



INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO FAMILIAR

Son Instituciones jurídicas que subsidiarias al amparo o a la patria potestad que se brindan por parientes al interior de la familia; es reconocida y reglamentada por el Estado a través del Código Civil, confiriendo derechos y obligaciones a un tercero para que cuide de la persona y bienes de un menor o adulto incapaz. Estas instituciones supletorias son: *tutela, curatela, consejo de familia y apoyos y salvaguardias*.

1. LA TUTELA

Es una institución que tiene por objeto cuidar y proteger a los menores de edad, cuando los llamados a hacerlo —como con los padres—, desaparecen, se ausentan, devienen en incapaces o fallecen, de forma tal que no pueden ejercer sus deberes y derechos con respecto a ellos.

La tutela es, según *Doménico Barbero*, "una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad, que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto o porque los menores son de filiación desconocida o porque aquellos han sido privados de la patria potestad."

Para *Heinrich Lehmann*, "la tutela es el cargo que se confiere para la asistencia y representación de personas necesitadas de protección a los que les falta la patria potestad, o que a pesar de ser mayores de edad precisan especial asistencia."

Cabe señalar que esta institución de la tutela, en algunas legislaciones tales como la mexicana o la alemana, sirve para proteger no solo a los menores de edad, sino también a los adultos incapaces privados de discernimiento, lo que no ocurre en nuestra legislación, en donde siguiendo la tradición romanista, la tutela es una institución creada para proteger a los menores de edad; mientras que la curatela lo es para los adultos incapaces.

Como se puede apreciar, la tutela a diferencia de la patria potestad, es una institución supletoria de amparo familiar que está destinada a proteger a los menores de edad cuando no se encuentran bajo la protección de la patria potestad de sus padres por diversos motivos: muerte, incapacidad, privación de la patria potestad, etc.

CLASES DE TUTELA

Existen las siguientes clases de tutela:

a) Tutela Testamentaria. Aquella que nace de un testamento otorgado como acto de última voluntad como padre o madre del menor designando al tutor que ha de hacerse cargo de este luego de su muerte.



Para *Bossert y Zannoni*, hablando de la tutela testamentaria, refieren, "los padres, en ejercicio de las facultades que les confiere la patria potestad pueden designar tutor para sus hijos, a efectos de que ejerza este cargo después de su fallecimiento; tal designación puede hacerla cada uno de los padres en su testamento o en Escritura Pública."

b) Tutela legítima. Llamada también legal y se da solo cuando el padre o madre mueren sin designar tutor en un testamento.

c) Tutela dativa. Es la que la confiere el juez, previa propuesta del consejo de familia cuando no existe tutor testamentario ni legitimario.

d) Tutela estatal. Es la que ejerce el Estado sobre los incapaces menores de edad cuando se encuentran en calidad de expósitos o niños en abandono ubicados en lugares públicos.

e) Tutela oficiosa. Llamada también Irregular. Se da cuando una persona de hecho ejerce el cargo de tutor de un menor determinado, cuidando de su persona y del manejo de sus bienes, no existiendo legislación legal para ello. Pudiendo regularizarse posteriormente dicha situación por la jueza pedida del Ministerio Público.

SUJETOS DE LA TUTELA

Son dos:

- **Sujeto activo.-** Que viene a ser el tutor o persona capaz a quien la ley le confiere una serie de derechos y deberes para el desempeño de su cargo, estos pueden ser designados por los padres, los parientes, el consejo de familia o el juez.
- **Sujeto pasivo.-** Es el beneficiario de la tutela; esto es, el menor de edad.

IMPEDIMENTOS PARA SER TUTOR

De acuerdo con el Artículo 515° del Código Civil no pueden ser tutores:

a) Los menores de edad. Si fueren nombrados por testamento o escritura pública ejercerán el cargo cuando lleguen a su mayoría.

b) Los sujetos a curatela.

c) Los deudores o acreedores del deudor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, salvo que sus padres los hubiesen nombrado pese a ello.

d) Los que tengan pleito propio o intereses contrarios al menor.



