron dos instrumentos de de información: la Cédula de entrevistas que se aplico a Jueces, Profesionales del Derecho y Miembros del Equipo Multidisciplinario adscrito a los Juzgados de Familia de San Salvador.

4.1 DEL CUESTIONARIO DE ENTREVISTA DIRIGIDO A JUECES DE FAMILIA.

Cuadro 1.

Mecanismo de control que más se utiliza.

MECANISM	F.	%	SUB-
a) Visitas domiciliarias del Equipo	2	50.00	50
b) Examen y Rendición de	2	50.00	50
c) Entrevistas con el	0	0.00%	0
d) Entrevistas con el	0	0.00%	0
TOTAL	4	100.00	100

Otros. Si es tutela legítima se dan:

- Inventario.
- Presupuesto de Gastos.

Conclusión.

Un 50% de los entrevistados expresaron que el mecanismo de control que más se utiliza para garantizar la protección de los derechos patrimoniales del pupilo son las visitas domiciliarias del equipo multidisciplinario, por que son ellos los que tienen una relación más cercana a la situación que viven el tutor y el pupilo.

El otro 50% considera que el mecanismo de control que más se utiliza es el examen y rendición de cuentas, por que es a través de los libros que lleva el tutor sobre los egresos e ingresos se refleja la actividad diaria de la administración y al final son éstos los que revisará el tribunal.

Cuadro. 2

Es suficiente el examen y rendición de cuentas para controlar la actividad administrativa del tutor?.

OPINIÓN	F.	%	SUB-
SI	3	75.00%	75
NO	1	25.00%	25
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

Un 75% de los entrevistados manifestaron que el examen y rendición de cuentas es suficiente para controlar la actividad administrativa del tutor, ya que los libros son los que reflejan la actividad del mismo.

Mientras tanto el 25% restante expresó que no es suficiente por que la administración queda en manos del tutor y es él quien maneja los libros, y nunca se tiene una certeza del cien por ciento.

Cuadro 3.

En una administración irregular se podría considerar en algún momento determinado alguna acción de tipo penal.

OPINIÓ	F.	%	SUB-
SI	0	0.00	0
NO	4	100.00	100
TOTA	4	100.00	100

Conclusión.

El 100% de los entrevistados coinciden en que no se puede considerar ninguna acción de tipo penal; puesto que la única sanción aplicable es la remoción del tutor y hacer efectiva la fianza por lo que lo único que se puede hacer es certificar el proceso y enviarlo a la Fiscalía General de la República, para su investigación, coincidiendo todos los entrevistados que la única sanción es la remoción del tutor que no cumple con sus obligaciones.

Cuadro 4.

Garantía de parte de los tribunales para proteger los derechos patrimoniales del pupilo.

N	FUNCIONARIO	OPINIÓN
1	JUEZ 1° De Familia	Las visitas y supervision por parte de los Equipos multidisciplinarios.
2	JUEZ 2° De Familia	La garantía tiene que ser total. El problema es que en el tribunal no se esta muy pendiente, debido a la carga de trabsjo que existe pero la garantía debe de ser la maxima, porque es una obligación Constitucional proteger a los incapaces.
3	JUEZ 3° De Familia	La garantía esta dada por la ley, por eso antes del nombramiento del tutor este debe de rendir una fianza o una garantía hipotecaria. Así en el caso que se llegara a determinar una administración fraudulenta se hace efectiva dicha

		fianza o hipoteca y se remueve al tutor.
4	JUEZ 4° De Familia	La garantía esta dada por la supervision que da el tribunal a través de los Miembros del Equipo Multidisciplinario.

Conclusión.

Los funcionarios judiciales en un 50% consideran que la supervisión o control de las visitas del equipo multidisciplinario, garantizan de alguna manera la gestión del tutor.

Un 25% de los entrevistados infieren que la garantía esta dada por la ley a través de la fianza y a hipoteca.

En cambio el otro 25% restante de los entrevistados expresó que la garantía tiene que ser total, pero se dificulta por la carga de trabajo que hay en el tribunal.

Cuadro 5.

Problemas que podría enfrentar el tutor para cumplir con la obligación de proteger los derechos patrimoniales del pupilo.

OPINIÓ	F.	%	SUB-
a) mala conducta del	0	0.00	0
b) Una retribución acorde a la responsabilidad De la	2	50.00	50
c) Sustracción de Bienes por parte del Pupil	1	25.00	25
d)	1	25.00	25
TOTA	4	100.00	100

Conclusión.

Un 50% considera que el problema es la poca retribución para el tutor, por que la tutela es una carga para la persona que la desempeña, es como un trabajo, por lo cual debe existir una retribución acorde con su desempeño, pero realmente nunca se fija en el proceso esta retribución por la carencia de bienes del pupilo.

Uno de nuestros entrevistados (25%) manifestó que uno de los problemas es la sustracción de bienes por parte del pupilo, ya que esto perjudica en su patrimonio. Mientras el 25% restante expresó que el mayor problema que enfrenta el tutor para cumplir con la obligación de proteger los derechos patrimoniales del pupilo, es la pobreza de éste, por que la mayor parte de tutelados no cuentan con bienes, y lo que generan son gastos, no ingresos.

