



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TITULO:

**“EL CONSEJO DE FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN
PERUANA Y SU PROBLEMÁTICA”**

TESIS:

**PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

**BACHILLER
CHRISTIAN FORTE RUIZ**

**ASESOR:
DR. TEÓFILO RAMON ROJAS QUISPE**

CHICLAYO, PERÚ

2019

**“EL CONSEJO DE FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y SU
PROBLEMÁTICA”**

Tesis presentado por el Bachiller Sr. Christian Forte Ruiz, a la Facultad de Derecho y educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Aprobado por:

Christian Forte Ruiz
Bachiller

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Asesor

Mg. Lito Becerra Angulo
Presidente

Mg. Eleo Grillo Paico
Secretario

Mg. Javier Díaz Díaz
Vocal

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres por ser el motor de mi vida e impulso para continuar con mis metas y anhelos dentro de mi carrera profesional, por tenerme mucha paciencia al realizar este trabajo de tesis, igualmente agradezco a la Universidad Particular de Chiclayo, a mis profesores y en especial a mis asesores quienes me apoyaron para poder lograr esta meta, por sus consejos y por brindarme toda la ayuda necesaria para que este trabajo llegue a culminarse con éxito.

DEDICATORIA

A Dios por ser el guía de mi vida, a mis queridos padres Nancy y Arnaldo , por estar siempre a mi lado, por su amor y dedicación; por confiar siempre en mis capacidades y apoyo constante para que esto se realice , a mi abuela Adela en el cielo que siempre me inculcó lo mejor para ser un chico de bien y estar siempre apoyándome pese a las adversidades y demoras que se suscitaron en el camino y a toda mi familia por ser parte de esto , ya que con sus palabras llenas de motivación me hicieron ver que nada en la vida es difícil y todo se puede lograr.

INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones del derecho de familia que menos presencia tiene en nuestros tribunales, es precisamente el consejo de familia; las razones que se dan para su poca aplicación, son varias, desde aparente desaparición de la familia compuesta y extendida, la forma tan reglamentarista en que ha sido regulada la institución, así como su visión patrimonialista de la misma; sin embargo la institución fue creada para cumplir un rol importante dentro del contexto del grupo familiar y a ello debemos apuntar.

La presente tesis pretende hacer hincapié de la importancia de ésta institución de familia, haciendo un análisis de su importancia y las mejoras que deberían considerarse en el marco legal respecto a su funcionamiento y obligatoriedad para sus miembros.

La presente tesis está desarrollada en cinco capítulos:

- En el Primer capítulo se expone la problemática de la investigación, desde su realidad problemática hasta los objetivos trazados, con una alternativa de solución a fin de considerar una mejor aplicación de ésta institución familiar.
- En el Segundo Capítulo se expone el Marco Teórico, conceptualizando los aspectos generales del Consejo de Familia.
- En el Tercer capítulo, se considera a la institución familiar de la Tutela, facultades y aspectos generales.
- En el Cuarto capítulo, se considera a la institución familiar de la Curatela, clases, funciones, etc.
- En el Quinto Capítulo se desarrollaron Resultados de las entrevistas realizadas en el trabajo de campo, éstas fueron dirigidas a Magistrados y operadores jurídicos tanto del Poder Judicial así como del ministerio Público.

Así mismo presento las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

RESUMEN

En nuestro país, el Consejo de Familia siempre ha figurado en el Código Civil, como una especie de asamblea de parientes reunidos a fin de cuidar y garantizar los intereses de los menores de edad, cuyos padres no ejercían patria potestad, o de los mayores incapaces, e incluso la normatividad que regula la institución ha sido detallista, y a veces, repetitiva e innecesaria, dándole al Consejo pautas para su formación y ejecución que no han sido expeditivas, sino todo lo contrario, por lo cual el Consejo poco o nada ha tenido aceptación.

El Consejo de Familia debería ser una institución con una intervención rápida y oportuna en la solución de los diferentes problemas familiares que se presentan en el mundo de hoy; donde existen problemas como los que se dan entre los padres respecto de sus hijos, y que luego vemos como los juzgados de familia se abarrotan de trámites de tenencia, régimen de visitas, o suspensión de patria potestad.

El Consejo de Familia, bien concebido y con un expeditivo funcionamiento, evitaría que estos problemas alcancen las puertas del Poder Judicial, y se resuelvan dentro del entorno familiar; sin embargo, hoy observamos que esta institución es poco menos que inoperativa, por las limitaciones que se dan y que provienen de la misma regulación, que incluso ha llevado a cierto sector de la doctrina a tomar postura respecto a su desaparición e incluso legislaciones como la brasileña y ecuatoriana ya no la regulan; sin embargo, seguimos pensando, que el consejo de familia está llamada a velar por los intereses de los niños y adolescentes e interdictos, pero también debe ser la institución que termine resolviendo los diversos problemas que se presentan dentro del entorno del medio familiar.

ABSTRACT

In our country, the Family Council has always been listed in the Civil Code, as a kind of assembly of relatives gathered in order to care for and guarantee the interests of minors, whose parents did not exercise parental rights, or of the elderly unable , and even the regulations governing the institution have been detailed, and sometimes repetitive and unnecessary, giving the Council guidelines for its formation and execution that have not been expeditious, but quite the opposite, for which the Council has had little or nothing acceptance.

The Family Council should be an institution with rapid and timely intervention in solving the different family problems that arise in today's world; where there are problems such as couple conflicts, which we sadly see later parading through legal separation or divorce, the conflicts that occur between parents regarding their children, and then we see how family courts are packed with paperwork possession, visitation, or suspension of parental rights. The Family Council, well conceived and with an expeditious operation, would prevent these problems from reaching the doors of the Judiciary, and be resolved within the family environment; However, today we observe that this institution is little less than inoperative, due to the limitations that occur and that come from the same regulation, which has even led a certain sector of the doctrine to take a position regarding its disappearance and even legislation such as Brazilian and Ecuadorian no longer regulate it; However, we continue to think that the family council is called to ensure the interests of children and adolescents and interdicts, but it must also be the institution that ends up solving the various problems that arise within the environment of the family environment.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	3
DEDICATORIA.....	4
INTRODUCCIÓN	5
RESUMEN	6
ABSTRACT.....	7

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Realidad Problemática.....	14
1.2.- Planteamiento Del Problema.	15
1.3.- Formulación del Problema.	19
1.4.- Justificación e importancia de la investigación.	19
1.5.- Objetivos.....	20
1.5.1.- Objetivo General	20
1.5.2.- Objetivos específicos.....	20
1.6.- Hipótesis.	20
1.7.- Variables.....	21
1.7.1.- Variable independiente	21
1.7.2.- Variable dependiente.	21
1.8.- Metodología.....	21

1.8.1.- Tipo y diseño de investigación.	21
1.8.2.- Población y Muestras	21
1.8.3.- Materiales y Técnicas de recolección de datos.....	22

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

CONSEJO DE FAMILIA

Antecedentes.	24
2.1.- definición.	26
2.2.- Formación e instalación del Consejo de Familia.....	28
a.- Consejo de Familia para Niños y Adolescentes que no tengan ni Padre ni Madre.....	28
b.- Consejo de Familia para los mayores de edad incapaces que no tengan padre ni madre.	29
c.- Consejo de Familia aunque viva el padre o la madre en los casos en que señala el Código Civil.....	30
d.- Consejo de familia para el ausente.	32
e.- Consejo de familia no se forma pese a la no existencia de padres.	33
2.3.- Personas obligadas a solicitar la formación del consejo.	34
2.4.- Clases y composición del consejo de familia.-.....	35
2.5.- Solicitud de formación del consejo.-	36
2.6.- Personas impedidas de ser miembros del consejo de familia.	37
2.7.- Instalación y sesiones del consejo de familia.-.....	38

2.8.- Acuerdos del consejo de familia.....	39
2.9.- Facultades del consejo.....	40
2.10.- Fin del consejo de familia.....	44

CAPITULO III

TUTELA

3.1.- Introducción.....	46
3.2.- Concepto.....	47
3.3.- Tutela y patria potestad.	47
3.4.- Características de la tutela.	48
3.3.- Elementos de la tutela.-	51
3.4.- Clases de tutela.	52
a).- Tutela voluntaria.-	54
b).- Tutela legítima.-	54
c).- Tutela dativa.	56
f).-Tutela Estatal.	57
3.5.- Deberes y derechos del niño o adolescente bajo tutela.	58
3.6.- Deberes y derechos del tutor.	59

CAPITULO IV

CURATELA

4.1.- Introducción.-	60
4.2.- Concepto.....	64
4.3.- Clases de curatela.	64

4.3.1.- Cúratela de bienes o administración de bienes.-	66
4.3.2.- Cúratela para asuntos determinados.-	67
4.3.3.- Caracteres de la cúratela.	67
4.3.4.- Impedimentos y excusas de los curadores.-	69
4.4.- Requisitos previos para el ejercicio del cargo de curador.	71
4.4.1.- Inventario.-	72
4.4.2.- Garantía.	72
4.4.3.- Discernimiento del cargo.-	72
4.4.4.- Rendición de cuentas periódicas.	73
4.4.5.- Declaración de interdicción del incapaz.	74
4.5.- Curatela de los privados de discernimiento, retardados mentales, y deterioro mental.-	76
4.5.1.- A quien compete ejercer la cúratela.	78
4.5.2.- Cúratela legítima.	79
4.5.3.- Cúratela testamentaria o escrituraria.-	80
4.5.4.- Cúratela dativa.	80
4.5.5.- Cúratela interina estatal.-	81
4.5.6.- Funciones del curador.....	81
4.5.7.- Invalidación de los actos anteriores.	82
4.6.- Curatela de los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos.-	83
4.6.1.- Pródigo.	83
4.6.2.-Mal gestor.	85

4.6.3.- Ebrio habitual.	86
4.6.4.-Toxicómano.....	87
4.6.5.- Quienes pueden pedir la interdicción.	88
4.6.6.- Funciones del curador. -	90
4.6.7.- Qué sucede con los actos anteriores a la interdicción.	92
4.7.- Curatela del penado.	93
4.7.1.- Quien puede pedir la curatela del condenado.....	96
4.7.2.- Quien ejerce el cargo de curador.	96
4.7.3.- Funciones del curador. -	96
4.7.4.-No es necesario proceso de interdicción.....	96
4.8.- Fin de la curatela típica y del cargo del curador.....	97
4.8.1.- Fin de la curatela.-	97
4.9.- Curatelas Atípicas.-	97
4.10.- Curatela de bienes o para la administración de bienes.	98
4.10.1.- Curatela de los bienes del desaparecido.-.....	98
4.10.1.1.- Quienes ejercen la curatela.-.....	99
4.10.1.2.- Cese de la curatela.-.....	99
4.10.2.- Curatela de los bienes del póstumo.-.....	100
4.10.3.-- Curatela de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie.	102
4.10.4.- Curatela de bienes dados en usufructo.-	103
4.11.- Funciones del curador de bienes.-	104
4.12.- Curatelas especiales.....	105

4.12.1.-Casos en que procede la curatela especial.	106
---	-----

CAPITULO V

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

5.1.- RESULTADOS A LA ENTREVISTAS MAGISTRADOS	112
5.2.- SECRETARIO JUDICIALES – OPERADORES JURÍDICOS	115
CONCLUSIONES.	118
RECOMENDACIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	123

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN.

1.1.- Realidad Problemática.

El Principio de Protección Familiar tiene un rol importante y se ve reflejado en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú nos hace mención:” La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono...también protegen a la familia...reconocen este último como instituto natural y fundamental de la sociedad”.

Las Instituciones Supletorias de Amparo Familiar a nivel latinoamericano y mundial siempre estarán inmersas en la vida cotidiana de la familia, entre ellos podemos hablar los Curadores, Tutores y Consejos de Familia, éste último es una institución tutelar del derecho de familia, cuya finalidad es la de cautelar moral y económicamente los intereses de los menores e incapaces mayores de edad.

Las funciones del Consejo de Familia consisten y recaen en controlar y vigilar las actividades realizadas por el tutor o el curador, según sea el caso.

Una de las preocupaciones fundamentales del Derecho es la delimitación de la familia y en este caso certificar la eficacia del Consejo de Familia entre las distintas legislaciones y/o Códigos Civiles que hablan de ello, que en realidad seria a simple vista la problemática esencial. Exponer si en realidad se aplica correctamente y eficazmente la constitución del Consejo de Familia y todo lo que ello implica dentro del marco legal peruano.

1.2.- Planteamiento Del Problema.

El consejo de familia a tenor de lo regulado en nuestra legislación, debería ser una institución que en su desarrollo sea eficiente pero sobre todo que demuestre celeridad y sea oportuna, más aún cuando se trata de resolver problemas surgidos en el entorno familiar como los producidos entre parejas que conllevan a que finalmente estas se separen o incluso divorcien.

Una de las problemáticas se da al momento como es que define el consejo de familia, debido a que muchas veces es considerado como aquella organización que es netamente de consulta, y a veces es netamente ejecutora de los intereses del niño, así mismo observa a los que ejercen las funciones de la tutela o la curatela, y de manera excepcional a los padres.

Determinar los casos en que es necesaria la constitución de un consejo de familia como institución supletoria de amparo familiar, teniendo en cuenta que la tutela y la curatela bien podría satisfacer la protección del menor o mayor incapaz, según sea el caso, y de sus bienes. Para ello se analiza las delimitaciones de las funciones del consejo de familia y sus implicancias prácticas frente a la tutela y curatela; del mismo modo se debe analizar si en el ordenamiento jurídico peruano, el consejo de familia realmente actúa como una institución supletoria de amparo.

Uno de los aspectos que se ve en la práctica y que es analizada por la doctrina de la legislación civil peruana nos quiere decir que en los casos en donde se encuentra establecida el Consejo de Familia algunos autores consideran que al ejercer el consejo de familia un control de las funciones que realizan el tutor y el curador,

estos últimos sólo estarían siendo ejecutores de las decisiones adoptadas por el primero. Entonces nos preguntaríamos qué sentido tendría contar con un tutor o curador si el consejo de familia es finalmente el que tomará las decisiones sobre las disposiciones de los bienes, las herencias, las donaciones, además de realizar otras funciones de decisión igualmente importantes como las que antes se detallaron.

Otros de los aspectos jurídicos que se analizan en el presente proyecto son las delimitaciones de las funciones del consejo de familia y sus implicancias prácticas frente a la tutela y curatela.

Ha debido aclararse al aludir a los padres, que los mismos no ejerzan la patria potestad, ya que con ello sí se puede abarcar a todos los casos en los que por su naturaleza comprende a los Consejos de Familia, esto es la muerte de los padres y/o suspensión o extinción de la patria potestad propiamente, siendo que en éstos casos la figura de la patria potestad sea sustituida por la figura de la Tutela, dándose el caso de que si dicha figura jurídica no es pretendida vía testamento por los padres y de no existir antecedentes, es propiamente el Consejo de Familia quien escoja al tutor dativo.

El juez de familia o el juez de paz, puede disponer la formación del consejo de familia de oficio o a pedido del ministerio público o incluso de cualquier persona, pero se presentan también casos en que habiéndose designado un curador interino, que entre otros aspectos vela por los actos administrativos de pago de deudas y cobro de créditos y por ende con facultades para gravar inmuebles que pertenecen, por ejemplo a una sociedad conyugal fenecida a la que su representado formó parte,

siempre que sea autorizado por mandato judicial y previa aprobación del Consejo de Familia, lo que contrasta con lo establecido en el artículo 2013 del Código Civil, esto en tanto se refiere en el mismo que “al menos que se rectifique o declare judicialmente su validez en la vía correspondiente”, en el entendido de que sin existir dicha autorización del Consejo se hubiese procedido con la inscripción del gravamen, más aún a sabiendas que tal acto ha sido efectuado en el ejercicio de un derecho, de lo que se deduce que queda la duda de que no podría atribuirse amenaza de violación de algún derecho constitucional por parte del algún familiar o tercero perjudicado.

Ello que ha de servir como ejemplo, nos denotan que al referirnos a la crisis del factor familiar no sólo debemos partir por responsabilizar a los propios cónyuges o padres, sino también a que las normas regulatorias de entes jurídicos como el Consejo de Familia sean claras y contribuyan de manera más efectiva al afianzamiento de la familia en su mejor desarrollo y que permitan que el Consejo vigile adecuadamente al Tutor, al Curador y eventualmente a los padres de familia.

En el presente estudio se analiza el expediente 10861- 2018, donde interpone demanda de solicita formación de Consejo de Familia y nombramiento de tutor y otro.

Por fallecimiento de la madre de los menores:

Con fecha 14 de febrero del 2017, fallece JESÚS IRINA CABRERA ACUÑA madre biológica de los menores.

Del menor:

- Naomi Maricielo Chávez Cabrera y

- Herberth Arturo Chávez Cabrera.

Consejo de familia conformado por:

- Manuel Eduardo Chávez Cabrera (hermano dela menor)
- Eduardo Cabrera Vera (abuelo materno)
- Cabrera Acuña Hernán (tío en línea materna de los menores)
- Cabrera Acuña Nancy (tía en línea materna).
- Nelly Luz Acuña Salazar (abuela materna de la menor)

En vía de acumulación objetiva originaria:

- Se nombra tutora a la recurrente Nelly Luz Acuña Salazar en calidad de abuela del menor Naomi Maricielo Chávez Cabrera.

Autorización para disponer de los bienes del menor (pensión de alimentos: cobro de las pensiones alimenticias, certificados de depósito judicial, apersonarse al banco de la nación, cobro de pensiones alimenticias acorde al Artículo 109° del Código del Niño y de los adolescentes y el artículo 452° del Código Civil).

Controversia procesal.

La existencia de un proceso de alimentos Expediente 01216-2015 Juzgado de Paz Letrado.- conciliación por la suma de trescientos nuevos soles.

Del consejo de familia y del tutor

- En calidad de abuela en línea materna de la occisa Jesús Yrina Cabrera Acuña. He tenido bajo cuidado y protección a los citados menores.
- Que en nuestro medio la designación de tutor legítimo tiene como consideración principal la cercanía existente entre pupilo y la persona a quien recaerá la designación de tutor.
- Que, el Consejo de familia ha designado a la recurrente, en su calidad de abuela en la línea materna en el cargo de tutor.
- Representación legal respecto al proceso judicial de alimentos. Expediente 01216-2015.
- Se requiere que la judicatura otorgue la representación legal, a fin de que realícelas actuaciones necesarias y/o cualquier diligencia que ordene la judicatura.

1.3.- Formulación del Problema.

¿De qué manera es eficaz el Consejo de Familia en la legislación peruana y cuáles son los aspectos de su problemática?

1.4.- Justificación e importancia de la investigación.

La presente investigación se justifica, porque se realiza un análisis de la regulación legal del Código Civil, y Código del Niño y adolescente vigente, respecto al Consejo de Familia, permitiendo descubrir nuevos conocimientos que sirven de aporte respecto al derecho de familia en nuestra legislación peruana.

El presente trabajo lo considero de mucha importancia porque permite conocer el reconocimiento y la protección constitucional que se encuentra promovida a favor de la familia, por lo que es necesario realizar análisis que hagan sobresalir gran interés del ordenamiento jurídico por lograr la correcta consolidación de la familia como sociedad.

1.5.- Objetivos.

1.5.1.- Objetivo General

Analizar de qué manera se presenta la problemática del Consejo de Familia en la legislación peruana.

1.5.2.- Objetivos específicos.

- Analizar el desarrollo de la doctrina y base legal del Consejo de familia en la legislación peruana.
- Evaluar a la tutela como institución supletoria de amparo familiar en la legislación civil peruana.
- Evaluar a la curatela como institución supletoria de amparo familiar en la legislación civil peruana.
- Analizar la jurisprudencia respecto al Consejo de Familia en la legislación peruana y cuáles son los aspectos de su problemática.

1.6.- Hipótesis.

Si Determinamos la eficacia del Consejo de Familia, como organismo supervisor, cumpliendo con otorgar la protección del niño y adolescente establecido en la legislación civil y Código del Niños y adolescente; entonces, se protege los intereses morales y económicos de los menores de edad.

1.7.- Variables

1.7.1.- Variable independiente

- Eficacia del Consejo de familia.

1.7.2.- Variable dependiente.

- Protección de los intereses morales y económicos del niño y adolescente.

1.8.- Metodología

1.8.1.- Tipo y diseño de investigación.

Por su finalidad fundamental, la investigación corresponde a una investigación **analítica y propositiva**; puesto que está dirigida a **analizar** las normas directamente relacionadas con el derecho, en ésta caso derecho de familia, y a partir de ello **proponer** una formulas legislativas que incorporen parámetros que perfeccionen las decisiones de los operadores del derecho.

Diseño.

Se utilizará el método descriptivo.

El Instrumento que se utilizará para complementar la información serán fichas de textos, resúmenes de libros especializados, documentos, normas, expedientes judiciales.

1.8.2.- Población y Muestras

Población.-

Será delimitado en los juzgados especializados de familia del Distrito Judicial de Lambayeque.

Muestra.

Expedientes judicializados respecto la conformación del Consejo de Familia.