- e) Los enemigos del menor o de sus ascendientes o hermanos.
- f) Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o la madre.
- g) Los quebrados.
- h) Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, aborto exposición o abandono a personas en peligro o por delitos contra el patrimonio o las buenas costumbres.
- i) Los que tengan mala conducta y no tuvieren trabajo conocido.
- j) Los destituidos de la patria potestad.
- k) Los removidos de otra tutela.

ACTOS QUE NO PUEDEN REALIZAR LOS TUTORES

Acorde con el Artículo 538° del Código Civil, se prohíbe a los tutores:

- a) Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor.
- b) Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor.
- c) Disponer de los bienes del menor a título gratuito.
- d) Arrendar por más de tres años los bienes de menor.

CESE DEL CARGO DE TUTOR

El cargo del tutor cesa:

- a) Por muerte del tutor.
- b) Por renuncia del tutor.
- c) Por declaración de quiebra.
- d) Por su no ratificación.
- e) Por haber sido removido del cargo.

FENECIMIENTO DEL CARGO DEL TUTOR

El cargo del tutor termina por:

- a) Muerte del menor.
- b) Cuando el menor cumpla los 18 años.**



c) Cesar la incapacidad del menor por matrimonio, adquirir un oficio, una profesión; de acuerdo con el Artículo 46° del Código Civil.

2. LA CURATELA

Es una institución de amparo familiar supletoria de protección a las personas incapaces mayores de edad, para cuidar de su vida, sus bienes y representarlos en todos los actos civiles.

Para *Palacio Pimentel*, "la curatela va dirigida a proteger a quienes excepcionalmente se incapacitan en su mayoría de edad, absoluta o relativamente y requieren de alguien que los represente legalmente (...) El curador viene a suplir la ausencia de capacidad de ejercicio en el mayor de edad."

Los antecedentes más remotos de curatela los encontramos en el Derecho romano, en que se sometían a curatela a todas aquellas personas que por una causa especial o accidental se convertía en incapaces, tal es el caso de los dementes, los que padecen imbecilidad, incapacitados perpetuos, insensatos, sordomudos; no podían desempeñar sus negocios, y a los pródigos que despilfarraban sus bienes paternos, así como también, a las mujeres desde los 14 años hasta los 25, a quienes se les designaba curadores para defender sus intereses.

Refiriéndose a las características de la curatela, *Peralta Andía*, expresa: "es una función personalísima e intransferible, lo cual significa que no es posible delegar funciones a otras personas, lo que no impide para que el curador se valga de servicios de otros auxiliares como abogados, contadores, cobradores, gestores, etc. (...). La curatela es una institución orgánica y pública, ya que se advierte la presencia de un interés colectivo y no solo individual, sobre todo por la supervigilancia que ejerce el Estado, vis consejo de familia, Ministerio Público y órgano jurisdiccional."

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico esta institución (la curatela) ha sido modificada y en su mayoría derogada por el Decreto Legislativo N° 1384; ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

De acuerdo a la norma, actualmente están sujetos a curatelas (art. 564° C.C.):

- a) Los pródigos.
- b) Los que incurren en mala gestión.
- c) Los ebrios habituales.



- d) Los toxicómanos.
- e) Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Los sujetos se encuentran pre escritos en el art. 43° inciso 4 al 8 del Código Civil. Antes de su derogación de la norma sobre la curatela, estaban sujetos a curatelas:

- a) *Los que se encuentren privados de discernimiento.*
- b) *Los sordomudos, los ciegosordos, los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad en forma indubitable.*
- c) *Los retardados mentales.*

CASOS PARA LOS QUE PROCEDE INSTITUIR LA CURATELA [ART. 565° C.C. Y SU MODIFICACIÓN]

Actualmente la curatela se instituye sólo para:

- a) La administración de bienes.
- b) Asuntos determinados.