Cuadro 6.

Desventajas en el examen y rendición de cuentas.

OPINIÓ	F.	%	SUB-
Si	0	0.00%	0
No	4	100.00	100
TOTAL	4	100.00	100

Conclusión.

El total de los funcionarios judiciales entrevistados expresaron que no existe desventaja en el examen y rendición de cuentas ya que todos procuran ser meticulosos, viendo que todo este acorde con los egresos e ingresos, y así salvaguardar los derechos tanto del tutor como del pupilo.

Cuadro 7.

Es suficiente como se encuentra implementado el examen y rendición de cuentas o existe la posibilidad de reformas.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
SI	4	100.00%	100
NO	0	0.00%	0
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

El 100% de los entrevistados aseguran que es suficiente como se encuentra implementado el examen y rendición de cuentas en la normativa familiar, más sin embargo sugirieron que es necesaria una reforma en cuanto a las personas de escasos recursos, por que la mayoría de tutelas los pupilos carecen de bienes y resulta oneroso para el tutor el trabajo que desempeña.

Cuadro 8

El nivel de confianza que se podría generar entre el tutor y el pupilo llevaría a una mala administración de los bienes de este.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
SI	0	0.00%	0
NO	4	100.00%	100
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

El total de los entrevistados que conforman la muestra, denotaron que no puede darse una mala administración por el nivel de confianza entre el tutor y el pupilo, ya que la tutela como una institución subsidiaria y complementaria de la autoridad parental no va encaminada solamente a la parte económica, sino también a la parte emocional o afectiva, debe existir realmente una relación como sería la de padres e hijos. Considerando que se necesita mucha identificación entre el tutor y el pupilo para que haya un verdadero desarrollo integral de éste; por que existe para el tutor una obligación moral de conducirlo por el buen camino, darle una orientación adecuada para que pueda ser una persona de provecho dentro de la sociedad.

Cuadro 9.

En su opinión es suficiente como se encuentra regulada la protección de los derechos patrimoniales del pupilo.

OPINIÓ	F.	%	SUB-
SI	4	100.00	100
NO	0	0	0
TOTA	4	100.00	100

Conclusión.

Los entrevistados coinciden en un 100% en cuanto a la forma de como se encuentra actualmente regulada la protección de los derechos patrimoniales del pupilo, ya que estos consideran que con la nueva legislación familiar se ha mejorado bastante esta protección, por que si existiera la necesidad de vender algún bien, el tutor tiene que promover las diligencias de utilidad y necesidad para contar con una autorización judicial para ello. También se protege al pupilo por la forma del nombramiento del tutor, en cuanto que se busca a la persona más idónea, teniendose control del ejercicio de éste a través de los equipos Multidisciplinario así como de la tutela judicial.

Cuadro 10.

La intervención del Equipo Multidisciplinario es eficaz para velar por la protección de los bienes del pupilo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
SI	3	75.00%	75
NO	1	25.00%	25
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

La mayor parte de los funcionarios judiciales entrevistados (75%) opinaron que es eficaz y necesaria la intervención del equipo multidisciplinario, ya que son éstos los que a través de sus visitas y sus informes que presentan al tribunal, ilustran al juez de la situación del tutelado; el 25% restante opinó que el equipo multidisciplinario además de no ser vinculante, no tenía ninguna intervención después de nombrado el tutor.

Cuadro 11.

Es efectiva la intervención de la Procuraduría General de la República en el Examen y Rendición de cuentas.

OPINIÓ	F.	%	SUB-
SI	2	50.00	50
NO	2	50.00	50
TOTA	4	100.00	100

Conclusión.

El 50% de los entrevistados opina que el papel que desempeña la Procuraduría General de la República es efectivo en el sentido que la mayoría de los casos provienen de esta institución; y en los casos de las personas que han sido declaradas incapaces por su edad o por que sus condiciones físicas o psicológicas, dicha institución está pendiente de controlar la situación de éstos a grado tal de que promueven que se rinda una garantía suficiente como lo es la hipotecaria en lugar de una fianza. El 50% restante responde que hay más intervención por parte del Juez, ya que la participación de la Procuraduría es nula; por que cuando se les corre traslado a sus agentes, ellos se concretan como requisito a evacuar la audiencia y no hacen nada más viendolo de manera desinteresada no importando la verdadera situación del tutelado.

4.2 CUESTIONARIO DE ENTREVISTA DIRIGIDO A MIEMBROS

DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO.

Cuadro 1.

Atribuciones del Equipo Multidisciplinario.

Miembro del Equipo Multidisciplinario	OPINIÓN
Juzgado 1° Fam.	Efectuar estudios que ordene el Juez a cada quien en su área, debe llevar una apreciación de lo que se ha investigado y en algunos casos el Juez pide que se de recomendaciones
Juzgado 2° Fam. (psicólogo)	Responder a la petición del Juez, si manda hacer estudios psicológicos lo único que se hace es hacer la evaluación pertinente sobre el perfil de la persona del tutor, el grado de identificación que hay entre el tutor y el pupilo, el tipo de relaciones interpersonales que se da entre ellos, así como la idoneidad del mismo.
Juzgado 3° Fam. (Trab.	Investigación del caso, que permite darle una ilustración más amplia al Juez en cuanto al entorno familiar.
Juzgado 4° Fam.	Hacer las investigaciones con base a los requerimientos del Juez, que pueden ser Psicosociales o educativos con el fin de ilustrarlo para que pueda contar con más elementos de juicio para que puedan resolver.