1.8.3.- Materiales y Técnicas de recolección de datos

Materiales

- Libros de derecho de familia
- Manuales y tratados de Derecho civil
- Código del Niño y adolescente
- Código de Derecho civil.
- Jurisprudencia, sentencias y expedientes judiciales respecto a la conformación del Consejo de Familia.

Técnicas de Recolección de datos.

- Técnica del fichaje.- se realizará:
- La recolección de datos bibliográficos a través de fichas que serán utilizadas para el marco teórico de la investigación.
- Recolección de norma jurídica, llámese, jurisprudencia, sentencias, expedientes, para analizar la problemática jurídica existente en el Consejo de familia en la legislación peruana.
- Se realizarán entrevistas con operadores jurídicos de los juzgados de Familia, (jueces, Fiscales de familia) respecto a la problemática del Consejo de Familia.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

CONSEJO DE FAMILIA

Antecedentes.

Código de 1936.

En el derecho moderno, algunas legislaciones han adoptado que el cuidado de los incapaces, cuyos padres no se encuentran al lado de ellos, se entregue a los familiares de éstos, quienes reunidos toman el nombre de consejo de familia; otras legislaciones prefieren que sea el Estado el encargado de vigilar a los incapaces, y otros prefieren una suerte de combinación con presencia de la familia y del Estado. Así, y tal como ya lo hemos señalado a propósito del estudio de la tutela, se admite que generalmente hay tres sistemas de guardaduría de incapaces; el Latino, con una presencia gravitante de la familia (Francia y Bélgica); el Germano, con una presencia marcada del Estado (Alemania y Suiza); y el Mixto, con presencia de la familia y del Estado (Perú, Chile, Argentina, entre otros). A la par de ello, también habría que considerar que existe un buen número de legislaciones que no regulan al consejo de familia, más bien las funciones propias de esta institución son asumidas por un tribunal de tutelas, o por un juez tutelar, y ello lo vemos, por ejemplo en América Latina, en países como Ecuador, Paraguay, Uruguay y Brasil que no comprenden, dentro de sus legislaciones, al consejo de familia.

En nuestro país, el consejo de familia siempre ha figurado en el Código Civil, como una especie de asamblea de parientes reunidos a fin de cuidar y garantizar los intereses de los menores de edad, cuyos padres no ejercían patria potestad, o de los mayores incapaces, e incluso la normatividad que regula la institución ha sido detallista, y a veces repetitiva e innecesaria, dándole al Consejo pautas para su formación y ejecución que no

han sido expeditivas, sino todo lo contrario, por lo cual el Consejo poco o nada ha tenido de aceptación.

Sin embargo, una de las principales causas por las que el pueblo, mayoritariamente no lo ha hecho suyo, no la ha incorporado, es por la grave crisis que sufre la familia, en donde el individualismo que ha llevado al egoísmo, ha convertido a la institución casi siempre en inoperante. En el presente tenemos una familia básicamente nuclear, en donde aparte de los padres y los hijos, los otros parientes terminan siendo extraños a esa familia, y es con estos parientes con los que precisamente se va a formar el Consejo, lo que da como resultado que casi o nunca se forme.

Por otro lado, la regulación de las instituciones de amparo del incapaz, como son la tutela, curatela, y el consejo de familia tienen un corte básicamente patrimonialista, lo que torna a la institución en estudio, poco utilizada, pues son reducidos, en cuanto a número, los incapaces con patrimonio propio, y en tal circunstancia pierde su razón de ser la mencionada institución, en cuanto que básicamente se dirige a cuidar los intereses económicos de estos incapaces. Sin embargo ello no debe ser así, por cuanto la institución debe existir en tanto existan incapaces a quienes se debe cuidar en cuanto a su persona y sus bienes, controlando y vigilando los abusos en que podrían incurrir quienes, precisamente, son los llamados a cuidarlo, esto es, los tutores y curadores, y por otro lado, un fin mucho más noble lo encontramos en el fortalecimiento de la familia, aun cuando somos realistas sobre el particular, en tanto que la inoperatividad de la institución se debe precisamente al resquebrajamiento y crisis de la familia.

CÓDIGO DE 1936	CODIGO DE 1984
SECCION SETIMA Del consejo de familia TITULO I De la formación del consejo de familia Características del Consejo de Familia en el código de 1936	SECCIÓN IV AMPARO FAMILIAR TITULO I: Alimentos y bienes de familia Capitulo I.- Alimentos Capitulo II Patrimonio familiar
TITULO II De la manera de proceder del consejo de familia y de sus atribuciones	TITULO II.- instituciones supletorias de amparo. Capítulo I Tutela Capitulo II curatela. Consejo de familia
TITULO III Del fin del consejo de familia	

2.1.- definición.

(AGUILAR, 2016)

Clemente de Diego la describe como una reunión de personas nombradas por el padre o por la madre o en su defecto llamadas por ley, que provee al nombramiento de tutor o protutor, delibera sobre la exclusión o remoción, dicta medidas necesarias para atender a las personas y bienes de los menores o incapacitados, vigila la administración del tutor, autoriza ciertos actos de disposición y examina y censura la rendición de cuentas del tutor; mientras que Calixto Valverde y Valverde, refiere que es un cuerpo de potestad ejecutiva, compuesta de cinco o más personas designadas por el padre o la madre, y en su defecto llamado por ley, para procurar

el exacto cumplimiento de los deberes del tutor, resolver los asuntos de la tutela de más importancia y ejercer la alta inspección sobre la misma.

El Consejo de familia es como la reunión de parientes del incapaz para velar por sus intereses, en cuanto a su persona y patrimonio, y en esa medida es fiscalizador de los guardadores, sean estos tutores, curadores e incluso padres en el ejercicio de la patria potestad. Pero este concepto de la institución, no nos impide tomar posición respecto a que, si bien es cierto el consejo está formado generalmente por familiares del incapaz, también lo es que el Consejo puede estar integrado por personas ajenas al incapaz, cuando han sido convocados por el padre o la madre del incapaz. Esta asamblea de parientes es presidida por un juez, quien convoca, dirige los debates, y preside las votaciones.

La nueva legislación del niño y adolescente, ha concedido participación activa al adolescente en las reuniones del consejo, habiéndole dado voz y voto, así como ha contemplado la participación igualmente del niño, quien será escuchado con las restricciones propias de su edad; en efecto el artículo 102 del código de los niños y adolescentes en aplicación a los derechos de los infantes sobre la participación en actos que interesan a ellos, les da derecho a dejarse escuchar en reuniones del consejo, y es así que el adolescente, que lo es desde que tiene 12 años hasta antes de cumplir la mayoría puede hacer uso de la palabra y emitir voto sobre las decisiones de esta institución, mientras que el niño que lo es desde que nace hasta antes de cumplir los doce años de edad puede ser escuchado por el consejo, en tanto que su edad lo permita.

2.2.- Formación e instalación del Consejo de Familia.

Se trata de una institución temporal, en tanto que se reúne para una determinada gestión, a la par que su composición es variable, porque los miembros pueden variar de una reunión a otra, pues bien, el artículo 101° del código de los niños y adolescentes, refiere que habrá consejo de familia para velar por la persona e intereses del niño o del adolescente que no tenga padre ni madre, o que se encuentre incapacitado conforme lo dispone el artículo 619 del código civil; esta última referencia alude a los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre.

La norma crea confusión, pues pueden existir niños o adolescentes con padres pero que no están en el ejercicio de la patria potestad, caso en el cual obviamente entra a tallar el consejo, por lo tanto, la norma debió referirse a los niños y adolescentes cuyos padres no ejercen patria potestad, sin embargo, el mismo artículo 619° refiere que también habrá consejo aunque viva el padre o la madre en los casos que señala el código, y en efecto los artículos 341°, 426°, 427°, 428°, 433° y 460° del Código Civil prevé los casos en que en estos supuestos, existiendo padre o madre, o ambos, rige el consejo de familia.

Veamos por separado los casos en que se forma el consejo.

a.- Consejo de Familia para Niños y Adolescentes que no tengan ni Padre ni Madre.

Tal como ya lo hemos dejado aclarado, debió precisarse al aludir a los padres, que éstos no ejerzan patria potestad, situación que abarca todas las posibles casos en los que se comprende muerte de los padres, suspensión o extinción de la patria potestad, pues bien, en estos casos es necesario que la patria potestad sea suplida por la figura

de la tutela, y si esta no es convocada por los padres, y no hay ascendientes, será el consejo de familia el que designe al tutor dativo, e incluso cuando hay designación de tutor por parte de los padres, o del tutor legítimo, el consejo de familia deberá vigilar la labor de este guardador.

Cuando los padres no están al lado de sus hijos, el tutor debe velar por la persona y bienes del niño o adolescente, y quien fiscaliza esta labor es precisamente el consejo de familia, con amplias facultades no solo para vigilarlo sino también para promover su remoción, o removerlo si se trata del tutor dativo. Aquí el consejo es presidido por el Juez de familia.

b.- Consejo de Familia para los mayores de edad incapaces que no tengan padre ni madre.

Estos incapaces están bajo el cuidado del curador quien está supervisado por el consejo de familia, entidad ésta que igualmente nombra al curador cuando no existen los llamados a la curatela legítima, ni la designación de los padres vía testamento o escritura pública.

El supuesto es de que estos incapaces no tengan padre ni madre, pues si así fuera, son ellos los llamados a cuidar al hijo incapaz bajo la forma de la curatela legítima, y generalmente no se forma consejo cuando los padres tienen a sus hijos bajo patria potestad, o bajo curatela, pues se parte de la presunción de que el cuidado será el más conveniente para el incapaz.

c.- Consejo de Familia aunque viva el padre o la madre en los casos en que señala el Código Civil.

Generalmente no se forma el consejo cuando los padres ejercen patria potestad sobre sus hijos, pues el supuesto es de que tal institución se forma generalmente para vigilar a los tutores y curadores, pero no para los padres que ejercen patria potestad o ejercen la curatela, en atención a que la proximidad del parentesco, hace presumir un desempeño adecuado y eficaz del cuidado del incapaz, sin embargo por excepción se señalan casos en los que debe funcionar el consejo; veamos cuales son estos casos:

1. Padres divorciados en el que el ejercicio de la patria potestad recae en uno de ellos.- en esta situación el artículo 341 del código civil, refiere que en cualquier tiempo el juez puede dictar a pedido del consejo de familia, las providencias que sean requeridas y que considere que son beneficiosas para los hijos.
2. Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de la administración del patrimonio de sus hijos, salvo que el juez ha pedido del consejo de familia, resuelva que lo constituya por requerirlo el interés del hijo. El artículo 426 del código civil que establece tal potestad del consejo, lo hace en atención a que esta asamblea de parientes tiene razonable duda sobre la gestión del padre o madre frente a la administración legal.

3. En cuanto a la rendición de cuentas periódicas respecto de la administración legal, los padres no están obligados a ello, salvo que lo solicite el consejo de familia tal como lo manda el artículo 427° del código civil.
4. Siempre ha pedido del consejo de familia, el juez puede dictar las medidas que considere conveniente respecto de la administración que vienen realizando los padres sobre los bienes de sus hijos. Esta disposición contenida en el artículo 428 del código civil, se enmarca dentro de las medidas de protección de los intereses de los infantes bajo patria potestad.
5. El padre o madre que ejerce en exclusividad patria potestad y pretende contraer matrimonio, debe solicitar la formación del consejo de familia, a fin de que esta entidad se pronuncie sobre la administración legal de los bienes del menor y si ha de continuar en dicha administración este padre o madre. El artículo 433° del código civil exige tal convocatoria y si se hace caso omiso de ello, se pierde la administración y el usufructo legal.
6. Uno de los casos de decadencia de la patria potestad, en el que se aparta al padre o madre de la administración de un determinado bien, es cuando haya conflicto u oposición de intereses entre padre e hijo, en tal circunstancia el artículo 460° del código civil, ordena el nombramiento de un curador especial, recayendo tal designación en el ascendiente a quien le corresponde la tutela legítima, y si no fuera posible la designación, la hará el consejo de familia.

Obsérvese que en todos estos casos se viene ejerciendo la patria potestad, sin embargo el legislador contempla la existencia de determinadas situaciones, que hacen aconsejable que el consejo de familia funcione siempre en función de cautelar los intereses del infante.

d.- Consejo de familia para el ausente.

Refiere el artículo 638 del código civil que también se forma consejo para que ejerza sus atribuciones a favor de los ausentes; en efecto según el artículo 50 del código civil, en la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente, a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla, y que si no hubiera persona con esa calidad, continuará respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47, referida a la curatela de bienes del desaparecido.

En el caso del desaparecido la situación es de incertidumbre, por ello la ley faculta a que se designe un curador especial que cuide sus bienes, en tanto no se dilucide su situación jurídica, pues bien este curador especial será fiscalizado por el consejo de familia. En el caso del ausente, la ley da otra salida, que se traduce en entregar provisionalmente el patrimonio del ausente a los que resulten sus herederos forzosos, pero obsérvese que se trata de una administración provisional, por ello entendemos que aún en este caso el consejo de familia tiene funciones que cumplir, en cuanto que se debe fiscalizar la administración de ese patrimonio, tal como lo mandan los artículos 51 referida al inventario de los bienes, 52 que establece la prohibición de enajenar bienes del ausente y principalmente el artículo 55 sobre derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente.

e.- Consejo de familia no se forma pese a la no existencia de padres.

Lo dispuesto en el artículo 101° del código de los niños y adolescentes o el 619° del código civil, en tal supuesto debería formarse el consejo de familia para velar por los intereses de estos incapaces que carecen de padres expeditos que puedan ejercer patria potestad, sin embargo observamos una serie de casos en el que no existiendo padres y por ende no hay ejercicio de patria potestad, no se forma el consejo; sobre el particular analicemos los más importantes:

- 1) **Niño o adolescente cuyo tutor legítimo es al mismo tiempo curador de su padre o madre.**- Supuesto recogido en el artículo 620° del código civil; sobre el particular diremos que el artículo 580° del código civil, refiere que el curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos, pues bien en aplicación de ello, y sobre todo porque el padre o la madre ha caído en interdicción, y por lo tanto se le suspende la patria potestad y se le nombra curador, cargo éste desempeñado por su propio padre o madre, que viene a ser abuelo del hijo del incapaz, y por lo tanto llamado a la tutela legítima, en consecuencia una misma persona reúne dos títulos, el de curador de su hijo y tutor de su nieto, siendo ello así, y por el cercano y directo parentesco con el niño o adolescente, el legislador no considera necesario se reúna el consejo de familia, pues entiende que el guardador cumplirá fielmente sus responsabilidades, salvo en los casos en que ante la presencia de padres, la ley exige formación del consejo, y que como ya lo hemos visto, son los supuestos de los artículos 426°, 427°, 428°, 460°, entre otros.

- 2) **Cuando no hay un mínimo de 4 miembros para la formación del consejo, éste no se constituye y sus funciones son asumidas por el Juez, tal como lo señala el artículo 626 en su tercer párrafo.** Cree el legislador que el reducido número no es aconsejable para una conveniente deliberación y toma de acuerdos en beneficio del incapaz.
- 3) **El artículo 630° del código civil nos señala otro caso, al referir que no habrá consejo de familia para un hijo extramatrimonial, cuando el padre o la madre lo haya prohibido en su testamento o por escritura pública.** Se respeta la voluntad del padre o la madre del hijo extramatrimonial, que tiene razonables dudas del comportamiento de los familiares del hijo, y en esa medida prohíbe la instalación del consejo. En este caso el juez asumirá las funciones del consejo oyendo a los miembros natos que hubiere.

2.3.- Personas obligadas a solicitar la formación del consejo.

El artículo 621 del código civil, nos señala a las personas que están obligadas bajo responsabilidad, a solicitar la formación del consejo de familia cuando existan hechos que hagan necesario su funcionamiento:

- a) El tutor testamentario o escriturario, persona ésta que como sabemos ha sido designada por el padre o la madre del incapaz, y en su defecto por el tutor legítimo y hasta por un tercero que ha nombrado al menor su heredero o legatario.

- b) Ascendiente llamado a la tutela legítima, pues bien en este caso el abuelo o abuela en pleno ejercicio de su cargo, debe solicitar la formación del consejo cuando las circunstancias lo justifiquen.
- c) Miembros natos del consejo, y lo son los abuelos y abuelas, tíos y tías, hermanas y hermanos del infante o del incapaz mayor de edad.
- d) El artículo 622° del código civil faculta igualmente al juez de familia o de paz letrado, según fuera el caso, a decretar la formación del consejo de oficio, o a pedido del ministerio público o de cualquier persona

2.4.- Clases y composición del consejo de familia.-

En nuestra legislación existen hasta tres clases de consejo de familia; el testamentario o escriturario, el legítimo y el dativo; veamos la composición de cada uno de ellos.

1) Testamentario o escriturario.- Refiere el artículo 623 del código civil, que este consejo se compone por las personas que haya designado el último de los padres que tuvo al hijo bajo su patria potestad, o su curatela, y en su defecto por las personas designadas por el tutor legítimo, o el abuelo o abuela que haya ejercido la curatela legítima. Obsérvese que no se pone límite al número de personas por lo tanto el número es abierto, y creemos igualmente que no hay prohibición para la designación de las personas, pudiendo ser éstas parientes o no del incapaz, aun cuando de ordinario serán familiares del incapaz.

2) Legítimo.- En defecto del testamentario o escriturario, la ley llama a integrar el consejo a los parientes próximos y directos del incapaz, a

quienes se les conoce como miembros natos del consejo, esto es, abuelos y abuelas (se entiende que ninguno de ellos ejerce la tutela legítima), tíos y tías y hermanos y hermanas del incapaz, ahora bien, si hubiera menos hermanos enteros que medios hermanos, solo asisten de éstos igual al número de aquellos. Excepcionalmente aumenta el número de miembros del consejo legítimo, cuando el mayor incapaz para quien se forma consejo tiene hijos capaces, integrando éstos el consejo que se forma para su padre, se entiende que aquí no está comprendido el hijo que ejerce la curatela legítima de su padre.

3) Dativo.- se forma en dos casos; el primero para completar el número requerido por ley para que funcione el consejo de familia, cuando no hay 4 miembros natos del consejo, entonces se llama a los demás parientes consanguíneos, entre los cuales tiene preferencia el más próximo al más remoto y el de mayor edad cuando sean del mismo grado; y en segundo lugar, cuando no hay ningún miembro nato, en este caso se llama a los sobrinos y primos hermanos del incapaz.

2.5.- Solicitud de formación del consejo.-

Quien acude al Juez a solicitar la formación del consejo, debe indicar los nombres de las personas que integrarán dicho consejo, y si ignora los nombres, lo manifestará para que el aviso que se publicará en el periódico, convoque a las personas que se crean con derecho a integrarlo, precisando eso sí, el nombre del solicitante y los datos del incapaz.

Ante la solicitud, el juez ordena la publicación de un extracto de la petición a fin de que cualquier interesado pueda observar la inclusión o exclusión indebida. Si dentro de los diez días de la publicación no se formula observación alguna, o resuelta ésta, el juez procederá a instalar formalmente el consejo.

2.6.- Personas impedidas de ser miembros del consejo de familia.

Según el artículo 632 del código civil y en concordancia con el artículo 515 del mismo cuerpo legal, no pueden ser miembros del consejo los siguientes:

- a) El tutor ni el curador.- por cuanto el consejo se forma para fiscalizarlos.
- b) Los que están impedidos para ser tutores o curadores.
- c) Las personas a quienes el padre o la madre, el abuelo o la abuela, hubiesen excluido de este cargo en su testamento o por escritura pública; se respeta la voluntad de estas personas que con razones que el código no las obliga a explicitar, apartan a alguien del cargo.
- d) Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad dé lugar a su formación; el supuesto está referido a aquel padre o madre que es apartado de la patria potestad por una inconducta cometida en agravio de su hijo, pues bien, los hermanos capaces de éste no integrarán el consejo, pues no tendrían la suficiente imparcialidad para ejercer el cargo, pese a que como se ha visto son miembros natos del consejo.
- e) Los padres, en caso que el consejo se forme en vida de ellos, pues su formación se hace precisamente para fiscalizarlos, salvo el caso de los padres que no tienen la administración de los bienes de sus hijos, en el que

si integran el consejo precisamente para vigilar al administrador de esos bienes.

2.7.- Instalación y sesiones del consejo de familia.-

Instalado el consejo, sus miembros serán citados por esquila cada vez que sea necesario, debiendo precisarse que el cargo de miembro del consejo es gratuito e inexcusable (obligatorio), y debe desempeñarse personalmente, salvo que el juez autorice por causa justificada la representación mediante apoderado, éste no puede representar a más de un miembro del consejo.

El Juez convocará al consejo a solicitud del tutor, del curador o de cualquiera de sus miembros y cada vez que a su juicio, el interés del infante o del incapaz lo exija. Ante la citación efectuada, todos y cada uno de los miembros del organismo están en la obligación de concurrir, salvo que medie causa atendible; ante la inasistencia injustificada el juez impondrá una multa equivalente a no más del 20% del sueldo mínimo vital.