Es requisito indispensable que para instituir curador, hay necesidad previamente de declarar la interdicción civil del incapaz adulto o los que mantengan capacidad restringida de acuerdo al artículo 44° en sus incisos del 4 al 7 (Art. 566° C. C.).

CLASES DE CURATELA

- a) **Curatela testamentaria o escrituraria.** Cuando los padres así lo han instituido en el Testamento o en la Escritura Pública.
- b) **Curatela legítima.** Cuando no existe la anterior. Por ley corresponde a los parientes más cercanos que no pueden dejar al curador librado a su suerte, hasta que se le designa y también los directores de los asilos, interinamente.
- c) **Curatela dativa.** La otorga el juez, previa opinión del consejo de familia.
- d) **Curatela especial.** Solo para asuntos determinados (el curador de los mayores incapaces), no tratándose de cónyuge ni ascendiente será relevado si renuncia al cargo después de cuatro años.

La rehabilitación de la persona declarada con capacidad de ejercicio restringida en los casos a que se refiere el artículo 44, numerales 4 a 7, sólo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.



3. EL CONSEJO DE FAMILIA

Está constituido por los parientes cercanos allegados al menor de edad o al incapaz adulto cuando carece de padres o teniéndolos han devenido en incapaces, o hecho desapropio de los mismos. Es una especie de tribunal familiar que en forma amical y por los lazos de parentesco e interés moral que les une con el incapaz, en aras de proteger la vida y los bienes de este, por imperio de la ley tienen el deber de opinar cuando se les consulte o cuando a pedido del mismo, el juez de familia, tiene que tomar alguna decisión con respecto al incapaz.

El término consejo de familia, según *Peralta Andía*, "es una palabra compuesta que deriva de los términos latinos *concilium* y *famulia*, que significa junta o tribunal doméstico encargado de examinar y resolver negocios de mayor interés para la persona o patrimonio del incapaz, lo que no quiere decir en modo alguno que ya existió esta institución desde tiempos remotos en forma definida, sino más bien, como un organismo que tiene sus precedentes en el derecho consuetudinario francés de donde pasa a los códigos modernos."

Para *Palacio Pimentel*, el consejo de familia "es un organismo deliberante y a veces ejecutivo que ejerce control sobre los tutores y curadores y aún sobre los propios padres de familia en el ejercicio de sus atribuciones, para defender y garantizar los derechos tanto de los menores como de los mayores incapaces y el patrimonio propio de estos; y se integra con miembros de la propia familia del incapaz, únicamente, y no con personas extrañas como si lo admiten algunas legislaciones extranjeras."

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA

El consejo de familia se compone de personas que han sido nombradas por testamento o por escritura pública por los padres del menor, o por personas que determina la ley y que son generalmente los abuelos, abuelas, tíos, tías, hermanos y hermanas del menor o incapaz.

¿QUIÉNES NO PUEDEN SER MIEMBROS DEL CONSEJO DE FAMILIA?

No formarán parte del consejo de familia aquellas personas a quienes los padres los hubiesen excluido por testamento o por escritura pública, así como aquellos que por abuso de la patria potestad hayan dado lugar a la formación de dicho consejo. Estos son, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 632° del C. C.:

- a) El tutor, ni el curador.
- b) Los que están impedidos para ser tutores o curadores.



c) Las personas a quienes el padre o la madre, los abuelos o abuelas los hubieren excluido en su testamento o por escritura pública.

d) Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad dé lugar a la formación del consejo.

e) Los padres en caso en que el consejo se forme en vida de ellos, salvo lo dispuesto en el Artículo 624° del C. C.

FUNCIONES DEL CONSEJO DE FAMILIA

El cargo de miembro del consejo de familia es gratuito e inexcusable (Art. 633° C. C.), se desempeña personalmente, salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado.