Conclusión.

El total de los profesionales entrevistados coinciden que las atribuciones van a ser en base a los requerimientos del Juez en cuanto a los informes que han de presentar para la ilustración de éste, al momento de resolver, los cuales dependerán del área y del profesionalismo de cada miembro del Equipo.

Cuadro 2.

Existe integración en el trabajo del equipo multidisciplinario, para cumplir con sus funciones.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
SI	2	50.00%	50
NO	2	50.00%	50
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

La integración del equipo depende del requerimiento del Juez, no puede el equipo hacerlo a criterio propio; por lo que un 50% de los entrevistados opinan que cuando es necesaria y cuentan con la autorización del Juez, hay colaboración para el trabajo en conjunto y se puede lograr conclusiones y recomendaciones. Mientras el 50% restante opina que existe mucho recelo profesional, por lo cual no se trabaja mucho en equipo y cada uno hace su propia investigación por aparte, con sus propias conclusiones y recomendaciones, buscando siempre el interés del menor. Esta integración no se logra además por cuestiones de tiempo que no permite intercambiar opiniones.

Cuadro 3.

Cuenta el equipo multidisciplinario con atribuciones especiales para realizar control en la protección del pupilo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
SI	3	75.00%	75
NO	1	25.00%	25
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

En su mayoría los entrevistados (75%) es de la opinión que hay atribuciones especiales para realizar un control en la protección del pupilo; pero estas dependerán, que en la audiencia el juez, señale, que se le dará seguimiento al caso para rendir informes de la situación del tutelado.

El 25% restante considera que no hay atribuciones especiales, lo que se trata es de encontrar las mejores condiciones del pupilo, es decir que desde el punto de vista afectivo cuenten con la mejor persona que le pueda asegurar un desarrollo integral; su intervención solamente es para determinar la idoneidad del tutor.

Cuadro 4.

Factores que impiden la eficacia del equipo multidisciplinario para garantizar la protección del pupilo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si hay impedimento	3	75.00%	75
No hay impedimento	1	25.00%	25
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

Una gran parte de los profesionales entrevistados (75%) son de la opinión que existen factores que dificultan la labor que ellos desempeñan, como lo es la logística (transporte), que dificulta que se busque información en cuanto a la verdadera situación del tutelado; ya que en la actualidad se cuenta nada más con un vehículo por tribunal el cual lo distribuyen entre todos los miembros del equipo. Otro factor que impide la labor que desempeñan, es la poca voluntad que existe por parte de los involucrados, a brindar información para que ellos puedan realizar bien su función; así como también el tiempo con que se cuenta para brindar dicha información; mientras el 25% manifestó no existir ningún impedimento, sin vertir opinión alguna.

Cuadro 5.

Considera que el conocimiento de la normativa familiar en especial de la tutela juega un papel importante en la elaboración del informe psicosocial en la situación del pupilo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	4	100.00%	100
No	0	0.00%	0
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

Todos los entrevistados están de acuerdo en cuanto a que se debe tener conocimiento de la normativa familiar para poder hacer un trabajo efectivo, por que si no se conoce a fondo dicha normativa, se pueden cometer errores legales y eso va en detrimento de los casos, ya que pueden hacer recomendaciones que no son de su competencia. Dependiendo del conocimiento que tengan, serán mejores los informes de cada profesional para que el juez pueda tomar parámetros a la hora de resolver.

Cuadro 6.

Es necesaria la intervención del equipo multidisciplinario para la protección de los derechos patrimoniales y personales del pupilo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	3	75.00%	75
No	0	0.00%	0
Otras.	1	25.00%	25
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

El mayor número de entrevistados (75%) coinciden en que es necesaria su intervención, ya que ellos son los ojos y oídos del juez, y si no están supervisando dicho funcionario no se entera de lo que realmente esta sucediendo. Muchas veces en el inventario no se toman en cuenta bienes que posee el pupilo y la investigación que realiza el equipo dá lugar al descubrimiento de elementos necesarios que en un primer momento no se tomaron en cuenta. En cuanto al 25% restante considera que la intervención debe producirse toda vez y cuando el juez la determine necesaria, mientras tanto no se puede actuar de oficio.

Cuadro 7.

Toma el juez en consideración los informes dados por el equipo multidisciplinario en la relación tutor pupilo al momento de dictar su fallo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	3	75.00%	75
No	1	25.00%	25
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

Los informes del equipo multidisciplinario no son vinculantes para que el juez tome una resolución. Pero la mayoría de entrevistados (75%) coinciden en que se toman en cuenta en un 95% participando en algunas ocasiones en las audiencias para aclarar sus informes. Mientras tanto el 25% restante manifestó que aunque se esfuercen para hacer lo más transparente posible sus informes, el juez no los toma en cuenta ya que este toma su propio criterio.