El consejo no puede adoptar resolución sin que estén presentes en la deliberación y votación por lo menos tres de sus miembros además del Juez, número éste que vendría a ser el quorum y sin que haya conformidad de votos entre la mayoría de los asistentes. El Juez que preside el consejo solamente vota en caso de empate.

Ningún miembro del consejo asistirá a su reunión ni emitirá voto cuando se trate de asuntos en que tengan interés él, sus descendientes, ascendientes o cónyuge, pero podrá ser oído si el consejo lo cree pertinente. En cuanto a los tutores y curadores

tienen la obligación de asistir cuando sean citados, o cuando ellos hayan promovido la reunión, pero en ningún caso pueden votar.

Según el artículo 102 del código de los niños y adolescentes, el adolescente participará en las reuniones del consejo de familia con derecho a voz y voto, recordemos que se considera adolescente a partir de los 12 años, y en cuanto al niño será escuchado con las restricciones propias de su edad.

2.8.- Acuerdos del consejo de familia.

Para lo toma de acuerdos se entiende que debe haber un debate, que significa cambio de pareceres, opiniones, y todo ello bajo la dirección del juez; sobre el particular y según el artículo 639 del código civil, el juez de familia preside el consejo que se forme para supervigilar al tutor o en su caso a los padres, y el juez de paz letrado cuando se forma para incapaces mayores de edad.

Agotado el debate cada cuestión debe votarse por separado.

Tal como ya se ha señalado, el consejo no puede adoptar resolución sin que estén presentes en la deliberación y votación por lo menos tres de sus miembros, además del juez que preside y sin que haya conformidad de votos entre la mayoría de los asistentes. El Juez solo vota en caso de empate; ahora bien, la votación, entendemos, debe ser abierta y no secreta y ello para posibilitar que el consejero que no comulgue con los acuerdos impugne tales acuerdos.

De las sesiones del consejo se extenderá acta en el libro de consejos de familia del juzgado, y en un libro especial que conservará el pariente más próximo, tal como lo prevé el artículo 652 del código civil.

2.9.- Facultades del consejo.

Las funciones están señaladas en relación directa con la protección que se debe al interés de los incapaces para quienes se forma; ahora bien, el artículo 647 del código civil menciona las más importantes, sin embargo otras funciones no contempladas en dicho dispositivo encontramos tanto en otros libros del código civil, como en el código procesal civil. Analicemos cada una de estas funciones:

- 1) Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales conforme a este código, se refiere a lo dispuesto en los artículos 573 del código civil que estatuye que ante la falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia, y en cuanto al artículo 508, se concede al consejo designar tutor dativo ante la ausencia de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo. Y en cuanto a los curadores especiales, por ejemplo la norma que contempla el artículo 460 del código civil, ante oposición de intereses entre padre e hijos.
- 2) Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre.- como sabemos la facultad de designar tutores y curadores dativos es del consejo, y en tal mérito será el consejo que se pronuncie sobre la excusa que propongan los convocados a esta guardaduría, así como la de aceptar la renuncia, en los casos en que ésta proceda, como por ejemplo el caso del artículo 552 del código civil que faculta al tutor dativo que haya desempeñado el cargo seis años puede renunciarlo, o si tratándose del curador de un mayor incapaz, no siendo su cónyuge, ascendiente o descendiente será relevado si renuncia al cargo después de 4 años de ejercicio.

- 3) Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre y removerlos a su juicio; sobre el particular debemos señalar que se autoriza al consejo para que sin mayor explicación pueda remover a los tutores dativos, en tal mérito consideramos innecesaria la norma contenida en el artículo 509 referida a que el tutor dativo será ratificado cada dos años por el consejo de familia, y lo es por cuanto a su discreción, el consejo puede remover al tutor dativo en el momento que crea pertinente.
- 4) Provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el Juez. Cuando uno de estos tutores incurre en faltas contra el incapaz, o su gestión está siendo deficiente, o han incurrido en alguno de los impedimentos y no renuncian al cargo, entonces será el consejo el que deba promover su remoción, lo que significa una demanda judicial contra el tutor o curador, a fin de que el juez se pronuncie sobre la remoción solicitada, de conformidad con el artículo 554 del código civil.
- 5) Decidir en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz en su caso, y en la administración de sus bienes si los padres no la hubieran fijado; Recordemos que uno de los pasos previos para asumir el cargo de tutor o curador es el inventario judicial de los bienes del incapaz, pues bien realizado el inventario la ley le señala al consejo, como ente que decidirá qué rentas serán utilizadas por el guardador, para destinarlo a los alimentos del pupilo o curado, salvo que

el padre o madre, hubiera fijado con precisión al detallar sobre la administración del patrimonio del incapaz.

- 6) Aceptar la donación, la herencia, o el legado sujeto a cargas dejado al menor, o en su caso al incapaz.- El incapaz no puede aceptar herencia ni legados, ni donaciones por sí mismo, sino que tiene que hacerlo a través de su representante legal, sin embargo éste representante, trátese del padre que ejerce patria potestad, o el tutor o el curador requiere para aceptar herencia o legados con carga, la autorización judicial respectiva, concedida previa opinión del consejo de familia, tal como lo mandan los artículos 448 inciso 9 y 532 del código civil, en tal mérito, importante resulta la participación del consejo quien puede repudiar o autorizar esta liberalidad, dependiendo del interés del incapaz a quien tiene que cuidar y proteger.
- 7) Autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez; sobre el particular debemos señalar que el tutor o curador debe ejercer el cargo personalmente, no pudiendo delegarlo en otra persona, sin embargo ello no es óbice para que si los intereses del incapaz lo demandan, contrate a uno o más administradores, que lo ayuden a la administración eficiente de los intereses del guardado, ahora bien, toca al consejo prestar su consentimiento para esta contratación, solo en el caso que sea indispensable y no resulte gravoso para los intereses del incapaz.

- 8) Determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz; en efecto el tutor o curador no debe manejar el dinero del incapaz, sino solo en lo indispensable para la alimentación, educación o curación, según sea el caso, y cualquier otra suma debe ser depositada en instituciones bancarias tal como lo ordena el artículo 521 del código civil, en tal mérito toca al consejo de familia pronunciarse cuando el tutor o curador se encuentre en duda respecto del dinero del incapaz, sobre el manejo del mismo o la existencia de la obligación de depositarlo en entidad crediticia.
- 9) Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta; sobre el particular hay que señalar que para la disposición de los bienes del incapaz, trátese de los padres, o del tutor o curador, necesariamente requieren autorización judicial tal como lo ordenan los artículos 447, 531 y 577 del código civil, pues bien, el legislador se pone en el caso de que el incapaz sea titular no solo de un bien, sino de varios bienes, en tal circunstancia y con la autorización judicial se procederá a la venta del bien, recayendo en el consejo la elección del bien, siempre dentro de lo que más convenga al incapaz.
- 10) Ejercer las demás atribuciones que le conceden este código y el de procedimientos civiles; se entiende que está aludiendo al código civil vigente y el código procesal civil vigente desde 1993, pues bien, en cuanto al código civil a parte de los casos ya comentados, también se requiere la intervención del consejo de familia para los siguientes casos: artículo 426 referido a la

facultad del consejo a solicitar la constitución de garantía a los padres que ejercen patria potestad; artículo 427 referido a la petición del consejo para que los padres rindan cuentas periódicas de su gestión; 467 referido a la designación que debe hacer el consejo sobre el curador especial, que representará al incapaz en el juicio en que se promueva la suspensión de la patria potestad; artículo 987 referido a la partición convencional en la que el incapaz resulte siendo copropietario de los bienes, en este caso el consejo es citado para el pronunciamiento del juez sobre la aprobación o no de esta partición convencional; artículo 1307 referido a la transacción en la que de por medio haya intereses de un incapaz, aquí el juez aprueba la transacción escuchando al consejo de familia. En cuanto a las normas del código procesal civil, el artículo 787 referido a la autorización para disponer derechos de incapaces, alude a la participación del consejo de familia como parte importante del proceso no contencioso.

2.10.- Fin del consejo de familia.

Se entiende que las razones que llevaron a la formación del consejo han desaparecido, y por ello ya no tiene sentido que el consejo siga funcionando, sin embargo habría que decir que este término no necesariamente es definitivo, pues pueden reaparecer algunas circunstancias que justifiquen nuevamente la instalación y formación del consejo; en efecto refiere el artículo 658 del código civil, que el consejo de familia cesa en los mismos casos en que acaba la tutela o curatela, esto es por muerte del menor, en este caso el cese será definitivo, por llegar a su mayoría de edad, caso en el cual igualmente el cese es definitivo, por cesar la incapacidad del menor en aplicación del artículo 46 del código civil, referido al matrimonio del

adolescente de 16 años de edad, o por título oficial que lo habilite para ejercer una profesión u oficio, caso en el cual igualmente el cese será definitivo; por cesar la incapacidad del padre o madre conforme al artículo 580 del código civil, sin embargo si ese padre o madre vuelve a ser declarado interdicto, deberá nuevamente convocarse a un consejo de familia, y por último termina el consejo de familia por reingresar el niño o adolescente bajo la patria potestad, empero pueden darse casos en que estando bajo patria potestad se requiera la formación del consejo, por ejemplo cuando se presente oposición de intereses entre ellos. También termina el consejo refiriéndonos al mayor de edad incapaz, cuando este fallezca o cuando se ha rehabilitado.

CAPITULO III

TUTELA

3.1.- Introducción.

Esta institución se da para atender un estado de necesidad natural en el ser humano, que comprende desde su nacimiento, hasta cierto tiempo de su existencia en donde es incapaz de valerse por sí mismo, y los llamados a cubrir ese estado de insuficiencia son los padres; ahora bien, surgen algunas preguntas que necesariamente deben ser respondidas, cuando los padres por diversos motivos no se encuentran al lado de sus hijos, y ello puede ocurrir por muerte de ambos padres, por suspensión o extinción de patria potestad de ambos padres, e incluso cuando ejerciéndose la patria potestad, ésta no cumple sus fines; en estas situaciones si el menor sigue siéndolo, entonces qué personas vienen a cuidar esos menores, cuáles son las responsabilidades que asumen y en general que institución del derecho de familia viene a suplir a la patria potestad.

Cuando los padres no ejercen patria potestad sobre sus hijos, y éstos continúan aún en minoridad, entonces se hace necesario dotarlos de una persona, que sin el título de padre, asuma parecidas responsabilidades a la de éste.

Si la patria potestad es una institución natural, que siempre ha existido desde que existen padres e hijos, no podemos decir lo mismo respecto de la tutela, que sí, es una creación de los hombres para la protección de menores cuyos padres no están al frente de ellos. La tutela viene a ser una carga publica que impone la sociedad, con el objeto de cuidar a un incapaz por razón de edad, por lo tanto el tutor ejerce

un cargo, que a la vez es una carga, per que la función implica una serie de responsabilidades que tienen el carácter de sociales.

3.2.- Concepto.

Diversos autores se pronuncian respecto de lo que consideran la tutela, encontrándose entre todos ellos un denominador común, esto es, la carga pública que asume el tutor.

Calixto Valverde y Valverde refiere que toda tutela es una guarda que significa cuidado, defensa y representación del que está sometido a ella, constituye pues una protección; por otro lado Bonnecasse refiere que la tutela es un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad, como en caso de interdicción; sobre el particular digamos, tal como ya lo hemos mencionado, existen países como Suiza, España Alemania y Cuba que en su artículo 148 del código de familia se ocupa de la tutela de los mayores de edad incapacitados, países en donde se ha refundido la tutela y la curatela, en atención a que lo que interesa, según estas legislaciones, es proteger al incapaz, no interesando la causa de esa incapacidad.

En nuestro código civil, no encontramos una definición de la tutela, sin embargo si es importante haber precisado las funciones del tutor, y así el artículo 502 del código civil, con el que se abre el trato legal de esta institución refiere que al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

3.3.- Tutela y patria potestad.

Ha quedado precisado que la tutela es una figura supletoria de la patria potestad, por lo tanto en principio no pueden coexistir ambas instituciones, pues si existe

tutela es porque no hay patria potestad, y si se está ejerciendo patria potestad, no cabe bajo ninguna forma la existencia de la tutela, salvo lo señalado líneas arriba a propósito del comentario que hicimos sobre la casación 4881-2009; ahora bien, si la tutela entra en defecto de la patria potestad, resulta pertinente preguntarse si ambas instituciones tienen idéntico contenido, y si en buena cuenta no vienen a ser lo mismo pero con distinto nombre, en tal circunstancia debemos responder a esa pregunta estableciendo algunas diferencias que existen entre ambas instituciones.

3.4.- Características de la tutela.

La institución de la tutela tiene particularidades, características típicas, que la hacen una institución autónoma, pero todos esos rasgos propios se ubican dentro del marco de protección al incapaz, pues no olvidemos que la tutela existe en función a atender las necesidades del niño o adolescente, cuyos padres no ejercen patria potestad. Estas características podemos resumirlas en las siguientes: existe un interés colectivo en la institución el cargo otorga representatividad; es obligatorio, no queda al arbitrio del llamado a aceptar o rechazar el encargo; debe desempeñarse en forma personal, no siendo posible delegar tal cargo; su desempeño es unipersonal y solo por excepción puede ejercerse la tutela simultáneamente por dos o más, y por último el cargo es remunerado, aun cuando existen países, como Italia, en que el cargo es gratuito.

Analicemos por separado, cada uno de estos rasgos distintivos de la tutela.

- a) Interés colectivo en la institución.-** La tutela está pensada en función de los intereses del menor, en atención a su incapacidad, y por ello, quien viene a

cuidarlo, debe ejercer el cargo a favor del niño o adolescente, y no en su propio beneficio. Estas necesidades por satisfacer, hacen que la sociedad no esté de espaldas al ejercicio del cargo, sino que a través de sus autoridades pertinentes, vigilen constantemente el desempeño del tutor, a la par de convertir el cargo en obligatorio, tal como lo manda el artículo 517 del código civil; sobre el particular, resulta ilustrativo cómo el código de los niños y adolescentes en su artículo 100, refiere que el juez especializado es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor.

- b) El cargo otorga representatividad.-** Recordemos que el pupilo es una persona incapaz de valerse por sí mismo, no puede cuidar sus intereses y requiere de asistencia, cuidado y protección permanente, sin embargo, esta incapacidad va a ir desapareciendo lenta, pero seguramente, conforme avance el desarrollo del menor según su edad, en esa medida resulta pertinente que aquel que cuide al menor, tenga suficiente poder para representarlo en los actos de su vida diaria, y en particular cuando se trate de los intereses económicos del menor, y es así cómo el artículo 527° del código civil refiere que el tutor representa al menor, en todos los actos civiles, norma que debemos concordarla con el artículo 45 del código civil, referido a los representantes legales de los incapaces quienes ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela, sin embargo el artículo 527 citado, tiene una segunda parte que alude a una excepción, esto es, se faculta a los menores que por disposición de la ley puedan ejecutar actos por sí solo, aludiendo a la edad alcanzada por el menor en el que ya goza de

cierto discernimiento, y por lo tanto no requieren del tutor para ejercer determinados actos.

c) El cargo es obligatorio.- Importante haber convertido el cargo en un deber que no se puede rechazar, sino que debe asumirse obligatoriamente, no otorgando al convocado la mínima posibilidad (salvo las excepciones que veremos más adelante), de repudiar tal encargo. Su asunción es obligatorio, en atención a que detrás de la tutela existe un deber social, que se traduce en el cuidado del incapaz, por lo tanto, se hace necesario que los llamados a la institución no eludan tal compromiso; pensamos que si se hubiera dejado a la libre elección del convocado de aceptar o rechazar el cargo, muchos incapaces se quedarían sin su guardador, entonces el que la ley haya precisado su obligatoriedad posibilita su ejercicio, aun cuando somos conscientes, que si el llamado no estando impedido ni excusado, no acepta el cargo, no recibe sanción alguna prevista específicamente en la ley, que no sea la responsabilidad extracontractual, si es que su renuencia a aceptar el cargo perjudica los intereses del menor.

d) El cargo es personalísimo.- Hemos señalado que la tutela es un deber de solidaridad social, por lo tanto el convocado a la tutela, tiene que cumplir este deber social, como una suerte de contribución que da la sociedad, de la que recibe una serie de oportunidades para su desarrollo personal, en esa medida no se permite que el llamado a la tutela delegue tal función en otra persona, sino que él debe asumir a forma personal el cargo, lo que no quiere decir

necesariamente que en algunos casos, pueda contratar a ciertas personas que se encarguen re algunos intereses del patrimonio del menor.

3.3.- Elementos de la tutela.-

Nos referimos a los actores principales de la institución, como son el tutor, y el niño o adolescente bajo tutela, a quien se le denomina el pupilo; analicemos por separado a cada uno de ellos:

1. **El tutor.-** persona natural, hombre o mujer convocado para cuidar a persona y si fuera el caso, el patrimonio del niño o adolescente que no se encuentra bajo patria potestad de sus padres.

Dentro del sistema de protección del incapaz por minoridad, el tutor cumple un rol trascendente, por cuanto de alguna forma reemplaza a los padres en el cuidado del menor, proporcionándole una suerte de familia sustitúa, pues lo acoge si no como hijo propio, asumiendo una responsabilidad que conlleva deberes paralelos a la patria potestad, a la vez que se le reconoce ciertos derechos derivados de la importancia y dedicación que implica la tutela.

2. **El pupilo.-** el niño o adolescente que se encuentra bajo tutela; según nuestra legislación es el menor de 18 años de edad que no se encuentra bajo la patria potestad de ninguno de sus padres, lo que implica que basta que uno solo de los padres, ejerza patria potestad para que no haya lugar a la tutela; ahora bien, esta regla tiene una excepción, la misma que está referida al menor de 16 años de edad que ha contraído matrimonio, y que por el hecho de este matrimonio sale a la capacidad, y en tal medida y pese

a su minoridad ya no cae bajo tutela, pues ha salido de la patria potestad, y se le considera una persona capaz, en pleno ejercicio de sus derechos. Así mismo el menor de 16 años que ha adquirido un título oficial que lo habilita para ejercer una profesión u oficio, en tal mérito habrá salido a la capacidad, y por lo tanto se habrá extinguido la patria potestad, no siendo necesario que esta institución sea reemplazada por otra, por cuanto ya estamos ante una persona capaz.

En Perú, mantenemos el distingo entre tutela y curatela, y nos parece sano y acertado tal distingo, pues las diferencias entre ambas son sustantivas, como lo son las funciones de uno y otro, sin embargo reconociéndose que existen entre ambas instituciones un denominador común, cual es el incapaz a quien se tiene que cuidar, el código civil de 1984 extiende las normas de la tutela a la curatela, al respecto dice el artículo 568° rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela con las modificaciones establecidas en este capítulo” (se refiere al capítulo de la curatela), por ejemplo todo lo concerniente a las reglas sobre impedimentos y excusas de los tutores se aplican a la curatela, mientras que las clases de curatela y el orden a seguir, no es el mismo que la tutela pues para este caso la curatela tiene sus propias normas.

3.4.- Clases de tutela.

El legislador peruano ha establecido varias clases de tutela y le ha repuesto a ellas un orden de prelación; ahora bien, los criterios que ha seguido para hacer el distingo entre estas clases de tutela, básicamente descansan en la fuente de donde emergen, por ejemplo, si se trata de la voluntad del instituyente, entonces tenemos la testamentaria o escrituraria, pero si la fuente de la designación es la ley, entonces recibe el nombre de tutela legítima, y si la convocatoria viene de un organismo

familiar, como el consejo de familia, se le denomina tutela dativa, y si no existieran ninguna de las precedentes, el Estado, cumpliendo su rol social de protección a la niñez desamparada toca cuidar al menor en estado de abandono, y aquí estaremos frente a la tutela estatal; ahora bien, el orden en que se ha establecido estas tutelas, es un orden de prelación, así primero la testamentaria o escrituraria, en defecto de ella, la legítima, y si no hubiera parientes llamados a la tutela legítima entonces ingresamos a la tutela dativa, y por último si no hubiera ninguna de ellas, o existiendo no cumplen su cometido, entonces es la tutela estatal la que debe actuar, tutela, que a nuestro parecer incluso puede darse cuando existe patria potestad y no se está cumpliendo los fines de ésta.