Como mínimo para que exista el consejo de familia debe haber por lo menos cuatro miembros natos, pudiendo completar ese número el juez de paz o el juez de familia, llamando a los demás parientes consanguíneos (prefiriéndose siempre a los más cercanos).

El consejo no puede adoptar resolución si no están presentes por lo menos tres de sus miembros además del juez, que solo cuando no hay conformidad de votos entre los asistentes, el juez vota en caso de empate.

Cuando falta un miembro del consejo de familia a la reunión sin justa causa, se le aplicará una multa equivalente al 20% del sueldo mínimo, siendo esta multa inapelable, y en favor de los establecimientos de beneficencia (Art. 642° C. C.).

Son funciones del consejo de familia las siguientes:

1) Nombrar tutores o curadores dativos generales y especiales.

2) Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores o curadores.

3) Declarar la incapacidad de los tutores o curadores legítimos, testamentarios o escriturarios. Decidir la parte de la renta o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o incapaz.

4) Aceptar la donación y herencias o el legado sujeto a carga, dejado al menor o incapaz.

5) Autorizar al tutor, al curador, a contratar bajo su responsabilidad a uno o más administradores especiales.

6) 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.



7) Indicar los bienes que deben venderse en caso de necesidad.

8) Ejercer las demás atribuciones que el Código Civil y el C. P. C. le confieren.

CESE DEL CONSEJO DE FAMILIA

El consejo de familia cesa por los mismos casos en que acaba la tutela y la curatela, de acuerdo con lo previsto por el Art. 658° C. C.

EXTINCIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA

El consejo de familia se disuelve, termina, se extingue por no existir el número de miembros necesarios para que funciones, es decir, existen menos de cuatro miembros.

4. APOYOS Y SALVAGUARDIAS

Son figuras jurídicas creadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante Decreto Legislativo N° 1384, donde se establece que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos de manera autónoma y en igualdad de condiciones.

Según esta ley, se remarca que a partir de su entrada en vigencia las personas con discapacidad no necesitarán de alguien que los represente para poder votar, comprar, vender, casarse, ejercer la patria potestad de sus hijos e hijas, entre otros; sino que lo podrán hacer ellas mismas, **y en caso que lo requieran, de manera libre y voluntaria, ellas podrán contar con la ayuda de una persona de apoyo.**

Por tanto, se elimina la figura del “curador”, que en situaciones generales era una persona nombrada por un juez para que tome las decisiones en lugar de la persona con discapacidad (adultos con retardado mental y los que adolecen de deterioro mental que no expresen su voluntad libremente); y en lugar del “curador” se crean las figuras de “apoyos y salvaguardias”.

LOS APOYOS [ART. 659°- B DEL C.C.]

Son las formas de asistencia libremente escogidas por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

A la vez que este apoyo no tendrá facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o que también sea establecido por el juez según el artículo 569° del Código Civil.



Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

Excepcionalmente el Juez puede designar apoyos en caso de que la persona mayor de edad no pueda manifestar su voluntad y para aquellas que se encuentren con capacidad restringida en estado de coma (inc.9 del art 44). El juez determina la persona o personas de apoyo, tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ellos y la persona que requiere apoyo. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. Este proceso judicial de manera excepcional puede ser iniciado por cualquier persona con capacidad jurídica.

LAS SALVAGUARDIAS [ART. 659°- G DEL C.C.]

Son las medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida de quien brinde tales apoyos; así como para evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

La persona que solicite el apoyo o el juez interviniente según el artículo 659-E del Código Civil, establecerán las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. El juez realizará las diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo actúa acorde a su mandato.

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1384 la demanda de interdicción solo procederá contra los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos. Ya no será posible presentar dicha demanda contra las personas privadas de discernimiento, sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad, indicados en los artículos 581° y 583° del Código Procesal Civil.

En ese sentido, el Decreto Legislativo también señala que cualquier ciudadano puede solicitar la reversión de la interdicción de personas con discapacidad que haya sido dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, para la designación de apoyos y salvaguardias.