Cuadro 8.

Existe colaboración por parte del tutor al momento de recolectar datos.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	4	100.00%	100
No	0	0.00%	0
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

El total de los profesionales entrevistados (100%) son de la opinión que existe colaboración por parte del tutor al momento de recolectar información; pero que ya se han dado casos que cuando hay bienes de por medio se oculta esa información.

Cuadro 9.

Considera que el equipo multidisciplinario ha incidido efectivamente en su función en cuanto a la protección del pupilo, o considera que se necesitan elementos para mejorarlo.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	4	100.00%	100
No	0	0.00%	0
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

Los entrevistados consideran que siempre es necesario mejorar pero hasta ahora ellos han incidido efectivamente en la protección del pupilo pues han cumplido a cabalidad con los requerimientos del juez.

Como miembro del equipo multidisciplinario, en que medida considera que ha contribuido en la protección personal y patrimonial del pupilo.

N	Miembro del Eq. Multidisciplinario	OPINIÓN
1	Juzgado 1° Fam. (educador)	Se trata de dar lo mejor de sí para lograr esa protección es decir dar todo lo que está a su alcance
2	Juzgado 2° de Fam. (psicólogo)	Tratar de ser imparcial, solo se responde al interés superior del menor, lo que interesa es rendir un informe indistintamente a lo que puedan existir, es decir que este apegado a la realidad
3	Juzgado 3° Fam. (Trab. Soc)	Desde el momento que se realiza el estudio se da a conocer el ambiente, económico, afecto y cuidado que se esta brindando, es decir que se dan los parámetros necesarios para que se brinde
4	Juzgado 4° Fam.	Se ha tratado de encontrar a través de evaluaciones la persona idónea para la protección del pupilo. El esfuerzo es por proteger al mayor y menor

Conclusión.

Los entrevistados en su totalidad expresan que se trata que el interés superior del menor prevalezca; por lo cual brindan informes acordes a la realidad, buscando la persona idónea para que pueda cuidar del pupilo. El esfuerzo se hace para proteger al menor y al mayor incapaz bajo los lineamientos del juez.

Cuadro 11.

Es eficaz la institución de la tutela.

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	1	25.00%	75
No	1	25.00%	25
Otras.	2	50.00%	50
TOTAL	4	100.00%	100

Conclusión.

El 25% de los entrevistados considera que sí es importante dicha institución ya que esta viene a sustituir a los padres cuando estos faltan, ya que no es lo mismo que crezca con las personas más afines para un desarrollo más sano, a crecer en una institución en la que le hará falta aspectos que la familia le puede otorgar.

Otro 25% es de la opinión, que la tutela se busca por intereses económicos y no velar por el bienestar del menor, ya que pueden existir bienes patrimoniales de por medio. Mientras tanto el 50% restante expresó no tener conocimiento de la parte legal de la tutela.

Cuadro 12.

Recomendaciones para mejorar la eficacia de la institución tutelar.

Miembro del Equipo Multidisciplinario	OPINIÓN
Juzgado 1° de Fam. (educador)	No hay recomendación.
Juzgado 2° de Fam. (psicólogo)	Las personas que solicitan las tutelas deben ser más transparentes en sus intenciones y no oculten información que venga a dañar al menor que van a tener a su cargo .
Juzgado 3° de Fam. (Trab. Soc)	Una vez el menor quede huérfano o incapacitado inmediatamente se le nombre tutor para que haya un respaldo legal y no vele solo en cuanto a lo económico, si no también por un desarrollo integral
Juzgado 4° de Fam. (psicólogo)	Proporcionar un seguimiento por parte de la instancia correspondiente.

Conclusión.

El 25% de los entrevistados no emitió su recomendación por no tener un conocimiento legal de la tutela. Mientras tanto el 25% restante recomienda que se nombre un tutor idóneo y que a la vez este sea transparente en cuanto a las intenciones que tenga con el pupilo y que el tribunal de un verdadero seguimiento al caso.

4.3 CUESTIONARIO DE ENTREVISTA DIRIGIDO A

PROFESIONALES DEL DERECHO.

Cuadro 1.

Que entiende por tutela.

N	OPINIÓN
1	Es la facultad concedida a una persona para representar a otra .
2	Es la institución por medio de la cual el Estado pretende proteger y salvaguardar los bienes patrimoniales de personas que no pueden ejercer la libre administración de sus bienes
3	El cuidado personal y moral que la ley otorga a determinada persona para tutelar bienes materiales o personales
4	Es una institución de protección integral en favor de los menores e incapaces no sometidos a la Autoridad Parental por cualquier circunstancia.
5	Institución creada para la protección de menores no sujetos a autoridad parental y para los mayores incapaces, así como a la protección de sus bienes.
6	Una institución creada para la protección de los menores de edad y aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas.
7	Es la facultad que la ley confiere a una persona idónea para poder gobernar a otro menor o incapaz.
8	Es la representación que se realiza en nombre de un
9	Cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometido a Autoridad Parental.
10	Es un derecho que la ley le otorga a determinadas personas para que puedan representar a otra.