Algunos refieren que a todas estas clases de tutela, el código de los niños y adolescentes le ha adicionado expresamente una más, a saber la tutela judicial; en efecto el artículo 100 refiere que es el juez especializado el competente para nombrar tutor, sin embargo nosotros creemos que tal norma, más que atribuir al Juez tal capacidad, estaría referida al aspecto procesal de la designación del tutor, así por ejemplo, si se trata de la tutela testamentaria, legítima o dativa, será el juez especializado el que intervenga para el discernimiento del cargo, o lo que es lo mismo, el juramento del cargo. Sin embargo si creemos que existe tal facultad en un caso excepcional, como es el artículo 340 del código civil, a propósito de los efectos del divorcio, cuando el Juez decide no otorgar patria potestad a ninguno de los padres, y entrega al menor a un tercero, persona ésta que recibe al menor y lo cuida con el nombre de tutor, y que como tal designación ha venido del juez, podemos llamarla tutela judicial, en todos los otros casos, la intervención del juez especializado siempre será necesario, no como dice el artículo 100 del código de

los niños y adolescentes para designar al tutor, sino para formalizar la designación ya establecida.

a).- Tutela voluntaria.-

En este caso la fuente de la convocatoria descansa en la voluntad de determinadas personas, voluntad que puede manifestarse a través de la testamentaria o escrituraria; sobre el particular, el artículo 503 del código civil en su primera parte, refiere textualmente que tienen facultad para nombrar tutor en testamento o por escritura pública, y en sus tres incisos que contiene el precepto legal, establece un orden de estas personas facultada; para la convocatoria del tutor: el padre o la madre, el abuelo o la abuela, y cualquier testador, sin embargo cada una de estas posibilidades merece atención especial, por que entrañan situaciones no muy claras y que incluso se pueden prestar a confusión

b).- Tutela legítima.-

A falta de designación de tutor vía testamento o escritura pública, corresponde a la ley designar tutor, y de allí el nombre de tutela legítima, nombre que no es muy feliz, pues todas las otras clases de tutela vendrían a ser igualmente legítimas, sin embargo es el nombre que por fuerza de la tradición se mantiene, y así el artículo 506 del código civil, refiere que a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose al más próximo al más remoto, y en igualdad de grado al más idóneo. Al comentar la norma lo primero que tenemos que aseverar, es que esta tutela solo entra en

defecto de la tutela voluntaria, y se trata del ejercicio unipersonal del cargo, esto es, se hace una selección de todos los ascendientes para escoger a uno solo de ellos, considerándose dentro de los criterios, en primer lugar, la proximidad de grado, y en igualdad de grado, la idoneidad del más calificado, idoneidad que será decidida por el juez, con la opinión del consejo de familia.

Por otro lado, nuestro código al pronunciarse sobre esta clase de tutela, hace un distingo entre el parentesco que proviene de un matrimonio, y otro proveniente de relaciones extramatrimoniales; en efecto, si se trata de que el menor viene de una relación matrimonial, el abuelo o abuela que es convocado a la tutela legítima, no necesita ratificación o confirmación del cargo, lo que no quiere decir que la obligación del discernimiento o juramentación no esté presente, sin embargo, si el menor viene de una relación extramatrimonial, entonces el abuelo o abuela que pretenda ejercer el cargo de tutor legítimo, necesariamente deberá pasar por la ratificación del cargo, ratificación en la que interviene el juez especializado, tal como podemos inferir del artículo 507° del código civil, norma que nos parece acertada, por cuanto la situación de ese menor, puede ser distante respecto del ascendiente que desea ocupar el cargo de tutor, y ello debido a que si todos los hijos son iguales ante la ley, no se puede desconocer que no es generalmente la misma situación en la que se ha desarrollado el menor, tratándose de una familia matrimonial respecto de la extramatrimonial, en la que incluso ese menor pudo haber estado separado no solo físicamente, sino también moralmente de los padres de

sus padres extramatrimoniales, justificándose por ende que al querer asumir el abuelo la tutela por falta de los padres extramatrimoniales del menor, sea el juez, quien contemplando el interés superior del menor, decida si conviene o no que ese ascendiente ejerza el cuidado del menor, sobre todo si tuviera patrimonio propio.

c).- Tutela dativa.

(CABANELLAS, 1989)

“Es la discernida por designación judicial o del consejo de familia y no por disposición testamentaria ni por ministerio de la ley”; dativo indica la atribución, la destinación, y en el caso que nos ocupa, estaría referida a la concesión o atribución del cargo de tutor a favor de una persona, que para el peruano, sería la atribución que concede el consejo de familia, a favor de una determinada persona para que cuide la persona y bienes del incapaz que no está bajo patria potestad.

El código civil peruano, trata la tutela dativa en solo dos artículos, 508° y 509°, en el primero de ellos, se establece la supletoriedad de esta tutela, que entra a regir solo en defecto de la voluntaria y legítima, y que la designación debe recaer en una persona residente en el domicilio del menor; repárese que puede ser cualquier persona, no necesariamente pariente del menor, aun cuando en la práctica suele designarse para este cargo a los parientes colaterales del menor, sobre todo los del tercer grado; el convocado a esta tutela debe residir en el lugar donde domicilia el menor, y ello es pertinente y necesario, pues de caso contrario, estaríamos

dando excusa al convocado para no asumir el cargo, que si bien es una carga pública, tal carga no puede perjudicar al llamado, desligándolo de su residencia habitual para ir a vivir en el lugar donde reside el menor. En cuanto al artículo 509 del código civil referido a la ratificación del tutor por el consejo de familia, lo que deberá suceder cada dos años, consideramos innecesaria la norma, y hasta ociosa, por cuanto si el consejo de familia lo nombra, dicho consejo tiene la facultad de removerlo en cualquier tiempo, si considera que no se está cumpliendo el encargo, y para ello no debe esperar los dos años, sobre el particular, el artículo 647° inciso tercero del código civil, referido a las atribuciones del consejo, señala que corresponde al consejo declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, y removerlos a su juicio.

f).-Tutela Estatal.

La inexistencia de tutores voluntarios, legítimo o dativo, e incluso el mal ejercicio de la patria potestad, va a dar lugar a que el Estado, cumpliendo su rol protector de la niñez abandonada o en peligro moral, cuide de estos menores, y este cuidado se va a realizar bajo toda una legislación especializada a favor de los menores que se encuentren en esta situación, y que es recogida por el código de los niños y adolescentes, pero igualmente lo es, a través de pautas generales establecidas por el código civil, que le dedica los artículo; 510 y 511 artículo éste que ha sido modificado por la ley 30162 referido al acogimiento familiar, figura que tiene por objeto que los niños, niñas y adolescentes que no puedan vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional y temporal con un núcleo

familiar que les permita, la restitución, el disfrute el goce y el ejercicio de su derecho a vivir en una familia, y les provea de los cuidados necesarios para su desarrollo, siempre que sea favorable a su interés superior. Este acogimiento familiar se inserta dentro de lo que prevé la Convención de los derechos del niño, a propósito de otorgar al niño que por diversas circunstancias no puede desarrollarse dentro de su familia natural a proporcionarle una familia sustitua.

La Constitución de 1993 en su artículo 4, refiere que la comunidad y el Estado, protegen especialmente al niño, al adolescente en situación de abandono; ahora bien, cómo funciona esta protección, es una pregunta que a veces resulta difícil responder, si el quehacer diario nos muestra una población infantil desvalida y sin mayor protección, sin embargo, existe toda una legislación especial, como es la ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes; que dedica varios títulos al niño abandonado moral o materialmente, así el título preliminar al referirse al niño o adolescente como sujeto de derecho y su interés superior; el libro primero en el capítulo de los derechos civiles, y en particular el derecho a la vida y su integridad, y a vivir en un ambiente familiar adecuado; en el capítulo de los derechos económicos sociales y culturales.

3.5.- Deberes y derechos del niño o adolescente bajo tutela.

Se ha señalado que la tutela entra en reemplazo de la patria potestad, por lo tanto existiría una suerte de equivalencia entre ambas instituciones, con las diferencias anotadas, por lo tanto los deberes y derechos del pupilo, serán semejantes al niño o

adolescente bajo patria potestad, pero no idénticas, sin embargo el artículo 528 del código civil refiere textualmente lo siguiente “ la capacidad del menor bajo tutela es la misma que la del menor sometido a la patria potestad”, pero si observamos con detenimiento, comprobaremos como en el título de tutela, no hay una norma que diga que el pupilo deba obediencia, respeto y honra a su tutor, como si lo hay tratándose de la patria potestad; ahora bien, el hecho de que no exista tal norma, no significa que este pupilo no deba respetar y obedecer al tutor, pues está dentro de los deberes que tiene que cumplir, no solo por gratitud, sino para posibilitar que el guardador cumpla sus funciones, entre las que están por ejemplo las educativas. Y en cuanto a los derechos del pupilo, a tenor del artículo 525 ya citado, no vamos a reproducir todos los derechos que ya hemos analizado: en patria potestad, y que vendrían a ser los mismos para el caso de la tutela adicionándole algunos propios de esta institución, y que han sido precisados en el código de los niños y adolescentes con los artículos 99 y 102, tales como: que el adolescente (lo es desde los 12 años) puede recurrir ante el juez contra los actos de su tutor, así como pedir la remoción del mismo, y participar en las reuniones del consejo de familia (por ejemplo el que se forma para des:

3.6.- Deberes y derechos del tutor.

El artículo 98 del código de los niños y adolescentes, refiere que son derechos y deberes del tutor, los prescritos en el presente código (que por cierto no señala ninguno) y en la legislación vigente, esto es, el código civil, por lo tanto al analizar este tema haremos referencia al código civil; pues bien, vamos a dividir el tema, en deberes y derechos en el orden personal y en el orden económico.

CAPITULO IV

CURATELA

4.1.- Introducción.-

Tal como ya se ha mencionado, dentro de las figuras de amparo del incapaz, encontramos a la patria potestad, dirigida al cuidado de la persona y del patrimonio del menor por parte de sus progenitores; también existe la tutela referida al cuidado del menor cuyos padres no ejercen patria potestad, aquí igualmente este amparo cubre la persona y bienes del incapaz, y por último, encontramos a la curatela, como figura de protección del mayor de edad incapaz, que no puede velar por sus intereses. Las figuras de tutela y curatela, que en Perú están bien diferenciadas, en otros países como España, y México, se trata como una sola, por cuanto ambas se dirigen a lo mismo, cuidar a un incapaz, no interesando cual sea la causa de la incapacidad.

Sin embargo, creemos que si bien es cierto, que ambas figuras se dirigen a la protección del incapaz, también lo es, que ambas presentan características propias que la distinguen entre sí, y sobre todo por cuanto, debido a esas características, las funciones del tutor y curador van a ser diferentes, por lo tanto, creemos saludable la diferencia sistemática que se da en nuestra legislación.

En efecto, la tutela se dirige a cubrir un estado de necesidad natural en el ser humano, estado de insuficiencia que no admite excepciones, mientras que por otro lado, la curatela se dirige a cubrir un estado de insuficiencia accidental, que no se da en todos los seres humanos, por lo tanto en el primer caso, las reglas son

uniformes para todas estos incapaces, mientras que en el segundo, las reglas varían en atención a los distintos incapaces a quienes se dirige la institución; así mismo en la tutela, importante resulta la función educativa del menor, función ésta que no aparece en la curatela, la cual busca principalmente defender y proteger al incapaz.

La curatela aparece por primera vez como institución en la Ley de las Doce Tablas. En un principio, se instituía solo para los casos de personas que adolecían de demencia extrema que los hacía peligrosos (*cura furiosi*), posteriormente fue ampliada para los casos pacíficos como los locos, imbeciles, las personas incapacitadas perpetuamente por enfermedades o accidentes, los insensatos o que desvariaban (*mentecatos*), los sordos, mudos, retrasados y los que no podía desempeñar sus negocios. También se instituía para aquellas personas que habiendo sucedido al padre, disipaban los bienes paternos (*cura prodigi*), y por último se establecía para los mayores de 14 años y menores de 25 años y para las mujeres, se les nombraba curadores, en atención a que por su edad, aún no podían defender sus bienes (*cura minorum*).

La curatela (*cura-curatio*), era la protección a los patrimonios necesitados de vigilancia y que estaban fuera de los casos de la tutela; sobre el particular resulta interesante como Lizardo Alzamora en su texto de Derecho Romano, nos refiere de las diferencias existentes entre tutela y curatela, y así señala que la tutela se asignaba directamente como complemento de la personalidad de los impúberes, y de un modo indirecto en guarda de sus intereses, y la curatela en beneficio directo de las púberes, que, habiendo salido de aquélla, no hubieran llegado a la edad de 25 años, o recibido del príncipe dispensa de la edad, y que necesitasen curador para gobernar

sus bienes, y de los pródigos y los locos, aun cuando tuvieran más de 25 años. La misión propia de la tutela era defender al impúber, la de la curatela cuidar de los bienes del sometido a ella. Más adelante se podrá observar cómo estos conceptos han sido superados con el tiempo, recogiendo en ambas instituciones no solo el cuidado del patrimonio, sino también la persona del incapaz.

Tal como ya se ha señalado, en otras legislaciones (España, Alemania, México, Cuba) el sistema de protección del incapaz está referido a la tutela, no haciéndose el distingo con la curatela. Así mismo las nuevas corrientes referentes al sistema de guardaduría del incapaz, han llevado a revisar la legislación vigente, y es así como en Alemania, ya en 1992, se introduce un nuevo sistema de tutela de mayores de edad, denominado *Betreuung*, conociéndose al curador como *Betreuer*, y al curado *Betreuter*, o lo que en castellano sería, asistencia, asistente y asistido. En este nuevo sistema, se trata de cambiar lo que era el objeto central del sistema anterior, en el que la protección se manifestaba en la exclusión de los afectados de la vida jurídica, en una suerte de dar a los afectados el trato de objeto de la protección tutelar: ahora, el nombramiento de asistente solo está permitido para aquellas tareas en las que existe la real necesidad de asistencia, presumiéndose que no existe tal necesidad, cuando los asuntos puedan ser atendidos por un apoderado, u otro auxiliar que no conlleven el nombramiento de representante legal, entonces se quiere evitar asistencias superfluas.

En un interesante artículo de don Jairo Cieza Mora, aparecido en la revista *Gaceta Civil*, tomo 24 del 2015, páginas del 157 al 186, a propósito del tema de los discapacitados, nos refiere de la legislación Italiana sobre el tema en mención, con

la figura de la Administración de Asistencia, según ley del 9 de enero del 2004, en cuyo primer artículo se señala el fin de regular a las personas con ciertas discapacidades, y así nos dice el citado numeral “ La finalidad de tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de hacer, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de asistencia temporales o permanentes”. Como es de verse de las legislaciones alemanas e italianas, el fin de regular la forma de actuar de las personas con ciertas discapacidades, no es privarlos de sus derechos, convirtiéndolos en muertos civiles, en tanto que son los curadores los que actúan por ellos. Se pretende no sustituir al discapacitado por el curador, sino que éste lo asista en lo necesario, pero manteniendo su capacidad de ejercicio y todo ello en aras de respetar lo que ahora nos trae nuestra ley sobre discapacidad 29973 referida a la igualdad de las personas en cuanto a ejercer sus derechos. Con la legislación vigente se produce, una suerte de discriminación con respecto a las personas con discapacidad. La idea no es sustituir al discapacitado por su curador, sino ayudarlo, asistirlo para que él pueda ejercer sus derechos.

Siguiendo estas corrientes, existen proyectos de modificación de todo el sistema legal vigente sobre la figura de la curatela, reformas sustantivas que de llegar a aprobarse, modificarían todo el conjunto de normas que ahora regulan al discapacitado, empero sobre estas propuestas que más adelante desarrollaremos, nos toca analizar, comentar y criticar lo que está vigente sobre la curatela de las personas a los que hoy llama el código civil refiriéndose a la capacidad de ejercicio, incapaces absolutos y relativos.

En Perú, como ya se ha señalado la legislación establece diferencias entre la tutela y la curatela, y lo hace en función de considerar que entre los incapaces mayores de edad, existen grados de incapacidad, lo que conlleva a la distinción entre incapaces absolutos y relativos, así como que las funciones encomendadas al guardador deberían diferir dependiendo del incapaz, sea éste absoluto o relativo.

Tema importante resulta seguir manteniendo o no las curatelas atípicas y si deben seguir siendo parte integrante del derecho de familia, sobre el particular nuestra posición es clara, en el sentido de que las funciones que se encomiendan a los curadores atípicos, podrían ser reguladas en otras ramas del derecho, más no en el de familia, en tanto que lo que atañe a la persona a quien se le designe un curador, no está presente en sus funciones, si no que éstas tienen un contenido netamente patrimonial.

4.2.- Concepto.

De acuerdo a como está regulada la curatela, ésta vendría a ser una institución de amparo del incapaz mayor de edad, y que tiene por objeto suplir la capacidad de obrar de las personas.

De esta breve definición, tomamos nota que la figura está referida al mayor de edad, que por diferentes motivos se encuentra incapacitado para ejercer sus derechos, requiriendo de alguien que lo asista, cuide y proteja en la defensa de sus intereses, y ese alguien toma el nombre de curador.

4.3.- Clases de curatela.

Para nuestra legislación, al lado de la curatela típica, esto es la de los mayores incapaces, existen otras dos, que toman el nombre de curatelas atípicas y que son la

de los bienes, y las curatelas especiales; sobre el particular, creemos que estas curatelas atípicas, no responden en esencia a lo que representa la institución de amparo del incapaz, por cuanto las funciones encomendadas a estos curadores, no tienen ninguna aplicación en el ámbito personal, que para nosotros debería ser lo trascendente e importante, por cuanto no hay que olvidarse que la curatela tiene sentido en tanto que existe una persona, que está imposibilitada de atender a sus requerimientos y necesidades, y por ello se impone la obligación de atender a este necesitado, como una suerte de carga pública.

Según el artículo 565 del código civil la curatela se instituye para:

- a) Los incapaces mayores de edad.
- b) La administración de bienes.
- c) Asuntos determinados.

Curatela para incapaces mayores de edad.-

La curatela típica para los incapaces mayores de edad comprende tres grupos de incapaces, a saber:

- ❖ Los privados de discernimiento, retardados mentales, que no saben expresarse en forma indubitable y deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- ❖ Los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos.
- ❖ Los condenados a pena que lleva anexa la interdicción civil.

El código Civil en su versión original contemplaba igualmente a los sor-dos mudos, ciegos sordos, y ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera

indubitable como incapaces absolutos, sin embargo el artículo 43 que preveía a estos incapaces ha sido derogado en lo que se refiere a ellos, derogación que se produce a propósito de la ley 29973.

Obsérvese que no todos estos incapaces se encuentran en igual situación, y por ello las funciones que se atribuye al guardador, en algunos casos el acento está dado en la defensa de la persona, ejemplo de ello lo tenemos en el privado de discernimiento, y en otros en el patrimonio del curado, verbigracia, el pródigo y el mal gestor. Otro tanto ocurre con la representación del curador, que en el caso del retardado mental con dependencia total y que por lo tanto no puede expresarse en forma indubitable, mientras que en otros, como el pródigo, la representación está dada solo en el ámbito patrimonial.

4.3.1.- Cúratela de bienes o administración de bienes.-

Esta cúratela atípica, no tiene mayor incidencia en el orden personal, pues como su nombre lo refiere solo comprende el cuidado, custodia y manejo de un patrimonio, bien o conjunto de bienes que por circunstancias particulares carecen de titular expedito, tal es el caso por ejemplo, del desaparecido que por obvias razones no puede estar al frente de su patrimonio, en tal situación se ha visto por conveniente que alguien cuide ese patrimonio, y ese alguien viene a ser el curador de bienes, limitándose sus funciones solo al gobierno de esos intereses económicos, mas no tiene ninguna función que cumplir con respecto a la persona del titular de ese patrimonio, de allí la de-nominación de cúratela atípica.

4.3.2.- Cúratela para asuntos determinados.-

Esta cúratela atípica, conocida como cúratela especial, pues el encargo que se otorga al curador es para una situación determinada, específica, “especial”, ordinariamente está referida al cuidado de bienes o intereses económicos de una persona, que puede ser un incapaz que tiene a sus padres en pleno ejercicio de la patria potestad, o sujetos a una tutela o una cúratela típica, e incluso puede tratarse de una persona capaz, que está circunstancialmente impedida de atender personalmente un asunto determinado o designar apoderado, pues bien en todos estos casos se nombra al curador, a quien se le encarga en forma específica, el asunto que no puede o no conviene que sea atendido por el guardador o la persona capaz; terminado el encargo, habrá terminado igualmente las funciones del curador especial. Ejemplo de esta cúratela especial, la encontramos en el supuesto del artículo 460 del código Civil, referido a la oposición de intereses entre padre e hijos, resolviéndose por designar a un curador especial que se encargue del interés del menor que está en franca oposición con el del padre, pues bien superado la diferencia, u oposición de intereses, habrá terminado la cúratela especial.

4.3.3.- Caracteres de la cúratela.

La cúratela viene a ser una carga pública, pues el guardador asume la obligación de cuidado del incapaz, en lo personal como en lo económico, si se trata del incapaz absoluto, o cuidado de intereses económico si se trata del incapaz relativo, tal es el caso, verbigracia, del pródigo; pues bien, esta carga pública implica dedicación y tiempo a emplear por el curador, por ello la denominamos carga y pública, pues es impuesta por la ley a determinadas

personas, con el objeto de proteger al incapaz, que no puede valerse por sí mismo, y este estado de insuficiencia, es recogido por el legislador, llamado a cautelar a los desvalidos a fin de que no sean utilizados ni aprovechados por personas inescrupulosas.

De lo señalado, colegimos que en la curatela está presente un interés colectivo y no solo individual, por cuanto interesa a la sociedad que ese encargo se cumpla con eficiencia y a favor del curado y no del curador; este interés social lleva a que el cargo de curador sea obligatorio, y por lo tanto no está en el designado la posibilidad de aceptar o rechazar el cargo, sino que su asunción es obligatoria. Por otro lado, al interesar a la sociedad el ejercicio del cargo de curador, por lo tanto surge la vigilancia del desempeño del cargo, lo que implica una fiscalización permanente del curador por parte del Juez, el consejo de familia y todo aquel que tenga legítimo interés.

El cargo de curador es personalísimo, significando ello que el designado debe cumplir el encargo personalmente, sin la menor posibilidad de que lo delegue a otro, lo cual no significa que el curador pueda contratar administrador a fin de que se ocupe de un interés del patrimonio, cuando el guardador no tenga los conocimientos suficientes, sin embargo, en ese caso, él sigue siendo responsable del cargo. En cuanto al desempeño del cargo, generalmente es unipersonal, esto es, que el cargo de curador es desempeñado por una persona, y no por varias personas, lo que significaría un desempeño plural del cargo, esto último solo se da como excepción a propósito de la curatela testamentaria, en el que el testador designa para el ejercicio del cargo a dos o

más personas, sin establecer el orden en que serán llamados, entonces el ejercicio del cargo será mancomunado. El desempeño del cargo de curador, implica como ya se ha establecido dedicación y tiempo, por lo tanto el curador debería recibir una remuneración por este encargo, y efectivamente en nuestra legislación el cargo de curador es remunerado, excepto cuando se trata de la curatela legítima, en la que el desempeño del cargo recae en familiares próximos y directos del curado, caso en el cual el auxilio se da como un imperativo moral antes que legal.

Con referencia a la representatividad del guardador, ésta no es uniforme, sino que varía, dependiendo del grado de incapacidad del curado, así tenemos que en el caso del privado de discernimiento por cualquier causa, la representación del interdicto es total, por tratarse de un incapaz absoluto, mientras que si se trata del mal gestor, la representación es limitada, esto es que solo se circunscribe a asistir al incapaz en lo concerniente a su patrimonio, pero en lo personal no hay función que cumplir.

4.3.4.- Impedimentos y excusas de los curadores.-

Si el cargo de curador es obligatorio, pareciera un contrasentido referirnos a los casos de excusas, y en menor grado hablar de impedimentos, sin embargo si tiene sentido, por cuanto se trata de que el designado sea una persona hábil y competente, y sin intereses encontrados, a fin de que el ejercicio del cargo se haga en condiciones óptimas a favor del incapaz, por ello el llamado a la curatela debe ser una persona que reúna condiciones de aptitud, que haga vislumbrar que el cargo será desempeñado eficientemente.

En este contexto, y teniendo como base el artículo 568 del Código Civil, norma que nos permite aplicar las disposiciones de la tutela, señalamos que están impedidos de ejercer el cargo de curador los siguientes: los menores de edad, los interdictos, los deudores y acreedores del curado, ni los fiadores de los primeros, los que tengan intereses contrarios al interdicto, los enemigos del curado, los que han sido excluidos expresamente por el padre o madre del interdicto, los quebrados, los condenados por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, o contra el patrimonio o contra las buenas costumbres, las personas de mala conducta notoria, los que fueron destituidos de la patria potestad o de la tutela. Estos impedidos no deben aceptar el cargo, y si el impedimento les sobreviniera cuando están ejerciendo el cargo deben renunciar al mismo, de lo contrario estarían incurso en una causal de remoción.

Siendo el cargo de curador una obligación, que descansa en la solidaridad social, sin embargo no debe terminar perjudicando al designado; en efecto la sociedad no desea que por cumplir un deber social, quien lo asuma deba luego perjudicarse, y por ello permite, que cuando exista causas razonables, el llamado a la curatela pueda excusarse de aceptar el cargo; en este punto resulta necesario reiterar las diferencias entre excusa y renuncia, así tenemos que la renuncia obliga al convocado a no aceptar el cargo o a apartarse del cargo si lo estuviera ejerciendo, mientras que la excusa permite, no obliga, al llamado a no aceptar el cargo. La renuncia mira más al interdicto, cerrando el paso a aquel que no reúna los requisitos, mientras que la excusa mira más los

intereses del convocado a la curatela, permitiéndole no asumir o a retirarse del cargo.

Pueden excusarse del cargo de curador, los extraños, si hay en el lugar pariente consanguíneo del curado, los analfabetos, los que padecen enfermedades crónicas, los mayores de 60 años de edad, los que no tienen domicilio fijo por razón de sus actividades, los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la curatela, los que tienen más de 4 hijos bajo su patria potestad, los que ya hayan sido tutores o curadores, y los que desempeñen función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la curatela.

4.4.- Requisitos previos para el ejercicio del cargo de curador.

El convocado a la curatela, antes de comenzar a ejercer el cargo deberá satisfacer ciertos requisitos, todos ellos previstos a favor del curado, y estos requisitos son: inventario, ofrecimiento de garantía, y discernimiento del cargo e inscripción en el registro personal, pero igualmente existen requisitos a cumplir en pleno ejercicio del cargo, como lo es la rendición de cuenta periódicas, y por último al finalizar el cargo, con la rendición de cuenta final: ahora bien, no todos estos requisitos se impone a los curadores, sino que estas exigencias dependerán de quien ejerce el cargo, por ejemplo, en el caso del padre o madre que ejerce el cargo de curador respecto de su hijo, entonces no tienen que inventariar, ni ofrecer garantía, ni rendir cuentas periódicas pero si el cargo es ejercido por un extraño al curado, entonces todos estos requisitos deberán ser satisfechos.

4.4.1.- Inventario.-

Es judicial, y debe comprender la relación detallada de los bienes muebles e inmuebles del curado, siendo aconsejable que al inventario se acompañe una tasación de los bienes; ahora bien, de conformidad con el artículo 574 del código civil, si el curador es el cónyuge del incapaz, entonces está exentado de inventariar los bienes, así como igualmente lo están los padres que ejercen la curatela del hijo, y ello en estricta aplicación del artículo 575 del código civil que manda aplicar las reglas de la patria potestad, cuando se trate de curatela respecto de los hijos mayores de edad incapaces, lo que supone que solo procedería el inventario, cuando el padre o madre enviuda o se divorcia de conformidad con el artículo 441 del código civil.

4.4.2.- Garantía.

Para las resultas de la gestión del curador se prevé una garantía de preferencia real, y si no hubiera bienes, entonces una garantía personal, sin embargo están exentas de ella, los curadores legítimos del incapaz, esto es, el cónyuge, padres, descendientes, ascendientes y hermanos, salvo que el Juez a pedido del consejo de familia resuelva lo contrario, tal como lo consigna el artículo 579.

4.4.3.- Discernimiento del cargo.-

Acto por el cual el convocado a la curatela jura ante el Juez, cumplir fielmente el cargo de cuidar la persona y bienes del curado, así como declara si es o no acreedor o deudor del incapaz y por qué cantidades. Este acto es importante, y obliga al convocado a realizarlo y posibilita que todo aquel que tenga

legítimo interés pueda solicitarlo. El acto de discernimiento se inscribe en el registro personal, para garantía del curado, curador y terceros. Aquí no hay distinciones, todo aquel convocado a la curatela tiene que cumplir con esta obligación, la misma que se verifica dentro del mismo proceso de interdicción, levantándose acta por el juez de familia.

4.4.4.- Rendición de cuentas periódicas.

Para conocer la marcha de la administración, resulta importante se cumpla con esta obligación, a fin de tomar las providencias del caso; estas cuentas deben ser rendidas judicialmente, sin embargo están exonerados de ella el cónyuge y los padres, en estricta aplicación de los artículos 574° y 575° del Código Civil.

Además de estos requisitos, existe otro, mucho más trascendente y que es previo al ejercicio del cargo de curador, esto es, la declaración de interdicción del incapaz, tal como lo ordena el artículo 566° del código civil que a la letra dice “ no se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8vo del artículo 44°; la alusión al artículo 44 del código civil referido a los incapaces relativos, y a su inciso 8vo, es porque los condenados sufren restricción de sus derechos por mandato de la sentencia que los condena, no requiriendo de proceso civil adicional para privarlos de sus derechos.

4.4.5.- Declaración de interdicción del incapaz.

La capacidad en general denota la idea de una facultad o de una aptitud, ser capaz, importa tener un derecho, o bien habilidad o aptitud para ejercerlo. Suele clasificarse la capacidad como de goce, y de ejercicio; en cuanto a la primera, es la aptitud de ser sujetos de derechos y obligaciones, y la segunda está referida a la posibilidad de obrar esos derechos. No hay en el derecho incapacidad de goce, pues por el hecho de ser personas, somos entes de imputación de derechos y obligaciones, más si existe incapacidad de ejercicio, por que el sujeto afectado por ella no desaparece como ente de derecho (al menos eso es lo que debería ocurrir), empero según legislación vigente se le sustituye en el ejercicio de sus derechos por otro que actúa en nombre y por cuenta del incapaz.

La interdicción está referida a la incapacidad civil, estado de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz privándola del ejercicio de ciertos derechos.

Refiere el artículo 566 del Código civil, que no se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción salvo en el caso del penado, cuya situación de limitación de sus derechos viene impuesta por la condena penal.

El Código Procesal Civil señala el trámite del proceso sumarísimo para la declaración de interdicción.

En efecto, el artículo 581 de este código refiere que procede la demanda de interdicción en los casos del privado de discernimiento por cualquier causa, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos; de esta relación se ha excluido a los sordo mudos, ciego sordos y ciego mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, exclusión dada en virtud de la ley 29973 sobre discapacidad.

La demanda se dirige contra el presunto interdicto, así como aquellos que teniendo derecho a solicitarla no la hubiesen hecho. A la demanda se acompaña, si se trata de los pródigos y los de mala gestión, los documentos que acrediten los hechos que se invocan, esto es, en el caso de los pródigos la dilapidación de bienes que exceden de su porción disponible, y en el caso de mala gestión, la pérdida de más de la mitad de sus bienes teniendo herederos forzosos; en ambos casos se ofrecerá la declaración de no menos de 3 testigos, obsérvese que en esta clase de cúratelas, el propósito es la defensa de los derechos de los herederos forzoso, que lo son los descendientes de presunto interdicto, sus ascendientes, su cónyuge o si fuera el caso su concubina debidamente registrada como tal. En los demás casos de los incapaces, se acompañará la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto. Por último el artículo 583 de este cuerpo legal, refiere que cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona.

La ley faculta al Juez para privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles al presunto interdicto y darle un curador interino, tal como lo establece el artículo 567 del código Civil; esta facultad del juez puede ejercerse en cualquier estado del proceso.

4.5.- Curatela de los privados de discernimiento, retardados mentales, y deterioro mental.-

En atención a lo señalado en los artículos 564°, 565° y 571° del Código Civil, el primer grupo de incapaces mayores de edad para quienes se instituye una curatela típica son los siguientes:

- a) Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.- sobre el particular debemos señalar que no interesa la causa de la privación, más si se requiere que tal situación sea de carácter permanente
- b) En el caso de los sordo mudos, ciegos sordos y ciego mudos, ya no es posible su declaración de interdicción por propio mandato de la ley 29973, disposición con la que guardamos distancia, en atención a que este supuesto estaba dado no por la privación de la facultad, sino por el hecho que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, y por ello no se conoce si desean o no realizar acto alguno. Fernández Sessarego indica que no será suficiente que el Juez verifique el estado, sino que será necesario que precise en qué medida tal estado incide en su vida de relación.
- c) Los retardados mentales.- el desarrollo intelectual de estos incapaces es deficiente en relación con su edad. Sobre el particular y tal como cita Jairo Cieza en artículo ya referido sobre discapacidad y que aparece en la revista Gaceta Civil, tomo 24, de junio del 2015 existen grados de retardo mental, así tenemos el retraso mental leve, moderado, grave y profundo, y todos ellos en función del CI, cociente de

inteligencia según la edad de la persona, y esto nos lleva a inferir que no todos los retrasados van a estar sometidos al proceso de declaración de interdicción y sometimiento a curatela.

- d) Deterioro mental que impide expresar la libre voluntad.- estos incapaces no están privados totalmente de discernimiento, solo existe un impedimento para expresar el libre querer.

Ahora bien, lo que califica a estos incapaces para ser declarados interdictos y se les provea de curador, es que no puedan dirigir sus negocios (si los tuvieran), que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanente; o que amenacen la seguridad ajena, como es de observar estas exigencias vienen a ser una suerte de condiciones para que la persona que tenga estas discapacidades puedan ser sujetos a interdicción.

Es natural que en algunos casos, se presente duda sobre el grado de incapacidad de estas personas, pues bien, en esta circunstancia el artículo 581 del código civil faculta al Juez al declarar la interdicción, fijar la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad, obviamente en estos casos el Juez será apoyado por el profesional pertinente. También es posible y dentro del proceso de interdicción, que el juez extienda los alcances de la curatela, a pedido del curador y por razones justificadas.

Quien puede pedir y a quien corresponde ejercer la curatela.- Según el artículo 583 del código civil, pueden solicitar la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público. En lo que toca al cónyuge, es explicable la norma que le concede la primera opción, por cuanto el deber de asistencia que impone el

matrimonio, lo obliga a cuidar la persona y bienes de su consorte; ahora bien, la norma no se ha puesto en el caso de una unión de hecho debidamente inscrita como tal, por ello nuestro parecer es que, si fuera el caso, correspondería igualmente al concubino (a) solicitar la curatela de su compañero (a) que ha devenido en incapacidad; en lo que toca a los parientes, nos remitimos al artículo 236 del mismo cuerpo de leyes, comprendiéndose dentro de esta relación o conexión familiar, a los ascendientes y descendientes ilimitadamente, y a los parientes consanguíneos colaterales hasta el cuarto grado, todos los cuales, como resulta natural, tienen interés legítimo, económico o moral respecto del incapaz. En lo que respecta a la intervención del Ministerio Público, debemos tener en cuenta el artículo 583 del código Procesal Civil, norma que lo faculta a solicitar la interdicción, solo cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, facultad ésta que como es de verse del citado artículo, se extiende incluso a cualquier persona.

4.5.1.- A quien compete ejercer la curatela.

Para conocer a quien compete ejercer la curatela, debemos referirnos a las clases de curatela que contempla nuestra legislación, a saber: Curatela Legítima, Testamentaria, y Dativa, ahora bien, por ley 29633 faculta a la persona en plena capacidad de ejercicio, y en un acto de previsión, nombrar por escritura pública a su propio curador, en previsión de ser declarado interdicto en el futuro, por lo tanto solo si no hubiera designación de curador por el mismo interesado, corresponde ejercer el cargo del mismo, según lo dispone el artículo 569, modificado por la ley 29633 a las siguientes personas, según la clase y prioridad de las curatelas.

4.5.2.- Cúratela legítima.

En lo que toca a la persona que desempeñará el cargo, éste será ejercido en el siguiente orden:

- a) El cónyuge no separado judicialmente.- lo que implica que aun cuando estén separados de hecho pero sin resolución judicial, persiste la obligación de ejercer el cargo, por el deber de asistencia que impone el matrimonio, y que va a significar tomar a su cargo y cuidado al incapaz, aun cuando podría resultar contraproducente, pues la separación podría trasuntar una desarmonía e intereses en conflicto, sin embargo si al desempeñarse el cargo no se hace diligentemente, hay medidas para exigir cuentas, e incluso para la remoción, sin perjuicio de la responsabilidad.
- b) A los padres.
- c) A los descendientes, prefiriéndose en este caso al más próximo a más remoto y en igualdad de grado al más idóneo, señalando la norma que la preferencia la decidirá el Juez oyendo al consejo de familia.
- d) A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación a conforme al punto c.
- e) A los hermanos.

Este orden es de prelación; ahora bien, cuando no hay ninguno de los parientes mencionados, permite la ley llamar al curador designado en testamento o escritura pública por los padres.

4.5.3.- Cúratela testamentaria o escrituraria.-

Obsérvese que a diferencia de la tutela, se ha invertido el orden t asa ejercer el cargo, pues en ésa, prevalece la tutela testamentaria sobre cualquier otra, mientras que en la cúratela, primero se convoca a los parientes ya citados, y que reciben el nombre de cúratela legítima, y solo en defecto de estos, ingresa la cúratela testamentaria o escrituraria; ahora bien, se explica ello, por cuanto ante la insuficiencia, incapacidad de uno de los parientes, los integrantes de los llamados a socorrer a estos incapaces son los integrantes de la familia, como un que impone la comunidad de sangre, o el matrimonio según sea el caso.

Refiere el artículo 572 del Código Civil, que solo procede la designación de curador testamentario o escriturario, respecto de los padres que hubieran ejercido patria potestad sobre el hijo o hija, cuya interdicción se solicita, dicho en otros términos, si uno de los padres o los dos fueron en su oportunidad suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, ese o esos padres no tendrán derecho de designar curador al hijo mayor incapaz, a no ser que hubieran sido restituidos en el ejercicio de la patria potestad. Por otro lado, si ambos padres hubieran designado curador, valdrá la designación efectuada por el último, esto es, por el padre que sobrevivió al otro.

4.5.4.- Cúratela dativa.

A falta de curador legítimo, testamentario o escriturario, la cúratela corresponde al que designe el consejo de familia, pudiendo recaer el nombramiento no necesariamente en un pariente del incapaz, y requiriéndose para la designación que el convocado resida en el mismo lugar donde vive el interdicto.

4.5.5.- Cúratela interina estatal.-

Si se trata de un incapaz que se encuentre internado en un establecimiento especial, quizás un asilo, la ley refiere que los directores de ese establecimiento actúan como curadores legítimos interinos, entendiéndose que si fuera el caso, oportunamente deberá designársele curador permanente, sin embargo si no fuera procedente la cúratela legítima, ni testamentaria, ni dativa, debemos concluir que este incapaz solo tendrá como curador provisional al director del asilo en el que se encuentra recluso.

4.5.6.- Funciones del curador.

En general están referidas al cuidado de la persona y bienes del incapaz, a veces con mayor acento en una u otra.

- a) **Atribuciones referente a la persona del incapaz.-** principalmente el deber de protección es esencial en esta figura de amparo, por cuanto se trata de una persona que no puede valerse por sí mismo; dentro de las funciones también destaca, si fuera posible, proveer lo necesario para la curación o el restablecimiento del interdicto, dedicando al efecto, los frutos de los bienes del incapaz, y en caso necesario y con autorización judicial, los capitales; ahora bien, dependiendo del grado de incapacidad, y de la peligrosidad que pudiera presentar el curado, se faculta al curador, con la autorización judicial respectiva, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y si nos lo hubiere, con audiencia del consejo de familia, el internamiento del incapaz en un establecimiento especializado.

- b) **Atribuciones relativas a los bienes del incapaz.-** generalmente serán la de asistirlos en su negocio, o si fuera el caso, asumir su representación según el grado

de la incapacidad. Las atribuciones patrimoniales del curador serán las que conforme al artículo 581 del código civil, las señale el Juez, en cada caso, al instituirse la curatela o aclararse la misma. Podríamos señalar que estas atribuciones radican fundamentalmente en la administración de los bienes del curado, y excepcionalmente, y con autorización judicial, al gravamen y disposición de los mismos.

4.5.7.- Invalidación de los actos anteriores.

La incapacidad preexiste a la designación del curador, por lo tanto no se trata de que una declaración de interdicción y el nombramiento del curador, conviertan recién al incapaz como tal; esta circunstancia nos conduce a pronunciarnos sobre los actos que pudo realizar el incapaz antes de la designación del curador, actos que pueden haber comprometido gravemente el patrimonio; en efecto el artículo 582 del código civil, prevé esta situación al señalar que los actos anteriores a la interdicción, pueden ser anulados si la causa de ésta existían notoriamente en la época en que se realizaron.

Del análisis del texto legal se desprende que no se establece término alguno respecto del acto cuya nulidad se solicitará, sino que basta que la incapacidad del agente sea manifiesta cuando celebró el acto, lo que nos lleva a un problema de prueba respecto del tercero que contrató con el incapaz, esto es, si él, estuvo en condiciones de conocer la incapacidad o no; ahora bien, ello dependerá del grado de incapacidad del celebrante del acto, no olvidemos que la misma legislación separa a los incapaces en absolutos y relativos, tal como es de verse de los artículos 43 y 44 del código civil. Pese a lo difícil que puede resultar la prueba de la notoriedad de la

incapacidad en el momento de la celebración del acto, creemos que la posibilidad de invalidar el acto, termina siendo una garantía importante para el incapaz, en vista de la protección de su patrimonio y un deber del curador, como el llamado a cuidar los intereses del curado, no solo desde que es nombrado, sino también respecto de los actos anteriores que pudo haber celebrado.

4.6.- Curatela de los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos.-

Siempre dentro de la curatela típica, ahora nos ocuparemos de otros incapaces que si bien es cierto difieren en cuanto al primer grupo ya estudiados, en razón del grado de incapacidad, no es menos cierto que igualmente requieren de un tercero que los proteja, empero esta protección se va a dar principal-mente, sino exclusivamente en lo concerniente al patrimonio del curado, y en defensa de los derechos de los herederos forzosos de este incapaz.