Conclusión.

1 Un 70% de los entrevistados expresaron una definición acorde al concepto de tutela, mientras el 30% restante dió una definición menos apegada, por lo que se percibe que éstos no dominan aceptablemente dicho concepto, lo cual se debe al desconocimiento de la institución.

Cuadro 2.

Que clases de tutela conoce.

OPINION.	F.	%	SUB-TOTAL.
Si sabe	7	70.00%	70
No sabe	3	30.00%	30
TOTAL	10	100.00%	100

Conclusión.

La mayoría de los profesionales del derecho entrevistados (70%) tienen conocimiento de los tres tipos de tutela existentes y el restante 30% desconoce las clases de tutela.

Cuadro 3.

Ha tenido participación en algún caso de tutela.

OPINIÓN.	F.	%	SUB-TOTAL.
Si	2	20.00	2
No	8	80.00	8
TOT	10	100.00	10

Conclusión.

De los profesionales del derecho entrevistados un 80% expreso que no habían tenido participación en tramitar casos de tutela; mientras tanto un 20% manifestaron que si habían tenido participación.

Cuadro 4.

Mecanismos legales de control de la actividad del tutor.

N	OPINIÓN
1	Rendición de cuentas anual o cuando caduque la tutela.
2	Presentación del inventario de los bienes del pupilo, garantía ofrecida por el tutor y rendición de cuentas.
3	Rendición de cuentas.
4	No existen en la práctica.
5	Supervisión y control judicial, rendición de cuentas cada año.
6	Abocare al tribunal centro o institución donde le fue otorgada la tutela.
7	Facción de Inventario, Avalúo de Bienes, Discernimiento del cargo.
8	Rendición de cuentas, fianza o hipoteca.
9	Control judicial de la tutela que es la supervisión del juez
10	Examen y rendición de cuentas, inventario y avalúo de bienes.

Conclusión.

Básicamente un 80% de nuestros entrevistados agotaron los diferentes mecanismos legales de control de la tutela; mientras tanto un 20% mostraron un desconocimiento de los principales controles de esta institución jurídica familiar de protección.

Cuadro 5.

Que entiende por examen y rendición de cuentas.

N	OPINIÓN
1	Como aquel inventario que se hace según los bienes que posee el menor o incapaz y que se debe llevar de manera decorosa.
2	Es el mecanismo mediante el cual una persona a la cual se le ha encargado administrar bienes rinde cuentas de su administración.
3	Es verificar los gastos o presupuestos y dar cuentas de ellos
4	Es un informe que el tutor presenta al finalizar la tutela para poder demostrar si ha administrado Satisfactoriamente.
5	Es el informe que realiza el tutor de la administración de todos los bienes del pupilo para demostrar que sí está realizando bien su trabajo
6	La facultad de pedir como se ha administrado un negocio
7	Es un mecanismo de control mediante el cual se examina o verifica la administración que está llevando el tutor.
8	Informe sobre como ha llevado a cabo su labor como tutor cuando el juez así lo requiere.
9	Mecanismo de control de la actividad que realiza el tutor.
10	Es un mecanismo de control de los actos que realiza el tutor.

Conclusión.

En su mayor parte los profesionales del derecho entrevistados (90%) expresaron una definición acertada de lo que es el examen y rendición de cuentas, como la obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o gestión por cuenta a interés de un tercero.

Cuadro 6.

Estos mecanismos son suficientes para proteger los derechos patrimoniales del pupilo.

OPINION.	F.	%	SUB-TOTAL.
Si	5	50.00%	50
No	5	50.00%	50
TOTA	10	100.00%	100

Conclusión.

Un 50% de los entrevistados consideran que si son suficientes por que a través de ellos se verifica la forma como se está realizado la administración de los bienes del pupilo y es el juez quien tiene un mayor control de la actividad del tutor a través de estos mecanismos.

El otro 50% de los entrevistados considera que estos mecanismos no son suficientes por que de alguna u otra manera siempre hay mala administración por parte del tutor, ya que éste no es padre natural y se olvida de tal función.

Cuadro 7.

**Controles no legales que pudieran ser incluidos en la ley para
mejor eficacia en la rendición de cuentas.**

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	0	0.00%	0
No	10	100.00%	100
TOTAL	10	100.00%	100

Conclusión.

Todos los entrevistados (100%) consideró que los mecanismos ya están regulados clara y específicamente en la ley.

Cuadro 8.

**Garantiza el tribunal la protección de los derechos
patrimoniales de los sometidos a tutela.**

OPINIÓN.	F.	%	SUB- TOTAL.
Si	50	50.00%	50
No	50	50.00%	50
TOTAL	10	100.00%	100

Conclusión.

De los profesionales entrevistados el 50% de ellos expresaron que el tribunal garantiza la protección de los derechos tanto patrimoniales como personales de los sometidos a tutela, ya que la ley dá todos los mecanismos idóneos para que se realice este control. El 50% restante considera que no hay forma de verificar el monto de los gastos efectuados, ya que no se realiza una verdadera investigación de las personas en quien se deposita la tutela, ni antes ni después.

Cuadro 9.

Recomendaciones para mejorar la protección de los derechos patrimoniales del pupilo en la institución de la tutela.

N	OPINION
1	Tener personas capacitadas que puedan mejorar esta protección, es decir capacitar y especializar al personal que esta involucrado en la protección de estos derechos.
2	Aparte de velar por su patrimonio también velar por su estado emocional
3	Crear una institución destinada únicamente a este fin con facultad de poder exigir una rendición de cuentas y obligar que cumpla en legal forma la tutela concedida.
4	Controlar periódicamente la administración que el tutor está realizando
5	Dar asistencia técnica al tutor para ayudarlo en la administración dado que no todos tienen una preparación adecuada.
6	Más y mejores auditorias externas.
7	Asignar al tribunal personal capacitado para tal efecto
8	Que se lleve un control estricto al tutor para con los bienes de los menores e incapaces.
9	Que se regulen nuevas figuras mediante las cuales se pueda sancionar a los tutores que no realizan bien Su trabajo.
10	Que el tutor esté obligado por medio de la ley para que al tener la calidad de tutor, lo tomara con más Responsabilidad.

Conclusión.

El 100% de los entrevistados aportó recomendaciones y sugirieron algunas ideas interesantes sobre la implementación de medidas tendientes a garantizar o al menos mejorar el grado de eficacia de la institución jurídica familiar de la tutela en la protección del menor e incapaz en su patrimonio entre los cuales podemos mencionar la creación de una institución específica para el control de la actividad del tutor, dar asistencia técnica al mismo para ayudarlo en la administración, que se regulen nuevas figuras mediante las cuales se pueda sancionar al tutor que no realice bien su trabajo.

CAPITULO V.
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El presente capítulo es de mucha importancia. En este se concluye el desarrollo del trabajo de investigación realizado sobre el tema **“LA EFICACIA DEL EXAMEN Y RENDICIÓN DE CUENTAS COMO MECANISMO DE CONTROL PARA PROTEGER LOS DERECHOS PATRIMONIALES, Y EN ESPECIAL LOS DEL PUPILO”**. Y al mismo tiempo lleva inmerso las recomendaciones, las cuales se presentan como una solución a los problemas encontrados y a la vez consideramos que permitirán que las personas interesadas en el tema les sea de gran utilidad y así lograr una mejor aplicación al presentarse un caso concreto.

5.1 CONCLUSIONES.

- ✓ Los datos históricos enunciados en la presente investigación demuestran que la tutela ha experimentado una evolución en su concepción más antigua y su significado moderno. La tutela y curatela coexistían como dos figuras diferentes. La primera solamente comprendía el cuidado personal del impúber no sujeto a patria potestad sin tomar en cuenta la administración de sus bienes. La curatela estaba referida al adulto incapaz, orientando más a la administración de sus bienes que a su cuidado personal y así lo plasmaba el código civil de 1860 que tuvo vigencia hasta septiembre de 1994.
- ✓ La distinción entre tutela y curatela respecto de la guarda de menores de edad no tenía razón de ser y lo único que resultaba del cambio de la tutela y curaduría al llegar el pupilo a la mayoría de edad y continuaba siendo incapaz para administrar sus bienes, era un aumento de trámites en el nuevo nombramiento, un nuevo inventario y rendición de cuentas en las que se invertían inútiles sumas de dinero que hubiesen servido para atender mejor a la crianza y educación del pupilo. Por ello es que la nueva legislación de familia regula en una sola institución la protección de los menores no sujetos a Autoridad Parental y mayores declarados incapaces.
- ✓ La rendición de cuentas en la tutela fue creada por la ley de las doce tablas; a través de la historia se señala que era un deber de aquellos que estaban obligados a administrar bienes del pupilo, su cumplimiento se dejaba a la buena fé del tutor ya que era parte de las costumbres Romanas.
- ✓ El Código de Familia vigente, pretende con la rendición de cuentas que sea cumplida como un deber jurídico para protección de los intereses patrimoniales del tutelado ya que ésta no necesita para su cumplimiento

en muchas ocasiones acción del tutelado.

- ✓ Como se ha establecido en la investigación de campo el propósito de los mecanismos de control va encaminado a proteger los derechos tanto patrimoniales como personales de los menores e incapaces que estén bajo el cuidado de un tutor, para que éste en ningún momento o circunstancia se vaya aprovechar de su poder administrativo o se descuide de tal cargo, pero para ello es necesario tomar en cuenta de que para que exista coercibilidad y se vuelva una obligación, con anterioridad debe de haberse iniciado diligencias de nombramiento de tutor en los juzgados de familia, el que puede ser oficiosamente si es que el Juez tiene conocimiento de la desprotección de un incapaz o a instancia de parte. Si esto sucediere el juez deberá tomar algunas medidas como lo son: ordenar informes y recomendaciones que le proporcione el Equipo Multidisciplinario en cuanto a la persona mas idónea para ejercer la tutoría, y así discernirle el cargo.

- ✓ Como se ha visto son dos las garantías que la ley exige en las diligencias de nombramiento de tutor: el que se rinda una fianza o en su defecto una hipoteca.