4.6.1.- Pródigo.

Para los efectos de la curatela es el dissipador que mediante actos irracionales, irresponsables o que denotan ligereza o falta de ponderación del valor de las cosas, dilapida bienes que exceden de su porción disponible teniendo cónyuge o herederos forzosos, tal como lo describe el artículo 584 del código civil. El pródigo es el derrochador de sus bienes, el que hace gastos excesivos o frívolo consumo de sus bienes, aquel que no tiene un concepto claro del valor de las cosas, y por ello los dilapida; algunos llegan a decir que en la prodigalidad hay una suerte de desarreglo mental, una falsa concepción de la riqueza. Resulta interesante para conocer algunos casos de prodigalidad, los que consignó el código civil de 1852 que en su artículo 19 decía que la dilapidación podía consistir en : pérdidas de juego, gastos de saraos, paseos,

convites o mujeres públicas, obsequiar a personas quien no se debe obligación, después de haber donado lo que, conforme al código se permite donar, en comprar cosas por doble valor del que tienen, en venderlas por menos de la mitad de su valor, en obligarse por cantidad que no se ha recibido y en cualquiera otros gastos habituales para satisfacer vicios; como es de observar algunos pueden seguir considerándose como actos de prodigalidad, otros en cambio no tienen la característica de la disipación. El código civil de 1936 y el vigente de 1984 no consignan listas de actos que constituyan prodigalidad, quedando a criterio del juez considerarlos tales, si es que están dentro de la definición de prodigalidad.

En lo que toca a la dilapidación de bienes que exceden de su porción disponible, debemos decir que el legislador introduce un concepto del derecho sucesorio, al referirse a la porción disponible, esto es, cuota o parte del patrimonio del causante que es de su libre disponibilidad, porción que puede ser de un tercio, si los herederos forzosos, son descendientes y/o cónyuge o concubino(a), o la mitad si los herederos forzosos son ascendientes; ahora bien, merece crítica la distinción que trata de hacer el legislador cuando dice “cónyuge o herederos forzosos”, por cuanto el cónyuge es también un heredero forzoso tal como lo consigna el artículo 724 del código civil.

La razón de ser de la referencia del legislador a normas de sucesiones sobre cuota disponible, herederos forzosos y demás, resulta lógica en tanto que se trata de proteger los derechos expectaticios de los herederos forzosos, que se verían vulnerados si es que no hubiera una norma que impida al dilapidador

que malgaste y pierda su patrimonio, en atención a que parte de ese patrimonio, corresponderá a esos herederos forzosos, cuando ocurra la apertura de la sucesión del causante.

4.6.2.-Mal gestor.

Tal como lo describe el artículo 585 del código civil, es la persona que no a causas o factores extraños o ajenos a él, sino por falta de aptitud, vocación o idoneidad para el manejo de negocios o bienes, llega a perder más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Interesa comentar y distinguir la situación del mal gestor respecto del pródigo; en efecto en el caso de éste, su desarreglo mental, si cabe el término gira en torno a no apreciar el valor de las cosas y por ello el derroche de los mismos, mientras que en aquél, si hay concepto claro del valor de los bienes pero no hay diligencia, conocimiento, pericia para administrar esos bienes y es esta impericia la que lo lleva a perder parte de su patrimonio; por otro lado, en el caso del pródigo, la ley para considerarlo como tal pone un límite de pérdida de los bienes, esto es, porción disponible (puede ser un tercio o mitad de su patrimonio dependiendo de la calidad de los herederos) existiendo herederos forzosos, mientras que en el caso del mal gestor, la pérdida la refiere a la mitad del patrimonio existiendo herederos forzosos, en consecuencia el legislador está considerando más grave la situación del pródigo, mientras que en el caso del mal gestor, situación difícil de dilucidar, y por ello se deja al arbitrio del juez apreciar la mala gestión, se le da mayor

campo de acción, pues para considerarlo como tal, la pérdida debe ser superior a la mitad de sus bienes.

Tema relevante, y no tratado por el legislador, es la carencia de herederos forzosos en este tipo de incapaces, en esa situación como no se estaría afectando los derechos que tendrán sus herederos forzosos, en tanto que no los hay, entonces no debería proceder la declaración de interdicción, sin embargo somos de opinión que la no existencia de herederos forzosos no implica que no haya herederos legales y con legítimo derecho a reclamar, porque serán ellos los que terminarían heredando al presunto interdicto; ahora bien si no hubiera ningún sucesor, entonces toca a la sociedad velar porque no se genere situaciones de pobreza extrema de estas personas, y que más adelante se conviertan en cargas, por ello creemos que ante el supuesto planteado, correspondería actuar al representante de la sociedad de beneficencia pública, en tanto que siguiendo las normas de la sucesión, sería ésta la que terminaría heredando al causante que deja patrimonio y no hay herederos que reclamen estos bienes.

4.6.3.- Ebrio habitual.

Es el bebedor consuetudinario, que a consecuencia de su vicio llega a exponerse o a exponer a su familia a caer en la miseria, necesitando asistencia permanente o a lo mejor constituye una amenaza a la seguridad ajena. El ebrio habitual de que trata el legislador es el alcohólico, el dependiente del licor; en éstos aparece una gran obnubilación del intelecto; el bebedor lo puede hacer por días y luego abstenerse temporalmente, otros en cambio tienen un proceso gradual. Por lo general estos incapaces no tienen voluntad propia, sobre los

cuales se pueden aprovechar personas inescrupulosas, en tanto que son fácilmente sugestionables. Nuestra posición sobre estas personas es que cualquier acto jurídico que se celebren se puede impugnar porque no hay en ellos un libre consentimiento.

El artículo 586 del código civil, al referirse al ebrio habitual alude al peligro de que el vicio lo conduzca a caer en la miseria, por lo tanto resulta lógico proveerlo de una persona, que lo cuide, a fin de que ese riesgo de la miseria no se convierta en realidad, así mismo, y ya en lo personal, la norma hace mención a que el vicioso requiera asistencia permanente o quizás constituya una amenaza a la seguridad ajena; sobre el particular, debemos señalar que el dependiente del alcohol, no tiene voluntad propia, y el descuido personal puede ser tal, que el vicio lo lleve a contraer una serie de enfermedades, incluso con pérdida de su salud mental, convirtiéndolo en algunos casos en seres peligrosos; por todo ello se hace necesario el nombramiento del curador.

Resulta curioso como el legislador en este caso, al referirse al alcohólico alude al término familia y no a herederos forzosos, como si lo hace a propósito del mal gestor y pródigo, pues bien, el término familia comprende a un número mayor de parientes, familiares que directa o indirectamente dependen del vicioso.

4.6.4.-Toxicómano.

Su sinónimo es el drogadicto; lo que caracteriza a este vicioso, son los trastornos mentales producidos por la fármaco dependencia, que los lleva a ser personas carentes de voluntad propia y expuestos a los riesgos de pérdidas

patrimoniales, y en lo personal, al compromiso de su salud física y mental, además de que esa dependencia es fuente de actos que lindan con lo legal y moral.

El legislador lo describe como, aquel que a causa del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace .a seguridad ajena.

Resulta claro el trato legal igualitario del toxicómano con el ebrio habitual, radicando la diferencia únicamente en la causa material del vicio, por lo tanto, el comentario que hicimos respecto al porqué del nombramiento de curador, y el término familia con respecto al ebrio habitual, también se aplica al toxicómano.

4.6.5.- Quienes pueden pedir la interdicción.

Este tema se desarrolla por separado, agrupando a los pródigos conjuntamente con el mal gestor, y por otro lado está el grupo de los ebrios habituales y toxicómanos; se explica la diferencia en el trato legal, por cuanto la causa que conduce a la interdicción, en el caso de los pródigos y malos gestores, está referida a un problema de orden patrimonial, mientras que en los segundos, la causa la constituye un vicio que termina siendo gravitante para la salud de los ebrios habituales y toxicómanos, y por ello en unos existe amplitud en cuanto a la posibilidad de acción, mientras que en los otros se reduce el número de personas para accionar.

En efecto según el artículo 587 del código civil, pueden pedir la curatela del pródigo y del mal gestor solo (término excluyente) su cónyuge, sus herederos

forzosos, y por excepción el Ministerio Público de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados. En el caso del cónyuge, ya nos hemos referido que éste también es heredero forzoso, por lo que es ocioso nombrarlo, baste decir que el cónyuge no separado judicialmente tiene esta acción, y reiterar el concepto del concubino(a) debidamente registrado y que igualmente, si fuera el caso, tendría derecho de accionar, y en cuanto a los herederos forzosos, éstos son como ya se dijo, el cónyuge, descendientes y ascendientes del interdicto, todos ellos con legítimo interés económico y moral para accionar; ahora bien, si éstos fueran incapaces, entonces se posibilita la acción de oficio por el Ministerio Público o a solicitud de algún pariente, dentro de los alcances del artículo 236 del código civil. Sin embargo, cabe preguntarnos qué ocurre si el pródigo o el mal gestor no tienen herederos forzosos, en esta situación nadie podría accionar, con lo cual se estaría condenando a que se produzca la miseria de estas personas; sobre el particular, creemos que estarían legitimados para accionar los llamados a una sucesión en calidad de herederos legales, y si no los hubiera entonces tocaría al representante de la beneficencia pública, como ya lo hemos comentado, sin embargo no habría que dejar de lado, que igualmente correspondería al Ministerio Público, una tarea de defensa de intereses de terceros, para que no terminen siendo una carga para la sociedad, pero reconocemos que el tema es delicado y la prudencia debería ser la mejor guía para la intervención de las autoridades.

En lo que se refiere al ebrio habitual y al toxicómano, pueden pedir la interdicción su cónyuge, los familiares que dependan de él, y por excepción

el Ministerio Público, por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados, o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena; sobre el particular el artículo 583 del Código Procesal civil, refiere que cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona. Al emplear el término familiares el legislador está posibilitando una mayor apertura en cuanto a la acción pues debemos entender que éstos son, los que vivan con el interdicto, o que de alguna manera dependan directa o indirectamente del vicioso, y por lo tanto con legítimo interés para accionar.

A quien corresponde el ejercicio de la curatela.

4.6.6.- Funciones del curador. -

Para el doctor Fernández Sessarego, los casos de prodigalidad y mala gestión constituyen desarreglos mentales, y por ello se hace necesario la designación de un curador; nos permitimos discrepar con esta opinión en cuanto se refiere al mal gestor, pues si bien es cierto que el pródigo si puede constituir un caso de desorden mental en tanto que no tiene una apreciación razonada del valor de las cosas y de allí el despilfarro, mas no creemos que ello ocurra cuando se trata del mal gestor, en el que no está ausente el concepto real del valor de los bienes, sino que lo que ocurre es una deficiencia o incompetencia para administrar o dirigir negocios y de allí la pérdida de parte de su patrimonio; en todo caso obsérvese que en ambos interdictos, lo relevante es evitar que se pierda el total del patrimonio pues se estaría afectando a los herederos forzosos del curado, en consecuencia lo que hay detrás de la curatela es un

interés patrimonial antes que personal, y por ello deberá prohibirse al incapaz que practique sin consentimiento de su curador actos de disposición o gravamen, e incluso litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, pudiendo el Juez inclusive, limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración; ahora bien, en lo que atañe a lo personal, el curador no tiene funciones que cumplir, pues se entiende que allí no radica el problema, sin embargo el artículo 592 del código civil, refiere que el curador representa legalmente a los hijos menores del incapaz, con lo cual se deja entrever que se suspende el ejercicio de la patria potestad respecto del padre, o madre incapaz, posición ésta que se ve reafirmada con lo dispuesto por el artículo 75 inciso a del código de los niños y adolescentes.

Varía ostensiblemente la situación cuando se trata del ebrio habitual y toxicómano, en los que, como ya lo hemos comentado, el problema cubre no solo el aspecto patrimonial de los interdictos, sino también el aspecto personal, y por ello las funciones del curador no deben limitarse a administrar el patrimonio del interdicto, sino también a cuidar su persona, y por ello el artículo 590 del código civil, refiere que el curador del ebrio habitual y del toxicómano, debe proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación, y en casos especiales y con licencia judicial o audiencia del consejo de familia, la de internarlo en un establecimiento adecuado. En consecuencia, las funciones del curador están referidas al cuidado del patrimonio del curado, impidiendo que se grave o disponga de los bienes, así como la de litigar, e incluso el Juez puede limitar

la administración total del patrimonio, encargándosela al curador, quien así mismo representa legalmente a los hijos del curado (se entiende cuando no se ejerce patria potestad por el otro cónyuge), y en lo concerniente a la persona del interdicto, las obligaciones de cuidado, socorro, defensa están presentes.

Los actos que practique el incapaz sin autorización del curador, carecen de validez, y las personas llamadas a pedir la interdicción y el curador, son las que tienen legítimo interés para demandar la anulación de esos actos que comprometan el patrimonio, así reza el artículo 594 del código civil.

4.6.7.- Qué sucede con los actos anteriores a la interdicción.

Sobre el particular el artículo 593 del código civil, preceptúa que los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción, no pueden ser impugnados por esta causa; los del ebrio habitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria.

Entendemos la diferencia que hace el legislador, separando por un lado a los pródigos y malos gestores, y por otro lado a los ebrios habituales y toxicómanos, anulando los actos de estos últimos si la causa de interdicción era notoria, y declarando la eficacia de los actos de los primeros; en efecto, tratándose de los pródigos y malos gestores, la causa de interdicción viene a ser un problema de orden económico, referido a la pérdida de un porcentaje de su patrimonio, por lo tanto, en la medida que no se exceda el límite fijado por ley, no hay interdicción, además que estos incapaces no presentan alteraciones en su organismo psicosomático notorios y públicos, que puedan

ser de conocimiento de terceros que contraten con ellos, es por eso que el legislador prefiere que estos actos no se puedan atacar pues implicaría gran inestabilidad e inseguridad jurídica. Caso diferente es el de los ebrios habituales y toxicómanos, en los que no solo es el problema de orden patrimonial sino también el personal, pudiendo estos últimos ser notorios y con posibilidad cierta de ser conocidos por terceros, y si ello fuera así, entonces sí sería procedente solicitar la anulación de estos actos, aun cuando peligrosamente no se señala el término en el cual estos actos pudieron realizarse, poniéndose acento solo en la notoriedad de la causa de la incapacidad; como es de observar el problema será fundamentalmente de probanza.

4.7.- Curatela del penado.

Refiere el código civil en el artículo 44 inciso 8vo, que son relativamente incapaces los que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil, mientras que el artículo 595 señala que ejecutoriada la sentencia penal que con lleva la interdicción civil, el fiscal pedirá dentro de las 24 horas el nombramiento del curador para el penado. Estas normas se concordaban con lo dispuesto por los artículos 31, 32, 34, y 35 del código penal de 1924, que señalaba que la pena de internamiento, penitenciaría y relegación, llevaban consigo inhabilitación absoluta e interdicción civil durante su cumplimiento, y que la interdicción civil privaba al penado del derecho de patria potestad, de la representación marital que le concedían las leyes y de la administración y disposición de sus bienes.

El código penal de 1924 fue derogado por el código penal de 1991, código éste que ha eliminado la medida accesoria de la interdicción civil, que como sabemos

acompañaba a determinadas penas; esta eliminación ha introducido un elemento de confusión con respecto a la curatela del penado, si nos atenemos al artículo 595 del código civil ya citado, y que incluso podría llevarnos a una interpretación errónea de desaparición de la figura de la curatela del penado.

Pues bien, el condenado que sufre privación de su libertad, si tiene hijos no puede ejercer la patria potestad, tampoco puede comparecer en juicio, y si tiene bienes, no puede administrarlos ni disponer de ellos, todos estos derechos, excepto el ejercicio de la patria potestad, tendrán que ser ejercitados por terceras personas, en este caso el curador, por lo tanto las condiciones que justifican la existencia de la curatela están presentes en la figura del penado, por lo que se hace necesario esta institución de amparo del incapaz.

La interdicción civil, como sabemos significa no poder ejercer derechos civiles reconocido por las leyes, refiriéndonos no al derecho de goce sino al derecho de ejercicio, y en el caso del condenado que sufre carcelería o aquel que es privado de alguno o algunos derechos por sentencia firme, requerirá de tercera persona para ejercer tales derechos, como por ejemplo, comparecer en juicios, administrar o disponer de sus bienes, funciones que son parte inherente del cargo de curador, sin embargo la pregunta por absolver es, en qué casos procedería la curatela del penado, ahora que ya no existe la interdicción civil como medida accesoria a las penas; sobre el particular, hemos tratado de ver que figura jurídica ha reemplazado a la interdicción civil, como medida accesoria en las sentencias penales, y no hemos encontrado ninguna, es cierto que la inhabilitación se le asemeja, pero no es lo mismo, más aún con el nuevo código penal, ésta es una pena que puede ir como

principal o accesoria, pero es una pena independiente a las otras clases de penas. La inhabilitación producirá según disponga la sentencia: privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; incapacidad para ejercer profesión, comercio, arte o industria; incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela entre otros; ahora bien, si las condiciones para que se dé la curatela del penado existen, si la interdicción civil como medida accesoria de determinadas condenas ha sido suprimida, y si dentro de los efectos de la inhabilitación, está la de declarar la incapacidad para ejercer cargo de guardador, sea patria potestad, tutela o curatela, pero no se especifica que igualmente produzca efectos como el de no poder comparecer en juicio, ni de privarlos de administrar sus bienes, sin embargo estos dos últimos atributos, resultan obviamente suspendidos por la privación de libertad del sujeto condenado a sufrir carcelería efectiva, debemos inferir que la curatela del condenado procedería en los siguientes casos:

- a. Cuando el sujeto es condenado a pena privativa de libertad efectiva.
- b. Cuando el sujeto es condenado a pena privativa de libertad y a inhabilitación.
- c. Cuando el sujeto es condenado con pena de inhabilitación como pena principal, que puede extenderse de seis meses a 5 años, y en este caso habría que estar a la sentencia en la que se fijará qué derechos civiles no podrá ejercer el condenado.

4.7.1.- Quien puede pedir la curatela del condenado.

El código civil es bastante claro al respecto; lo hará el fiscal dentro de las 24 horas de haber quedado consentida la sentencia, y también pueden solicitarla el cónyuge del condenado y sus parientes.

4.7.2.- Quien ejerce el cargo de curador.

Para esta curatela solo se ha previsto la llamada curatela legítima, esto es, el cónyuge no separado judicialmente, los padres, los descendientes, prefiriéndose al más próximo y dentro de la igualdad de grados al más idóneo, y luego los abuelos y demás ascendientes y por último y en este orden a los hermanos. Creemos que si no hay ninguno de estos familiares, debería concedérsele esta facultad al juez que sentencia para que haga la designación.

4.7.3.- Funciones del curador. -

La administración de los bienes del curado, representación en juicio, y cuidar de la persona y bienes del hijo menor del condenado, en el caso que el otro padre o madre no ejerza patria potestad, y ello como una función de tutoría interna hasta que se le provea a este menor del tutor llamado por ley.

4.7.4.-No es necesario proceso de interdicción.

No es necesario proceso adicional de interdicción del penado, pues basta con la sentencia penal, y que esta curatela termina al mismo tiempo que su privación de libertad, o cuando concluya la sentencia de inhabilitación si se dictó como pena principal.

4.8.- Fin de la curatela típica y del cargo del curador

No es igual al fin de la curatela con la terminación del cargo de curador, por cuanto el primero acaba cuando no es necesaria la figura, y el segundo cuando el guardador no puede o no debe continuar en el cargo pese a que el incapaz continúa siéndolo.

4.8.1.- Fin de la curatela.-

La curatela de los privados de discernimiento, los retardados mentales, los que sufren deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los ebrios habituales, los toxicómanos, los pródigos, malos gestores y condenados, acaba en dos casos muy marcados a saber:

- a) Por muerte del incapaz, lo que torna inútil la figura.
- b) Por terminar la incapacidad, con la consiguiente rehabilitación del curado; en efecto, excepto el caso del condenado, el artículo 610 del código civil, refiere que la curatela instituida para estos incapaces, cesa por declaración judicial que levante la interdicción, y que la rehabilitación puede ser solicitada por el curador y por cualquier interesado, y según el artículo 584 del código Procesal civil también puede ser pedida por el curado.

4.9.- Curatelas Atípicas.-

Señalamos que esta clase de curatelas no se ocupan de la persona, sino del cuidado de un bien o un conjunto de bienes, o patrimonio. Nuestra crítica ya ha sido formulada respecto de la ubicación de estas clases de curatelas en el derecho de familia, crítica a la que nos remitimos.

4.10.- Curatela de bienes o para la administración de bienes.

Comenzamos a revisar los casos de curatela atípicas, por cuanto el curador, se limita a cuidar bienes, intereses o patrimonios, no teniendo mayor función que cumplir en el aspecto personal. Esta curatela está prevista para 4 casos:

1. Desaparecido.
2. El del póstumo.
3. El de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie.
4. El del usufructuario que no presta las garantías legales.

4.10.1.- Curatela de los bienes del desaparecido.-

La situación del desaparecido, trae problemas de diverso orden, dentro de los cuales se encuentran los jurídicos; se considera desaparecido a la persona que tiene domicilio conocido, residencia habitual, pero que en ese lugar no se le haya, no es habido, debido a su alejamiento físico, querido o no deseado, pero resulta inubicable, sin saber su paradero, y su situación; ahora bien, el patrimonio que pudiera tener, no puede quedar a la deriva, sino que alguien tiene que estar al frente del mismo, al menos provisoriamente hasta que se dilucide la situación jurídica del desaparecido, pues bien, esa persona que viene a cuidar ese patrimonio toma el nombre de curador de bienes.

El artículo 47 del código civil, describe la situación del desaparecido, señalando que es aquella persona que no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de 60 días sin noticias sobre su paradero; pues bien, en esa circunstancia cualquier familiar hasta el 4to grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la

designación de curador interino, también pueden pedirlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. Esta solicitud se tramita como proceso no contencioso. No procederá la designación de curador, si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el Registro Público, y es natural que en este caso no proceda tal petición, por cuanto quien tuviera algo que reclamar contra la persona del desaparecido podrá hacerlo a través del mandatario.

4.10.1.1.- Quienes ejercen la curatela.-

Según el artículo 48 del código civil, esta curatela se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes, en tal circunstancia, ejercerán la curatela los parientes que integran la curatela legítima, y si no los hubiere será la curatela dativa, y si no fuera posible convocar al consejo de familia para la citada designación, será el Juez el que designe al curador interino de bienes del desaparecido.

4.10.1.2.- Cese de la curatela.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 616 del código civil, cesa esta curatela cuando se produce la reaparición del desaparecido o se le declara ausente, presuntamente muerto, o se comprueba su muerte física, en el primer caso, se entregarán provisionalmente los bienes a quienes resulten siendo los herederos forzosos; en los demás caso, declaración de muerte pre-sunta o muerte física, son las normas de sucesiones las que deben aplicarse, en tanto que con la muerte de una persona se abre su sucesión.

4.10.2.- Curatela de los bienes del póstumo.-

El artículo primero del código civil, refiere que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo, entiéndase esta condición como una resolutoria y no suspensiva, pues bien, el caso de los bienes del póstumo, es una perfecta aplicación de este primer artículo del código sustantivo, que se pone en el caso del nasciturus (vocablo latino que se refiere al que está por nacer, y que comprende todo el período de la gestación que se inicia con la concepción y termina con el nacimiento), que recibe bienes en calidad de donación, herencia o legado, y cuyo padre muere, y su madre se encuentra destituida de la patria potestad, en esa circunstancia cabe preguntarnos quien va a cuidar esos bienes, y a responder la pregunta acude precisamente la figura del curador de bienes.

El artículo 598 del código civil describe la figura, señalando que los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. El pedido de designación de curador lo puede hacer cualquier interesado o el Ministerio Público.

El numeral bajo comentario, exige que la madre esté destituida de la patria potestad, lo que implica que dicha madre haya sido suspendida en el ejercicio de la institución, o lo que es peor se haya extinguido la patria potestad; ahora bien, tanto la suspensión como la extinción, tienen sus propias causales las cuales están debidamente señaladas en el código de los niños y adolescentes,

y que ya hemos revisado en el título correspondiente a la patria potestad, sin embargo el supuesto parte de una premisa, que la madre tenga la calidad de tal para que pueda proceder los supuestos de cese temporal o extinción, pues de lo contrario si estamos ante una persona que recién va a ser madre no podría aplicarse este artículo, pues en ella no cabe ni la suspensión ni la extinción de la patria potestad pues aún no es madre, sin embargo en el caso de que se encuentre interdicta civilmente, si cabría este supuesto de curatela para el concebido que recibe bienes.

Quienes ejercen la curatela.-

Dos supuestos que nos indican quienes ejercerán la curatela, a saber:

- a) Si al ocurrir el deceso del padre, la madre se encontraba destituida de la patria potestad por ser incapaz y declarada interdicta, entonces su curador será al mismo tiempo curador de los bienes del concebido.
- b) Si la madre no es incapaz, sino que por otras causas se encuentra destituida de la patria potestad, entonces será curador la persona que el padre hubiese designado para tal curatela o para la tutela de su hijo, y sino hubiera designación, el cargo será conferido por el Juez.

Cese de la curatela.

El artículo 617 del código civil, refiere que la curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por la muerte; en el primer caso, por cuanto la figura del tutor se hace presente, como guardador de la persona y de los bienes del menor de edad cuyos padres no ejercen patria potestad, y en el segundo, la situación del muerto es igual a que si jamás hubiese sido concebido.

4.10.3.-- Curatela de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie.

Se trata de cuidar un bien, o conjunto de bienes o patrimonio de una persona, natural o jurídica, que por diversas circunstancias no puede estar al frente del mismo; se da en los siguientes casos:

- a) Cuando los derechos sucesorios son inciertos; en este caso muerto el causante no se conoce herederos testamentarios o legales, o si existen no aparecen reclamando la herencia, en tal mérito se hace urgente cuidar ese caudal relictos, en tanto se dilucide la situación jurídica del patrimonio hereditario, y el llamado a serlo es el curador de bienes. En Roma era una de las hipótesis para el nombramiento del curator bono- rum.
- b) Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no pueden seguir funcionando sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo; en otras palabras no se ha previsto el destino de los fondos; sobre el particular el artículo 97 del código civil, refiere que de no haberse previsto en el estatuto de la asociación, normas para el caso en que no pueda seguir funcionando, o para su disolución, se procederá a nombrar un curador de bienes, norma que se hace extensiva al comité, en atención a lo señalado en el artículo 123 del código civil: el curador tiene la calidad de interino, pues su mandato es provisional en tanto se dilucide definitivamente la situación jurídica de la asociación o el comité.
- c) Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes, o de escoger mandatario sin que proceda el nombramiento de curatela; la primera observación que tenemos que hacer aquí, es que el término incapaz se ha empleado como sinónimo de imposibilidad de hecho de

actuar, y no referida a causales de incapacidad absoluta o relativa que dan lugar a la interdicción y curatela. Se trata de una persona capaz que por razones diversas, no puede estar frente a su patrimonio ni en la posibilidad de nombrar apoderado, situaciones como una enfermedad grave, amnesia temporal o cuando el titular se encuentra en un lugar lejano, sin acceso por ningún medio para cautelar sus intereses, zona aislada, incomunicado por razones de guerra, desastres naturales, epidemias, y por lo tanto no puede establecer un contacto con el lugar donde se encuentran sus bienes, y en esa medida se le nombrará un curador interino.

Bueno es precisar que el enunciado que hace el código civil no es limitativo, y por lo tanto caben otros supuestos en el que el curador tenga funciones que cumplir, respecto a un patrimonio cuyo titular no está al frente del mismo. En lo que se refiere a los legitimados para solicitar la curatela, encontramos a cualquier persona que tenga legítimo interés, a solicitud del Ministerio Público e incluso el Juez de oficio deberá proveer de la curatela, tal como lo consigna el artículo 599 del código civil, y en cuanto al término, debemos señalar que la curatela de bienes, cesa por la extinción de éstos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.

4.10.4.- Curatela de bienes dados en usufructo.-

El derecho real de usufructo, implica el otorgamiento de una garantía por parte del usufructuario que respalde los bienes que el propietario le entrega; ahora bien, si no hay posibilidades de otorgar garantía, el derecho real de

usufructo no se perfeccionaría, en esa circunstancia el derecho traza un camino para asegurar al propietario que se desprende de su bien, y viabiliza el usufructo a través de la curatela de bienes, esto es, se designa a un curador que tiene como única misión, cautelar sin interferir al usufructuario, los bienes materia del usufructo. En la legislación comparada se han buscado distintas formas de protección de los bienes dados en usufructo, por ejemplo, en la legislación francesa el dinero debía ser depositado en un banco, los productos debían venderse y depositar igualmente el precio, los muebles perecibles por el uso también debían venderse y depositar el precio. Este curador no tendrá como función la explotación del bien, ya que esto continuará siendo ejecutado por el usufructuario.

En cuanto al pedido de la designación de curador, solo está reservado al propietario de los bienes que da en usufructo.

4.11.- Funciones del curador de bienes.-

En cuanto al manejo de los bienes, las funciones no incluyen actos de gravamen ni disposición, ni siquiera actos de administración, limitándose el curador solo a la custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas. Para cualquier otro acto deberá recabarse licencia judicial y cuando se demuestre necesidad o utilidad.

Las relativas a la representación en juicio del titular de los bienes, así el artículo 603 del código civil dice “corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlo del respectivo curador”.

Las que atendiendo a las circunstancias de cada caso, señale el juez al momento de nombrar curador.

El curador de bienes de derechos sucesorios inciertos, o cuando la asociación o el comité no puedan seguir funcionando y el del usufructuario sin garantía, están sujetos igualmente a las normas procesales de administración de bienes, y así entre otras, están obligados a rendición de cuentas, seguridad de la herencia, prohibición de vender bienes de la herencia.

Pluralidad eventual de curadores.

La curatela de bienes puede ser encomendada a varios titulares simultáneos, cuando así lo exija la administración de los bienes, tal como lo manda el artículo 601 del código civil; debemos precisar que esta pluralidad de curadores no origina solidaridad entre ellos, pues el encargo vincula a cada curador con el bien o bienes que se le encomienda y nada más, además por cuanto la solidaridad no se presume.

Juez competente para designar al curador de bienes.

El artículo 21 del código Procesal civil, otorga competencia al juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes del titular del patrimonio.

4.12.- Curatelas especiales.

Segundo caso de curatela atípica, por cuanto el curador especial no tiene funciones que cumplir en el aspecto personal, sino que se limita a cuidar un bien, conjunto de bienes, patrimonio, o intereses en conflicto de una persona que puede tener guardador (padres, tutor o curador), e incluso la persona misma puede ser capaz,

pero por diversas circunstancias el guardador no puede o no conviene que esté al frente de ese bien, o de ese interés, en esa circunstancia la ley ha previsto un curador a quien se le encomienda una función única, especial, cuidar ese bien, o proteger ese interés.

4.12.1.-Casos en que procede la curatela especial.

Esta curatela especial o como la llama el código para asuntos determinados, procede en los supuestos enumerados en el artículo 606 del código Civil; se nombrará curador especial cuando:

- 1) **Los intereses de los hijos están en oposición a la de sus padres que ejerzan la patria potestad.-** Obsérvese que no se trata de una causa de suspensión de patria potestad de los padres, sino que por razones diversas entran en conflicto intereses de padres e hijos, por lo tanto no existiría la imparcialidad que es necesario para estos casos, puesto en tal circunstancia, el padre por proteger sus intereses descuida los de su hijo, o por proteger los intereses del hijo, descuida los propios, y para evitar ello se designa a un curador especial que tiene una única misión, esto es, la de proteger el interés del menor que se encuentra en franca oposición, resuelto ello, ya no tiene sentido la curatela; sobre el particular es ilustrativo lo que señala el artículo 460 del código civil cuando dice “ Siempre que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos, se nombrará a éstos un curador especial...”

- a) **Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.-** estamos frente al caso del decaimiento de la patria potestad, en el que los padres siguen ejerciendo patria potestad, pero no tienen la

facultad de administración, y esto ocurre en los casos de los artículos 425 y 435 del código civil, los mismos que aluden a los bienes excluidos de la administración legal (bienes donados o dejados en testamento con la condición de que padres no lo administren, entre otros), y cuando el mismo padre indica la persona del curador, o lo ha nombrado en su testamento y el juez lo considera pertinente.

- 2) **Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos.-** se presentan varias causas por la que a los padres se les retira de la administración del patrimonio del menor, tales son los casos de los artículos 443 y 446 del código civil, artículos referidos, el primero a la quiebra del padre y el segundo cuando se pone en peligro los bienes del hijo.
- 3) **Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela están en oposición a la de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.** Se trata de ser extremadamente celoso con los intereses de los incapaces, de-mandándose en el guardador una completa imparcialidad, la misma que no estaría presente, si existiera conflicto entre el guardador y el guardado, o conflicto de intereses que pudiera existir entre los mismos incapaces sujetos a un solo tutor o curador, por ello en cualquiera de estos casos, se nombrará un curador especial que cuide ese interés que ha entrado en oposición, entiéndase que no se trata que por esta causa se desplaza al guardador, ya que él sigue al frente de sus funciones, pero en lo que atañe al bien en conflicto, él no será el guardador.

- 4) **Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.-** en esta circunstancia, una imposibilidad de hecho conspira para un buen cuidado del bien, o conjunto de bienes, por ello se nombrará a un curador especial para que exclusivamente cuide ese bien, al que no tiene acceso el tutor o curador, sin embargo este guardador sigue siéndolo respecto del incapaz.
- 5) **Hay negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél.-** Se trata de proteger eficazmente el patrimonio del menor, por ello cuando el tutor o curador no tengan los conocimientos especiales que demande el cuidado de un negocio en particular, será nombrado un curador especial para que desempeñe ese papel, sin embargo el guardador se mantiene en su puesto.
- 6) **Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.-** nada impide que el que realiza una liberalidad a favor del incapaz, por razones de orden personal, decida que ese bien, donado, legado o dado en herencia voluntaria no sea administrado por el guardador, en tal circunstancia quien debe cuidar el bien, será el curador especial y para ese efecto será designado.
- 7) **El representante legal está impedido de ejercer sus funciones.-** se trata de un impedimento de hecho que no le posibilita ejercer sus funciones; sobre el particular creemos que es perfectamente aplicable lo dispuesto

para la curatela procesal consignada en el artículo 66 del Código Procesal civil.

- 8) **Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.-** Creemos que igualmente se trata de un impedimento de hecho (mal estado de salud, incomunicación), por lo tanto no se trata de impedimentos de otro orden que daría lugar a la curatela.

A quien corresponde designar curador especial.

Corresponde al consejo de familia en los siguientes casos:

- Cuando se trata de oposición de intereses entre el pupilo y su tutor, o entre el incapaz y su curador general, o entre varios de los pupilos que tienen un mismo tutor o varios de los incapaces sujetos a un solo curador general.
- Cuando se trata de que los padres han perdido la administración de los bienes de sus hijos menores; cuando los menores o incapaces tienen bienes lejos de sus domicilios, que no pueden ser convenientemente administrados por el tutor o curador general:
- cuando haya negocios que exijan conocimientos especiales o una administración separada
- Cuando se trata de que el representante legal está temporalmente imposibilitado de ejercer sus funciones.

Corresponde al Juez nombrar curador especial:

- Cuando exista oposición de intereses entre padres e hijos, figura ésta regulada en el artículo 460 del código civil.

- Cuando la persona capaz no puede intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado, casos éstos que como ya lo hemos señalado están referidos a imposibilidad de hecho para actuar.

Corresponde al que otorga la liberalidad:

En este caso la designación de curador especial corresponde al donante o causante, que deja bienes al menor o incapaz con la cláusula de que la administración corra a cargo de persona determinada.

Quien puede solicitar la designación de curador especial.

Creemos que la solicitud puede ser presentada por quienes tengan en el asunto legítimo interés económico o moral, tal como lo señala el artículo VI del Título Preliminar del código civil.

Juez competente.-

De la concordancia de los artículos 21 y 23 del Código Procesal Civil, es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, y el proceso es no contencioso.

Funciones del curador especial.

En el caso de esta curatela para asuntos determinados, específicos, especiales, se sigue la regla de que quien designa al curador, sea el Juez, el consejo de familia, o el que hace la liberalidad, es el que traza las funciones propias del encargo, y así por ejemplo el artículo 608 del código civil señala que los curadores especialmente nombrados para

determinados bienes, se encargarán de la administración de éstos, en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó.

Si se tratara de asuntos judiciales, las funciones del curador especial, que en este caso toman el nombre de curadores procesales, según el artículo 66 del código Procesal civil, vienen determinadas por la naturaleza misma del encargo, por ejemplo en el caso del artículo 334 del código civil referido a la acción de separación legal.

Fin de la curatela.

Refiere el artículo 618 del código civil, que la curatela especial acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron, por ejemplo cesa la oposición de intereses entre el incapaz y su guardador, o los padres reasumen las funciones de administradores que habían perdido, o cuando el incapaz deja de serlo, o cuando los bienes, materia del cuidado por parte del curador, se venden, o cuando haya desaparecido el impedimento de hecho del sujeto capaz.

CAPITULO V

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

5.1.- RESULTADOS A LA ENTREVISTAS MAGISTRADOS

1.- ¿Que problemática encuentra en el consejo de familia, respecto de las figuras de tutela y curatela? De no encontrar alguna problemática ¿piensa usted que el Consejo de Familia es eficaz y porque?

1.1.- problemática encuentra en el consejo de familia. Si: 80%.

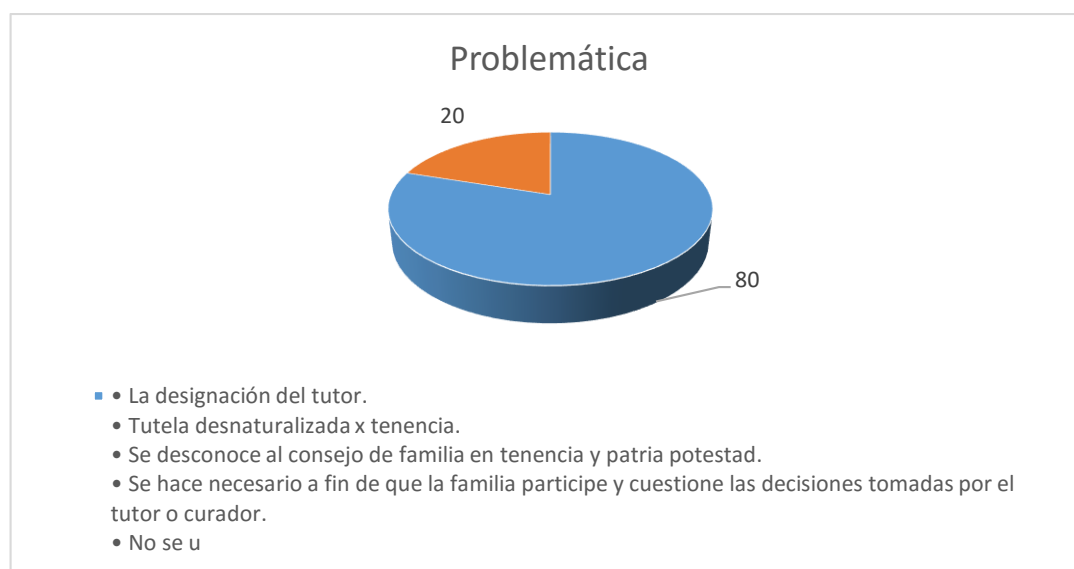
No: 20%.

Tutela: Curatela:

Un 80% de los Encuestados consideran que si encuentran problemas en la figura del Consejo de Familia, el 20% considera que no.

Los que consideran, tienen en cuenta:

Problemas:	Porcentaje
• La designación del tutor. • Tutela desnaturalizada x tenencia. • Se desconoce al consejo de familia en tenencia y patria potestad. • Se hace necesario a fin de que la familia participe y cuestione las decisiones tomadas por el tutor o curador. • No se usa con la frecuencia que debería. • Es eficaz para el adecuado funcionamiento de la tutela y curatela.	80%
No considera	20%



2.- ¿Qué sugerencias legales se deberían de tomar en cuenta para mejorar la figura del consejo de familia?

- 80% de encuestados

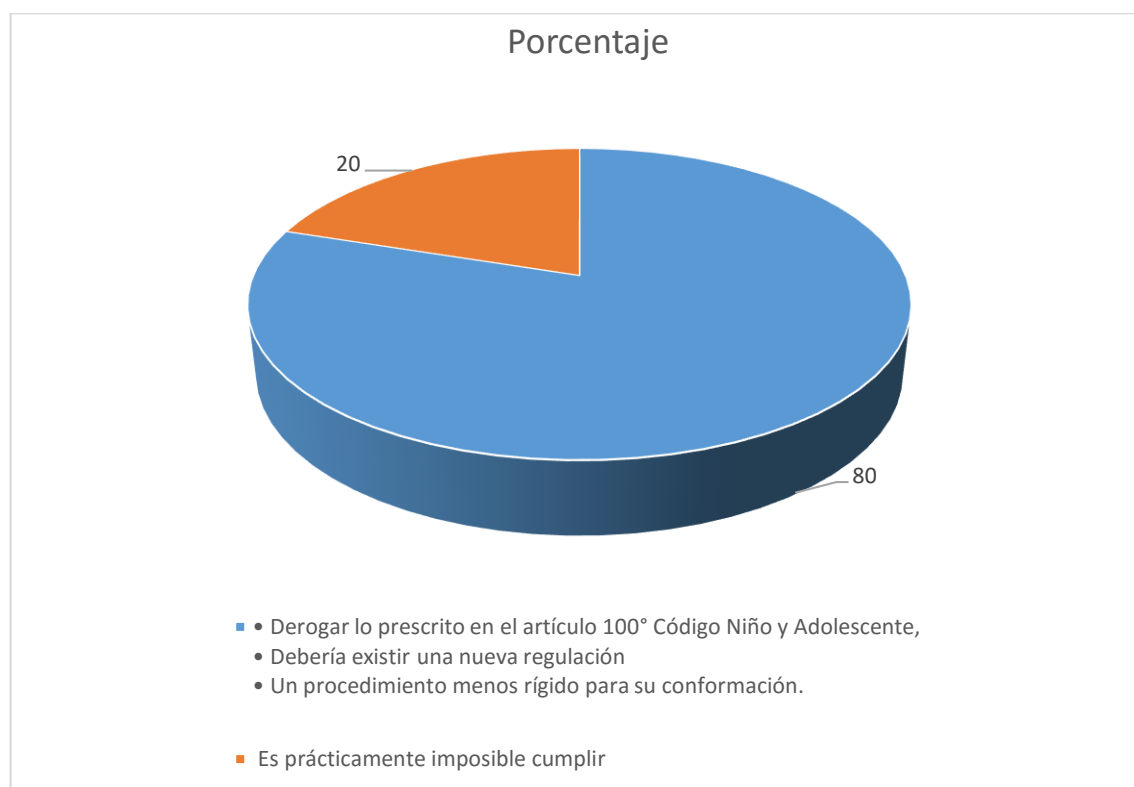
- Derogar lo prescrito en el artículo 100° Código Niño y Adolescente,
- Debería existir una nueva regulación
- Un procedimiento menos rígido para su conformación.

- 20% de encuestados

- Es prácticamente imposible cumplir a cabalidad con éste mandato.

El 80% de los Magistrados encuestados consideran que se deberían de tomar en cuenta aspectos legales para mejorar el Consejo de Familia.

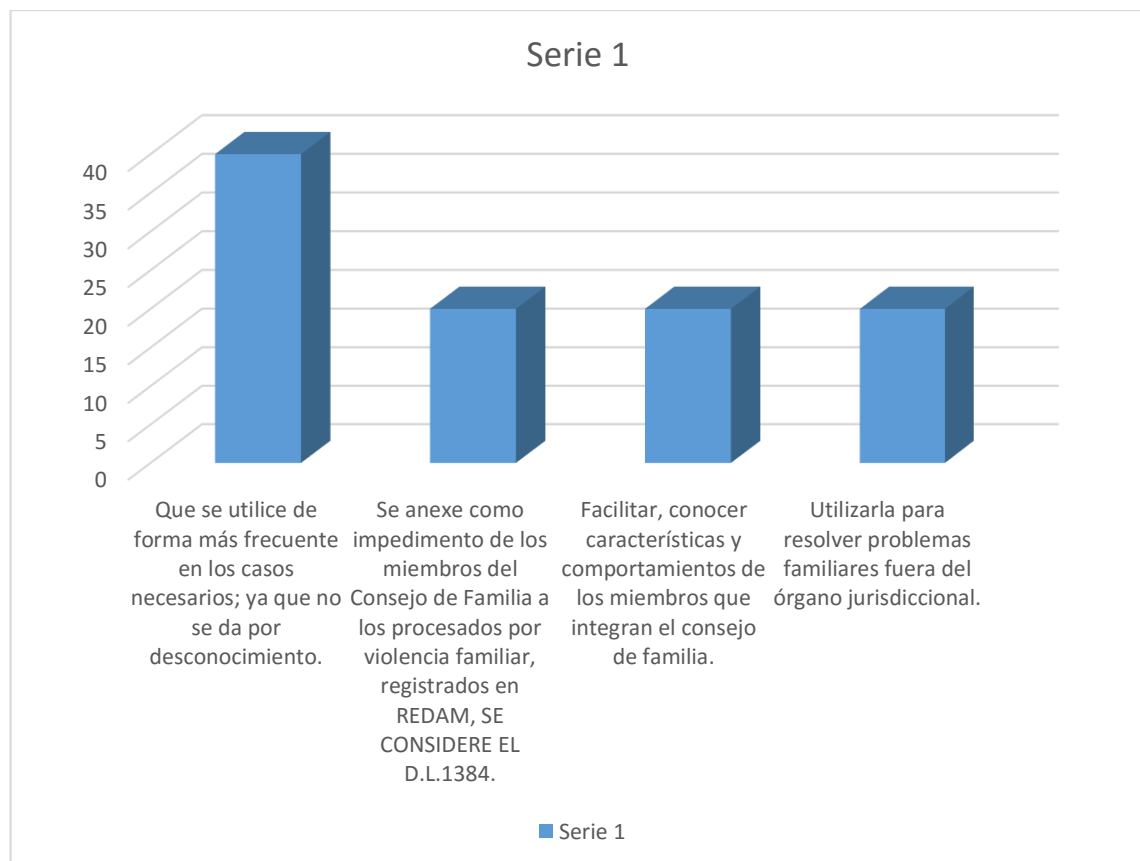
El 20% de los Magistrados encuestados consideran que es prácticamente imposible cumplir a cabalidad con éste mandato.



3.- ¿Respecto a su experiencia como magistrado, cuál es su aporte a la figura del Consejo de familia?

El 100% de los magistrados hacen un aporte a la figura del Consejo de familia.

APORTE	PORCENTAJE
Que se utilice de forma más frecuente en los casos necesarios; ya que no se da por desconocimiento.	40
Se anexe como impedimento de los miembros del Consejo de Familia a los procesados por violencia familiar, registrados en REDAM, SE CONSIDERE EL D.L.1384.	20
Facilitar, conocer características y comportamientos de los miembros que integran el consejo de familia.	20
Utilizarla para resolver problemas familiares fuera del órgano jurisdiccional.	20



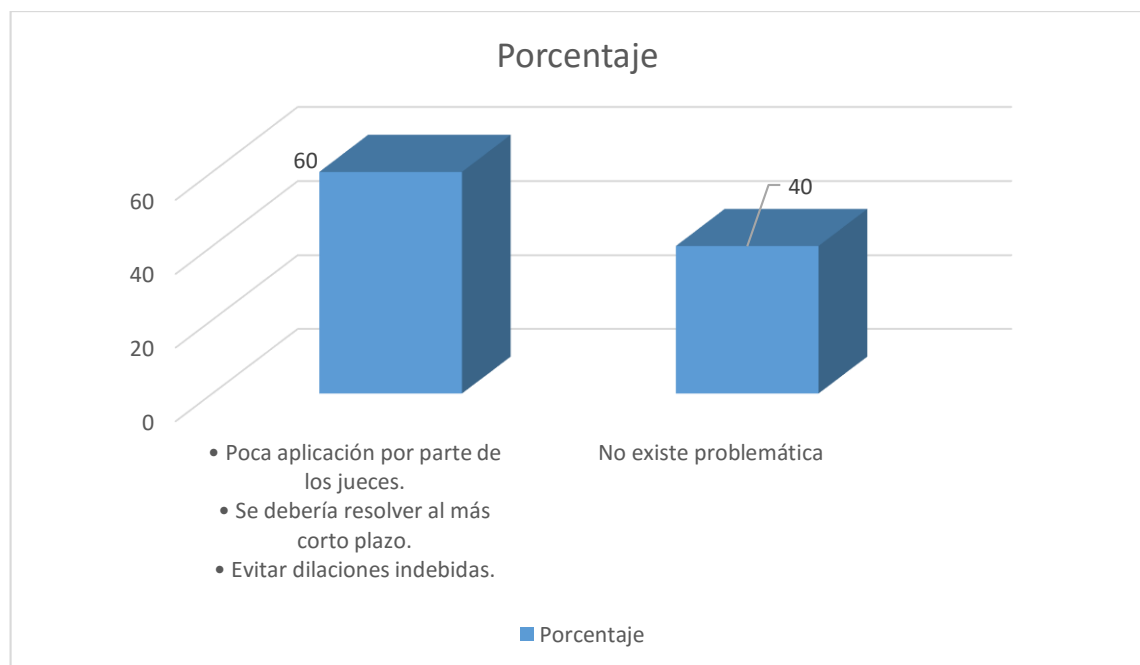
5.2.- SECRETARIO JUDICIALES – OPERADORES JURÍDICOS

1.- ¿Que problemática encuentra en el consejo de familia, respecto de las figuras de tutela y curatela? De no encontrar alguna problemática ¿piensa usted que el Consejo de Familia es eficaz y porque?

El 60% de los encuestados consideran que existen ciertos problemas en el consejo de familia que tienen que ver directamente con la tutela y curatela:

- Poca aplicación por parte de los jueces.
- Se debería resolver al más corto plazo.
- Evitar dilaciones indebidas.

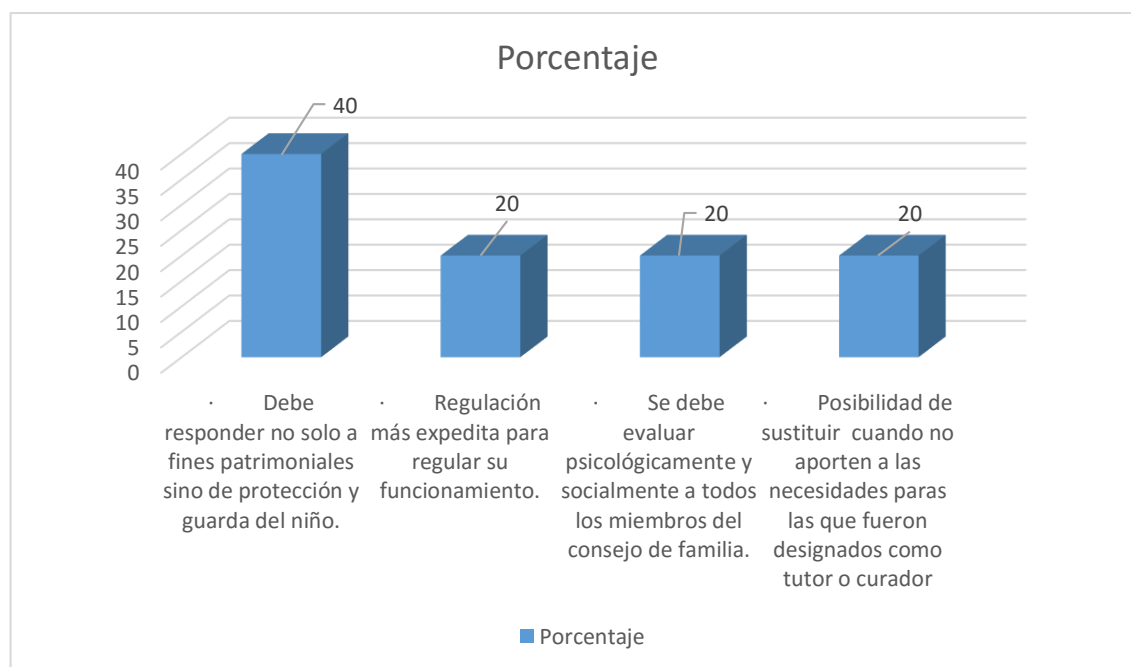
El 40% considera que no existe problemática.



2.- ¿Qué sugerencias legales se deberían de tomar en cuenta para mejorar la figura del Consejo de Familia?

Los operadores jurídicos encuestados (del Poder Judicial y del Ministerio Público), realizan diversas sugerencias entre ellas:

sugerencias	Porcentaje
• Debe responder no solo a fines patrimoniales sino de protección y guarda del niño.	40
• Regulación más expedita para regular su funcionamiento.	20
• Se debe evaluar psicológicamente y socialmente a todos los miembros del consejo de familia.	20
• Posibilidad de sustituir cuando no aporten a las necesidades para las que fueron designados como tutor o curador	20

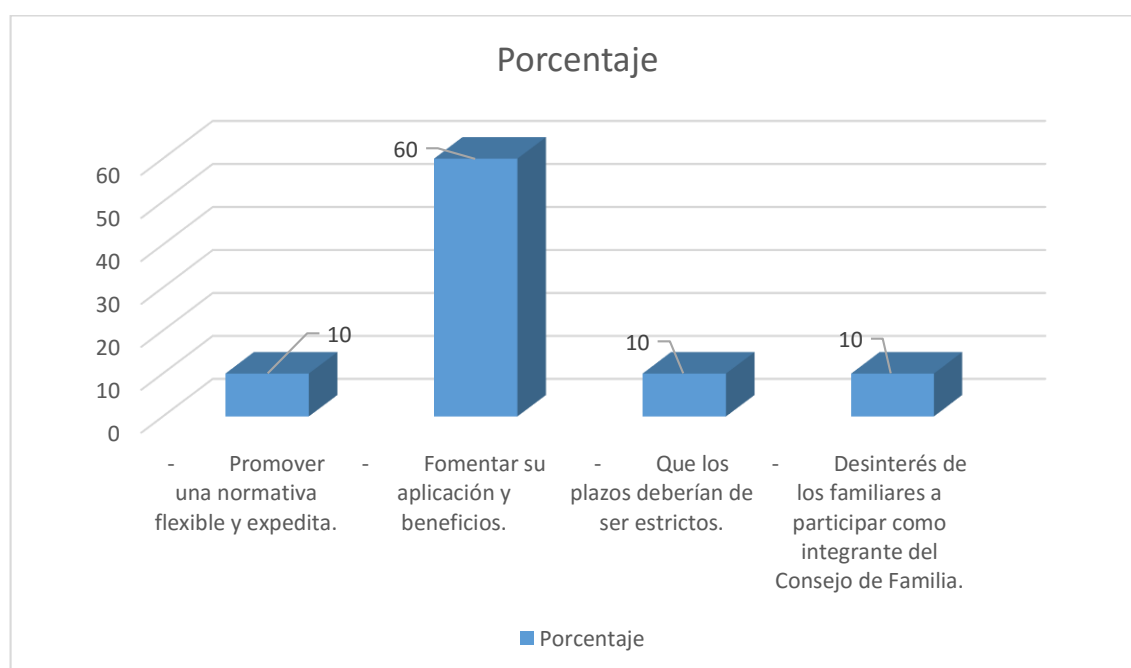


3.- ¿Respecto a su experiencia como magistrado, cuál es su aporte final a la figura del Consejo de Familia?

- Promover una normativa flexible y expedita.
- Fomentar su aplicación y beneficios.
- Que los plazos deberían de ser estrictos.
- Desinterés de los familiares a participar como integrante del Consejo de Familia.
- Deben existir apercibimientos para los miembros de la familia que no quieran ser partícipes.

El 100% de los operadores jurídicos consideran aportes que deben de considerarse en la Figura del Consejo de Familia. Entre ellos:

Aporte	Porcentaje
- Promover una normativa flexible y expedita.	10
- Fomentar su aplicación y beneficios.	60
- Que los plazos deberían de ser estrictos.	10
- Desinterés de los familiares a participar como integrante del Consejo de Familia.	10
- Deben existir apercibimientos para los miembros de la familia que no quieran ser partícipes.	20



CONCLUSIONES.

1. El Consejo de Familia es un cuerpo de potestad ejecutiva, compuesta de cinco o más personas designados por el padre o la madre, y en su defecto llamadas por la ley, para procurar el exacto cumplimiento de los deberes del tutor.
2. El Consejo de Familia por la función que realiza en la práctica, considero que debe ser definido como una institución de control y de vigilancia tanto del tutor como del curador según sea el caso; respecto a sus funciones que realiza con su representado, es decir del menor de edad o mayor incapaz.
3. En los casos donde se hace necesario la conformación y presencia del Consejo de Familia está determinado que son: para el nombramiento de un tutor o curador legítimo, también para determinar funciones específicas de ambos; para tomar a decisión de la remoción de los representantes; para el nombramiento del tutor o curador.
4. Del análisis de la regulación legal del Consejo de Familia hemos observado cómo esta institución que debe ser expeditiva, no termina siéndolo debido a la forma cómo ha sido regulado, en donde encontramos una suerte de reglamento de la institución que llega al detalle, repitiendo en algunos casos supuestos innecesarios, pero sobre todo limitando su finalidad a proteger los intereses económicos de los incapaces, niños o adolescentes, o mayores de edad interdictados, sin detenerse a regular situaciones de los otros miembros de la familia que pueden estar atravesando diversos problemas derivados de conflictos netamente familiares.

5. El Consejo de Familia no debe ser abordado sólo en el aspecto patrimonial, sino que igualmente debe prestarse atención a los aspectos personales de los llamados a proteger; sobre el particular, recordar que el Consejo se forma para, entre otras cosas, vigilar al tutor, curador y excepcionalmente a los padres de familia; pues bien, todos estos guardadores no sólo tienen como una única misión, cuidar los intereses económicos, sino también y lo que es más importante cuidar, la persona del incapaz sujeto al Consejo; sin embargo, la realidad nos muestra cómo la abundante pero innecesaria regulación tiene una fuerte carga de normas de contenido exclusivamente patrimonial, siendo pocas las normas referidas a la protección y guarda del incapaz.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda tener en cuenta el consejo de familia no tiene la naturaleza de supletoria como las instituciones de la tutela y curatela, pues como se ha señalado sus actividades son de supervisión y de control y, por lo tanto, no suplen las funciones de la familia, sino que controlan las actividades de los representantes de los incapaces, y esto también se puede reflejar a través de sus atribuciones.
2. Se debe considerar que el consejo de familia es una institución de amparo familiar, pero no es supletoria pues como se ha explicado su función es la de supervisar y controlar las actividades del tutor y del curador según sea el caso, que tengan relación con sus representados. Todo lo contrario sucede con la tutela y la curatela que sí tienen una naturaleza supletoria en el sentido que se encargan del cuidado de la persona del menor o del mayor incapaz ante la pérdida, suspensión o extensión de la patria potestad.
3. Se recomienda que para la Conformación del Consejo de Familia, se debe de anexar entre los requisitos que como impedimento sean considerados a quienes hayan sido, o se encuentren en calidad de procesados por violencia familiar, registrados en REDAM, y se considere el D.L.1384.
4. Se recomienda, que se difunda la figura de la institución de Amparo Familiar, se utilice de forma más frecuente en los casos necesarios; ya que en su gran mayoría de casos no se pone en ejercicio por desconocimiento.

SUGERENCIA

Se sugiere que, el consejo de familia se debe denominar “institución de control”, y no institución supletoria:

- Porque controla las funciones del tutor o curador, para proteger, de este modo, los derechos e intereses tanto de los menores de edad, como de los mayores incapaces.
- El resto de motivos recaen básicamente en las facultades que esta institución de control posee:
 - ✓ Nombrar tutores o curadores dativos generales o especiales (por testamento o escritura pública). la cual le permite tener una distinción especial frente a la tutela y curatela.
 - ✓ Admitir o no la renuncia de los tutores o curadores que haya nombrado.
 - ✓ Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos y removerlos a su juicio.
 - ✓ Provocar la remoción judicial de los tutores o curadores legítimos de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez.
 - ✓ Decidir en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del mayor incapaz según sea el caso.
 - ✓ Aceptar la donación, la herencia, o el legado sujeto a cargas dejado al menor, o en su caso al incapaz.

- ✓ Autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario.
- ✓ Determinar la suma desde la cual comienza para el representante, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del representado.
- ✓ Indicar los bienes que deben ser vendidos por necesidad o utilidad manifiesta.
- ✓ Ejercer las demás atribuciones que concede el código civil.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Lex& Iuris; pág. 706.
2. CABANELLAS, G. (1989). *Diccionario jurídico elemental*. Lima: página 318, Cultural Cuzco S.A.
3. ARIAS SHEREIBER PEZET MAX.- Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Gaceta jurídica.
4. ARIAS J, Y ARIAS BOART, Derecho Romano, Madrid, Revista de derecho privado 1986.
5. ABATE FRANCISCO. La Armonía Conyugal. Buenos Aires 1987, Editorial Astrea.
6. ALBADALEJO MANUEL, Compendio de derecho civil, Editorial Bosch, tercera edición, Barcelona 1976.
7. AGUILAR BENJAMÍN, La familia en el código civil peruano. Ediciones legales 2008.
8. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ José. Curso de Derecho de Familia, tomos I, y II, Burgos Editorial Civitas 1988.
9. BAZÁN ANA CAROLINA-BENITEZ MARÍA ELENA. Ejecutorias Civil, Procesal Civil, Comercial, Constitucional, tomo V Cultural Cuzco S.A. Editores 1997.
10. BELLUSCIO AUGUSTO CÉSAR. Derecho de Familia, Buenos Aires Editorial de Palma 1979.
11. BORDA GUILLERMO. Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires Editorial Perrot 1988.

12. BOSSERT GUSTAVO Y ZANNONI EDUARDO. Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires Editorial Astrea 2000.
13. CHÁVEZ CHÁVEZ ERIC. Tribunales de Familia. Segunda edición. Editorial jurídica, Santiago de Chile. 2011.
14. COLLIN Y CAPITANT Curso elemental de derecho Civil, Editorial Reus, tomo VI, Madrid 1976.
15. CABELLO CARMEN JULIA. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú 1999.

ANEXO

Anexo 01

Expediente 10861-2018

**Demanda de formación de consejo de
familia**

Anexo 02

RESULTADO DE ENCUESTAS