- ✓ A través de la investigación de campo se pudo observar que en la realidad la fianza no tiene ninguna razón de ser, ya que cuando el juez la exige, el tutor tiene que recurrir a una empresa aseguradora. Pero esta para poder hacer efectiva la fianza que el tutor necesita, pide una garantía hipotecaria para otorgarla, por lo que resulta un contra sentido la fianza exigida si ésta va a ser garantizada con una hipoteca a favor de la casa fiadora, considerando que sería más provechoso, que se

otorgara directamente en el tribunal.

- ✓ El examen y rendición de cuentas como mecanismo de control establecido en la ley no alcanza una plena eficacia para la protección del patrimonio del pupilo en vista de la falta de aplicación material por parte de los jueces de familia, quedándose en una mera formalidad pues se exime a los tutores de la obligación de rendir cuentas en razón de la carencia de bienes, olvidándose que cuando son ínfimos es cuando más protección y control merecen, dejando que dicha institución cobre importancia sólo para efectos de representación legal y cuidado personal del pupilo.
- ✓ En la práctica se denota una verdadera inoperancia de la Procuraduría al no cumplir su papel como tal, no obstante tener facultades otorgadas por la ley, para que los mecanismos de control jurídicos en la rendición de cuenta sean verdaderamente eficaces.
- ✓ Analizando la investigación de campo se puede concluir que la rendición y examen de cuentas, muchas veces sólo queda en un simple intento que no cobra vida aún y cuando la ley así lo contempla.

5.2 RECOMENDACIONES.

Entre las recomendaciones que podemos incluir en el presente trabajo

consideramos que se debe:

- ✓ Dotar al Equipo Multidisciplinario de un mayor presupuesto, así como también de recursos humanos y materiales, con el único fin de contar con personal suficiente, dotándolo de equipo como son vehículos, y un local más adecuado que el actual ya que esto contribuiría a una mejor investigación y a la comunicación entre los equipos y los involucrados en la tutela a fin de brindar una eficaz ayuda a la administración de justicia y una verdadera protección a los intereses del pupilo.

- ✓ A la facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador que en cumplimiento de los fines académicos se incluya dentro de los programas de estudio, un apartado específico referente a la tutela y al examen y rendición de cuentas.

- ✓ A la Corte Suprema de Justicia promover capacitaciones a través de la Escuela de Capacitación Judicial e incluir a profesionales del Derecho, para que puedan tener mayor conocimiento de las mismas.

- ✓ Que los tribunales de familia sean más flexibles para poder implementar la realización de entrevistas en esa materia, como la investigación en el presente trabajo, para una mayor constatación de los casos que ahí se ventilan.

- ✓ Es necesario como mecanismo preventivo para proteger el patrimonio del pupilo que se establezcan sanciones severas y específicas en la normativa familiar, para aquellos tutores que no cumplan adecuada y absolutamente con sus obligaciones.

- ✓ El juez y el Procurador de Familia se deben interesar más en que el tutor conozca de una manera clara y precisa en virtud de lo establecido en la ley, la función que va a desempeñar y en la forma en que debe hacerlo. Ya que la participación del tutor es de vital importancia. Pues eso redundaría en un mejor desempeño del cargo, en un mejor aprovechamiento de los tutelados y en una verdadera aplicación de la ley, en beneficio tanto de los bienes patrimoniales como de la persona del pupilo; y así darle una verdadera vigencia a lo que ya está establecido en la ley, pues la Procuraduría General de la República, tiene como función velar por los desprotegidos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, MANUEL, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Jurales, Tomo IV, 2º Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985.
- BOARES, ALBERTO J. “Código Civil y Normas Complementarias”, Parte General, Familia, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- CABANELLAS, GUILLERMO; “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo V; 31a edición , Ediciones librería del profesional; Santa Fe de Bogotá. 1994.
- CHÁVEZ ASCENCIO, MANUEL, “La Familia en el derecho”, Relaciones Jurídicas, Paterno Filiales, 1º Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1987.
- LÓPEZ DEL CARRIL, “Patria Potestad, Tutela y Curatela”,1a. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- MELÉNDEZ ALVAREZ, DORIS ELIZABETH, “Las Tutelas y Curadurías en el Código Civil salvadoreño, análisis jurídico”, San Salvador,Tesis UES. 1993.
- MONROY CABRÁ, MARCOS GERARDO, “Derecho de Menores” 1a. Edición, librería Jurídica Wilcher, Bogota. 1983.
- NUÑEZ CASTILLO, ADELFO, “Procedimientos Civiles y Normas Complementarias”, Parte General, Familia, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- PETIT, EUGÉNE, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Edición de

1989; Cárdenas Editor. Buenos Aires, 1995.

- Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil, Derecho de Familia”; Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Eduardo Depalma, Buenos Aires , 1981.
- Constitución de la República de El Salvador.
- Código de Familia.
- Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Tomo II, Comisión Coordinadora para el Sector Judicial; 1° Edición, Imprenta Criterio, 1994.
- Ley Procesal de Familia.
- Convención Sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.
- Declaración Universal de Derechos del Niño.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, “Tutela y Curaduría”, año 1; N° 3; Tomo 1-2, Noviembre, 1900.

ANEXOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACIÓN.

Guía de entrevista dirigida a Jueces en materia de Familia.

Juzgado _____ de Familia, de la Ciudad de _____

1. Cual es el mecanismo de control que más se utiliza para garantizar la protección de los derechos patrimoniales del pupilo:

a) Visitas domiciliarias del Equipo Multidisciplinario,

b) Examen y rendición de cuentas,

c) Entrevistas con el tutor,

d) Entrevistas con el pupilo,

e)Otras. _____

2. El examen y rendición de cuentas es suficiente para controlar la actividad administrativa del tutor. Si • No

Por qué _____

3. En una administración irregular se podría considerar en un momento determinado alguna acción de tipo penal:

Si

No

cuales: _____

4. Que garantía se espera de los tribunales de familia en la protección de los derechos patrimoniales del pupilo:

5. Cuales problemas podría enfrentar el tutor para cumplir con obligación de proteger los derechos patrimoniales del pupilo:

a) Mala conducta del pupilo,

b) falta de mecanismos de retribución,

c) Malicia por parte del tutor,

d) Otras _____

6. Qué ventajas acarrearía del examen y rendición de cuentas al pupilo:

7. Considera usted que existe alguna desventaja en el examen y rendición de cuentas:

8. Considera que es suficiente como se encuentra implementado el examen y rendición de cuentas o existe la posibilidad de una reforma según su opinión en el Código de Familia:

Si

No Cuales disposiciones: _____

9. Considera que es suficiente como se encuentra implementado el examen y rendición de cuentas o existe la posibilidad de una reforma, según su opinión en el Código de Procedimientos Civiles:

Si Cuales disposiciones_____

No

10. El nivel de confianza que se genera entre el tutor y el pupilo lleva a una mala administración de los bienes del pupilo:

Si No

Por qué_____

11. En su opinión es suficiente la forma como se encuentra regulada la protección de los derechos patrimoniales del pupilo:

Si No

Por que_____

12. A su criterio es eficaz el examen y rendición de cuentas:

Si No

Por que_____

13. La intervención del Equipo Multidisciplinario es eficaz para velar por la protección del pupilo:

Si No

Por que_____

14. Es efectiva la intervención de la Procuraduría General de la República en el examen y rendición de cuentas:

Si de que manera _____

No por qué _____

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACIÓN.

Guía de entrevista dirigida a miembros del Equipo Multidisciplinario.

Juzgado_____de Familia de la Ciudad de_____

1. Cuales son las atribuciones del Equipo Multidisciplinario:

2. Considera que hay una integración en el trabajo del Equipo Multidisciplinario, para cumplir con sus funciones:

Si

No

Por que_____

3. Cuenta el Equipo Multidisciplinario con atribuciones especiales para realizar control en la protección del pupilo:

Si Cuales son_____

No

4. Que factores inciden en la eficacia del trabajo del Equipo Multidisciplinario para garantizar la protección del pupilo:

5.Considera que el conocimiento de la normativa familiar, en especial de la tutela, juega un papel importante en la elaboración del informe psicosocial de la situación del pupilo:

Si No Por qué_____

6.Considera que es necesaria la intervención del equipo Multidisciplinario para la protección de los derechos personales y patrimoniales del pupilo:

Si No Por qué_____

7. Toma el Juez en consideración los informes dados por el Equipo Multidisciplinario en cuanto a la situación del pupilo, al momento de dictar su fallo.

Si No

Sabe usted por qué_____

8.Es factible la colaboración del tutor al momento de recolectar datos para que el Equipo Multidisciplinario pueda elaborar su informe:

Si No

por qué_____

9.Hasta el momento considera que el Equipo Multidisciplinario ha desempeñado efectivamente su función en cuanto al cuidado del pupilo, o necesita elementos para mejorarlo:

10. Como miembro del Equipo, en que medida ha contribuido en la protección personal y patrimonial del pupilo:

11. Considera eficaz la institución de la tutela como protección al pupilo:

Si No

por qué _____

12. Que recomendaciones daría para mejorar la eficacia de la institución tutelar:

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACIÓN.

Guía de entrevista dirigida a Profesionales del Derecho.

1.¿ Que entiende por tutela?

2.¿ Que clases de tutela conoce?

3.Ha tenido participación en algún caso de tutela?

Si • Cual ha sido ese caso_____

No •

4.Cuales son los mecanismos legales de control de la actividad del tutor:

5.¿ Que entiende por examen y rendición de cuentas?

6.¿Considera que estos mecanismos son suficientes para proteger los derechos patrimoniales del pupilo?

Si No

por qué_____

7. Existen otros controles que no están establecidos en la ley, y usted considera que son necesarios para una eficaz rendición de cuentas:

Si Cuales _____

No

8. A su criterio garantiza el tribunal la protección de los derechos patrimoniales y personales de los sometidos a tutela:

Si No

por qué _____

9. Que recomendaciones haría para mejorar la protección de los derechos patrimoniales del pupilo en la institución de la tutela: