

EL CONSEJO DE FAMILIA COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LAS INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO FAMILIAR*

*Edgar Santos Jesús Bereche Ballena***

RESUMEN

En la presente investigación se realiza un análisis acerca de la naturaleza jurídica del consejo de familia y sus implicancias prácticas que demuestran que este es una institución de control de las verdaderas instituciones supletorias de amparo familiar como son la tutela y la curatela. Para este trabajo se toman como referencia las diferentes atribuciones que le son otorgadas al consejo de familia a través del artículo 647 y demás señaladas a lo largo del Código Civil, regulación que ha generado diferentes opiniones en la doctrina e incluso en la práctica jurídica. De igual forma, se acude a las diferentes posiciones doctrinales adoptadas acerca del consejo de familia, así como con relación a la tutela y la curatela, para finalmente desarrollar el análisis de una jurisprudencia que posibilita el conocimiento real de las implicancias prácticas de la legalmente mal denominada institución supletoria de amparo familiar, esto es, del consejo de familia.

PALABRAS CLAVE

Tutela / Curatela / Consejo de familia / Institución supletoria de amparo familiar / Institución de control o supervigilancia de las instituciones supletorias de amparo familiar.

SUMARIO

I. Cuestiones preliminares. II. Protección jurídico-constitucional y civil de la familia y la patria potestad en el orden peruano. III. Las instituciones supletorias de amparo familiar desde la perspectiva del Derecho Civil peruano. IV. La naturaleza jurídica del consejo de familia y sus implicancias prácticas. V. Conclusiones.

* El presente artículo responde a una síntesis de la Tesis que permitió al autor obtener el Título de Abogado, tesis que fue dirigida por la profesora Mgtr. Romina Santillán Santa Cruz, especialista en Derecho Civil y docente de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

**

Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

I. Cuestiones preliminares

En el ordenamiento jurídico peruano, debido a esa disposición constitucional de protección a la familia, el Código Civil ha delineado una serie de instituciones supletorias de amparo familiar, entre las que se encuentran la tutela, la curatela y el consejo de familia; no obstante ello, se advierte en la práctica jurisprudencial que la última de ellas –el consejo de familia– no tendría tanto la naturaleza de una institución supletoria de amparo familiar.

En la actualidad, varias legislaciones han regulado tres sistemas de guarda: el Latino, con la única presencia de la familia (como sucede en el caso de Francia y Bélgica); el Germano, con la única presencia del Estado (tal es la situación de Alemania y Suiza); y, el mixto, con la intervención conjunta de la familia y el Estado (teniéndose como modelos de ello, los casos de Perú, Chile, Argentina, entre otros)¹.

El interés del Estado por proteger al menor de edad y al mayor incapaz, permite contar con una normativa que ante la suspensión, extinción o privación de la patria potestad, será necesaria la suplencia de las funciones que deben desempeñar los padres, ya sea mediante el nombramiento de un tutor, un curador o con la conformación de un consejo de familia. Esto último es lo que el Código Civil y el Código de los Niños y del Adolescente denominan como instituciones supletorias de amparo familiar.

En la doctrina no existe controversia acerca de la naturaleza jurídica de la tutela y la curatela, puesto que de manera universal son consideradas como instituciones supletorias de amparo familiar, sin embargo, surge una incertidumbre al momento de definir al consejo de familia, debido a que este es visto como aquella organización consultiva, y a veces ejecutiva, que vigila a los que ejercen las funciones de la tutela o la curatela, y de manera excepcional a los padres².

Incluso, la jurisprudencia señala que el consejo de familia tiene como función “(...) supervigilar el desempeño de las funciones de la tutora designada, y cuando las circunstancias lo ameriten,

¹ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Ediciones Legales, 2010, pp. 593-594.

² Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Persona y Familia*, Revista del instituto de la familia, Lima, 2012, p. 331-332.

deberán solicitar la convocatoria a reunión de dicho Consejo para la adopción de los acuerdos correspondientes”³.

El consejo de familia cumple un rol valioso porque va a generar una mayor seguridad a los menores o mayores incapaces, pues son sus propios familiares –además del Juez de menores o el Juez de Paz, según sea el caso, que también estará presente en el consejo– quienes se encontrarán encargados de nombrar tutores y curadores dativos, admitir o no la renuncia de estos, declarar su incapacidad y removerlos de ser necesario, aceptar donaciones o herencias, autorizar al tutor o curador a contratar administradores especiales, indicar los bienes que el tutor o curador pueden vender, así como otras funciones que también les están atribuidas en el Código Civil.

Por ello, si se tiene en cuenta que para el ordenamiento peruano la tutela, la curatela y el consejo de familia ostentan la misma naturaleza como instituciones supletorias de amparo familiar, cabría preguntarse si no estaría de más que existieran simultáneamente dos instituciones supletorias de amparo, como la tutela y el consejo de familia, o, en su caso, la curatela y el consejo de familia, cuando el tutor y el curador bien podrían atender por sí mismos las necesidades de su representado; del mismo modo, si además se tiene en consideración las funciones que propiamente realiza el consejo de familia, habría que cuestionar su naturaleza jurídica, pues, en todo caso, en la práctica su carácter supletorio quedaría afectado, apareciendo más que como una institución supletoria de amparo familiar, como una institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar.

Ante todo lo expuesto, cabe preguntarse si ¿el consejo de familia es una verdadera institución supletoria de amparo familia, o por el contrario resulta ser una institución de control de las instituciones supletorias?

Por tales razones, mediante la presente investigación se pretende determinar los casos en que es necesaria la constitución de un consejo de familia como institución de amparo familiar, teniendo en cuenta que la tutela y la curatela bien podrán satisfacer la protección del menor o mayor incapaz, según sea el caso, y de sus bienes. Para ello, se analizan las funciones del consejo de familia y sus implicancias prácticas frente a la tutela y curatela; del mismo modo,

³ Sentencia de fecha 24/03/2014 recaída en el Exp. N° 02754-2013, seguido ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Familia de Ferreñafe, sobre la conformación del consejo de familia.

atendiendo a la naturaleza las cosas, se pretende determinar si en el ordenamiento jurídico peruano el consejo de familia realmente actúa como una institución supletoria de amparo.

II. Protección jurídica constitucional de la familia y la patria potestad en el orden peruano

Para que la persona pueda desarrollarse en sociedad requiere de una buena formación en el contexto de su familia, misma que suele ser denominada como la sociedad más natural porque en ella se origina “la base imprescindible de las relaciones interhumanas primarias”⁴. Como es lógico, en la familia una persona recibe su primera formación, la que posteriormente es puesta en práctica en ese desenvolvimiento en sociedad.

Para Rodríguez Iturri, la familia es una institución que, en esencia, existe incluso antes que el propio Estado, es decir, se trata de una institución natural cuyo alcance viene delimitado por la propia naturaleza de la persona humana, pues es claro que la familia, desde su esencia misma, no necesita de una regulación en el orden jurídico para su existencia, sin embargo, sí es necesaria para brindarle una tutela adecuada con relación a los derechos y deberes que de ella se derivan⁵.

Por todo lo señalado en el párrafo anterior, puede decirse, entonces, que la familia es una institución natural y fundamental para el desarrollo personal y social de todo ser humano, pero que, sin embargo, necesita encontrarse regulada por parte del ordenamiento jurídico para que sea el propio Estado, como ente representativo de la sociedad, el que se encargue de velar por su adecuada protección y fomento a partir del reconocimiento de la existencia de sus derechos y deberes. Es así que, a través de su artículo⁶ 4, la Constitución peruana vigente

⁴ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando y otros. *La familia en el derecho peruano, Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, 2ª ed., Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 127; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, p. 284; BORDA, Guillermo. *Manual de derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002, p.307.

⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Adolescencia matrimonio y familia. Un estudio interdisciplinario*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 25-28; PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, Volumen I, Barcelona, Bosch, 1987, p. 209; MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad, la penalidad y voluntad*, Trujillo, Grijley, 2009, p. 46; GALLEGU GARCÍA, Elio. *Los cambios del derecho de familia en España (1931-1981), crónica breve de una mutación polémica*, Valencia, Tirant lo billanch, 2005, p. 61; CHAVEZ BUSTAMANTE, Anita Susana. “Un reparto equitativo de la autoridad paternal, la viabilidad de la tenencia a la luz de la ley N° 29269” en dialogo con la jurisprudencia, actualidad, análisis y critica jurisprudencial, N° 160, enero 2012.p. 120.

⁶ En adelante, se denominará art.

brinda protección a la familia declarando que ésta es una institución de carácter natural y fundamental⁷.

Del art. 4 antes mencionado se desprende, a su vez, el principio constitucional de protección de la familia⁸, el cual promueve la tutela de la familia en su verdadera esencia, es decir, como una institución natural y fundamental de la sociedad. Sin definir a la familia, pero reconociendo que se trata de un instituto natural y fundamental, el citado artículo precisa que la comunidad y el Estado deben protegerla. En general, se protege a la familia sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, pero destacando siempre su carácter heterosexual. Solo una relación constituida por varón y mujer permite la generación del vínculo familiar al que el Estado dispensa protección.

En este punto vemos que el ordenamiento jurídico peruano busca la protección de los integrantes de la familia, pero sobre todo de los hijos, en el sentido que establece los deberes que los padres asumen para con sus descendientes. Cabe recalcar que esta protección especial por parte del Estado hacia los menores de edad, o mayores incapaces, es porque dichos miembros de la familia son los que carecen de la capacidad de ejercicio necesaria para dirigirse por sí solos en sociedad, por lo cual son, en principio, sus padres quienes ostentan la facultad para representarlos, misma que recibe el nombre de patria potestad.

La doctrina define a la patria potestad como aquel “conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad”⁹, es decir, son aquellos derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, y donde su principal función va a estar enmarcada por la protección de su persona y la buena administración de sus bienes, para que de este modo se satisfagan de modo integral las necesidades de los menores o de los mayores incapaces, según sea el caso.

⁷ Art. 4° de la Constitución Política del Perú: “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 y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

⁸ Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “*La Familia*”, en *Código Civil Comentado, Tomo 2, Derecho de Familia (segunda parte)*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 22.

⁹ BELLUSCIO AUGUSTO, César. *Manual de derecho de familia*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 395; Cfr. SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Madrid, Edisofer, 2007, pp. 395; HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil*, Caracas, Editores Vadell Hermanos, 2001, pp. 301-302.

Como es lógico, por esa relación paterno filial que se da entre los padres e hijos de origen natural, y debido a la falta de capacidad de ejercicio de estos últimos para la realización de actos jurídicos, recae en sus padres esa obligación primaria de representarlos, de tal manera que estos actúan en su nombre respecto al cuidado de su persona y la buena administración de los bienes que les corresponden.

Al igual que la familia, la patria potestad también cuenta con reconocimiento constitucional, tal como puede advertirse de una lectura al art. 6 de la Constitución peruana vigente¹⁰, en específico en cuanto refiere que: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. La mención de esta figura en la norma constitucional es fundamental, porque ese derecho-deber de los padres de tutelar a sus hijos en su esfera personal y patrimonial se encuentra, así, debidamente amparado como un poder pero, a la vez, como una obligación que debe ser prestada de modo responsable por los padres para con sus hijos, recayendo de igual modo en estos últimos el deber de respetarlos y asistirlos.

Ante todo lo dicho anteriormente, debe quedar en claro que si bien los primeros en ser llamados a ejercer la patria potestad son los propios padres del menor o mayor incapaz según sea el caso, sin embargo ante un mal ejercicio de esta –patria potestad– es que se puede presentarse alguno de los supuestos de pérdida, suspensión, extinción o privación de dicha patria potestad. Es en estos tres últimos casos que el ordenamiento peruano ha creído por conveniente no abandonar a los carentes de su falta de capacidad de ejercicio y brindarles un representante a través del nombramiento de un tutor, curador, o la conformación de un consejo de familia.

¹⁰ A la letra, Art. 6 de la Constitución: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el Derecho de las Familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecta la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y de cualquier otro documento de identidad”.

III. Las instituciones supletorias de amparo familiar desde la perspectiva del Derecho civil peruano

La tutela recibe tratamiento legal a partir del art. 502 del Código Civil¹¹. La tutela es “un poder sucedáneo que entra solamente en función a falta de la autoridad paterna”¹², es decir, cuando no se encuentra presente el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres frente a sus hijos menores de edad, en cuyo caso aquella será sustituida por una persona con el título de tutor, quien se encargará del cuidado de su persona y de la administración de sus bienes.

Es por ello que para que alguien pueda desempeñarse como tutor, el ordenamiento exige la concurrencia de requisitos previos, los que se encuentran previstos en el art. 520° del citado Código:

- La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de este si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.
- La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el art. 426.
- El discernimiento del cargo. El tutor, en el discernimiento del cargo, está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y en el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.

Llegado a este punto, para que el menor incapaz no se vea afectado en su representación, el cuidado de su persona o la administración de sus bienes, el ordenamiento jurídico peruano ha considerado pertinente determinar ciertas causales que van actuar como impedimentos¹³ para el ejercicio de la tutela.

¹¹ Art. 502 del Código Civil: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

¹² LAFAILLE Héctor, citado por CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Ob. cit.*, p.361; Cfr. ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*, Madrid, dykinson, 2013, p. 229; BAQUERO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de familia y sucesiones*, México, Harla, 1990, pp. 238-239.

¹³ Cfr. MEDELLIN A, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 2000, pp. 61-62.

Se tiene el caso de los menores de edad. Sí fueran nombrados en testamento o por escritura pública, estos ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría de edad. También están impedidos los sujetos a curatela; los deudores o acreedores del menor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, a no ser que los padres los hubiesen nombrado sabiendo esta circunstancia.

Además están impedidos los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendentes, descendientes o cónyuge, interés contrario al del menor, a menos que con conocimiento de ello hubiesen sido nombrados por los padres; los enemigos del menor o de sus ascendentes o hermanos; los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre; los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra; los condenados por homicidio, lesiones dolosas, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres; las personas de mala conducta notaria o que no tuvieren manera de vivir conocida; los que fueron destituidos de la patria potestad; y, los que fueron removidos de otra tutela.

El Código Civil, así mismo, en su art. 549 establece que la patria potestad se extingue en los siguientes casos: por la muerte del menor, por llegar el menor a los dieciocho años, por cesar la incapacidad del menor conforme el artículo 46¹⁴, por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580¹⁵, por ingresar el menor bajo la patria potestad. Por su parte, el art. 550 señala que el cargo del tutor cesa: por muerte de tutor, por la aceptación de su renuncia, por la declaración de quiebra, por la no ratificación y por su remoción.

Por todo lo señalado, se puede decir que la tutela resulta ser aquella institución supletoria de amparo familiar que se encarga del cuidado de la persona y la correcta administración de los bienes del menor de edad.

¹⁴ Art. 46 del Código Civil: *“la incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este. Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar los siguientes actos:*

Reconocer a sus hijos.

Demandar por gastos de embarazo.

Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos”

¹⁵ Art. 580 del Código Civil: *“el curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos”*

La curatela recibe regulación a través del art. 564 del Código Civil¹⁶. Guillermo Borda, citado por Peralta Andía, define a la curatela como aquella representación legal de los incapaces mayores de edad, trátese de dementes¹⁷; que, en algunos casos se designa para la administración de ciertos bienes abandonados o vacantes. También se suele decir que la curatela tiene como “función la asistencia del curador para aquellos actos de una persona para los que por ley o sentencia sea precisa”¹⁸, de modo tal que las funciones del curador se encuentran limitadas a través de la propia ley o mediante lo establecido por una sentencia motivada.

Atendiendo a lo antes mencionado, puede definirse a la curatela como aquella institución supletoria de amparo familiar que, ante la extinción, privación, o suspensión de la patria potestad, cobra vigencia para no desamparar al mayor de edad incapaz, dedicándose por tanto al cuidado de su persona y a la buena administración de sus bienes.

La institución de amparo familiar de la curatela tiene diferentes formas de constitución, las cuales son:

- Los incapaces mayores de edad. Debido a que ellos no pueden solventarse por sí solos, y además porque como ellos ya no están sujetos a la patria potestad, necesitan que alguien los represente en sus actos de consecuencia jurídica, y es por ello que el ordenamiento jurídico peruano con el fin de no desampararlos ha creado esta institución para que el curador sea el responsable del cuidado de su persona y de la correcta administración de sus bienes.

¹⁶ Art. 564 del Código Civil: “Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, inciso 2.

Artículo modificado por la Ley N° 29973, «Ley General de la Persona con Discapacidad», publicada el 24 de diciembre de 2012, que establece la promoción, protección y realización en condiciones de igualdad sobre los derechos de la persona con discapacidad; por ende se ordenó la supresión del numeral 3 del artículo 43 y otras normas del Código Civil. Ubicada en:

Ley N° 29973, «Ley General de la Persona con Discapacidad», [ubicada el 05.VIII.2014], disponible en http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/ZonaAdmContadores/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_normas_legales/normas/24122012/Principal%20norma%20del%20d%C3%ADa%2026%20Diciembre%20del%202012-Ley%2029973.pdf.

¹⁷ Cfr. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*, 3ª ed., Lima, Moreno, 2002, p. 573; DINIZ, María Helena. *Curso de Direito Civil*, Brasil, Saraiva, 1989, p. 459.

¹⁸ ALBADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*, 10ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pp. 599-601.

- La administración de bienes. Es una de las principales actividades que tiene que realizar el curador, pues de ello depende la satisfacción de necesidades y la recuperación del mayor incapaz.
- Asuntos determinados. En este caso el curador va a cumplir funciones específicas, como por ejemplo la realización de una compraventa de algún bien, es decir su función está enmarcada en actividades específicas.

Respecto a las funciones del curador: el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso de ser necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; así mismo, lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios. Como es lógico, ante la ausencia del ejercicio de la patria potestad, el mayor que no cuenta con la titularidad de la capacidad de ejercicio, necesita de un representante, quien recibe la denominación de curador, con la finalidad de lograr la recuperación mental del mayor incapaz, y sobre todo de administrar sus bienes, y en caso que de empeorase su salud, el curador se encuentra en la obligación de internarlo en un establecimiento que cuente con todas las herramientas necesarias para mejorar su salud.

Al consejo de familia se le dispensa tratamiento jurídico a través del art. 624 del Código Civil¹⁹. Para la doctrina, el consejo de familia debe ser entendido como aquel organismo que ejerce una función de control de quienes realizan la tutela, la curatela y, excepcionalmente, también de quienes efectúan la patria potestad, todo ello con el objetivo de velar por los derechos e intereses del incapaz²⁰. Es decir, el consejo de familia aparece como aquella asociación de personas que van a tener como función la supervisión del desarrollo de las actividades del tutor, del curador y, en algunos casos, de los padres del menor o mayor incapaz. Desde una perspectiva más institucional, también podría definirse al consejo de familia como aquella institución de amparo familiar que se va a constituir con el fin de velar por la persona e intereses de los menores de edad y los mayores incapaces, en caso que los padres de estos hubieran fallecido²¹.

¹⁹ El art. 624 del Código Civil dice: "Cuando los padres no tienen la administración de los bienes de sus hijos serán miembros natos del consejo que se conforme".

²⁰ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Ob. cit.*, pp. 228-229.

²¹ Cfr. ECHANDIA CEVALLOS, Jorge. "Tutor no sujeto a Consejo de Familia", en *Código Civil Comentado, Derecho de Familia (segunda parte)*, Tomo 3, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 691-692.

Como en toda figura, existen causales de impedimento legal para integrar el consejo de familia, y estas son: ni el tutor y tampoco el curador, los que están impedidos para ser tutores o curadores, 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, los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad dé lugar a su formación, los padres, en caso que el consejo se forme en vida de ellos, salvo lo dispuesto en el art. 624²².

Ahora bien, si analizamos algunas de las funciones o atribuciones del consejo de familia como por ejemplo nombrar tutor o curador dativo, autorizar al tutor o curador a contratar a uno o más administradores especiales, para que se encarguen de administrar los bienes de su representado, indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad se pueda observar que sus funciones no se encuentran dirigidas de manera directa al menor de edad o mayor incapaz, sino mas bien a los representantes de estos, lo que originaría que el consejo de familia no tuviera la naturaleza jurídica de supletoria de amparo familiar.

IV. La naturaleza jurídica del consejo de familia y sus implicancias prácticas

Si bien es cierto nuestro ordenamiento civil reconoce a la tutela, curatela y al consejo de familia como instituciones supletorias de amparo familiar, es preciso analizar si este último realmente debe ser considerado como tal. Al respecto, Flores Jarecca²³ señala que el consejo de familia tiene como una de sus funciones vigilar y controlar las conductas o actividades del tutor y del curador. Siendo esto así, cabría considerar al consejo de familia como un órgano supervisor y de control, cuya finalidad es buscar el cuidado del incapaz, y ejercer una vigilancia sobre el modo de actuar del representante legal.

El ordenamiento jurídico peruano ha creado las instituciones supletorias de amparo familiar con la finalidad de proveer de protección y cuidado a los incapaces respecto de quienes nadie ejerce la patria potestad, precisamente por su falta de capacidad de ejercicio requieren de un representante que, en su nombre pueda participar aquellos actos que generen efectos jurídicos, pero sobre todo para que se hagan responsables de satisfacer sus necesidades

²² El art. 624 del Código Civil dice: "Cuando los padres no tienen la administración de los bienes de sus hijos serán miembros natos del consejo que se conforme".

²³ Cfr. FLORES JARECCA, Riquelme. *Los derechos humanos de los Niños y el código de los Niños y Adolescentes*, Lima, San Marcos, 2005, pp. 98-99; SEVILLANO ALTUNA, Edwin; MENDOZA OTINIANO, Victoria. *Código de los Niños y Adolescentes, protección integral*, Trujillo, Normas Legales, 1994, p. 37.

primarias, cuidar de la persona del menor o mayor incapaz, y velar por la correcta administración de su patrimonio.

Como se ha anotado en el párrafo anterior, la finalidad del ordenamiento jurídico peruano al crear las instituciones supletorias de amparo familiar, como son la tutela y la curatela, fue la de proteger el interés superior del niño, así como del mayor incapaz debido a que no pueden representarse por sí solos, y a diferencia de estas instituciones supletorias, el consejo de familia no supe las funciones de la familia sino por el contrario supervisa y controla que dichas funciones se desarrollen de una manera adecuada.

En ese sentido, el consejo de familia tiene una naturaleza jurídica de órgano de control respecto de las funciones que ejercen el tutor y el curador, pues como ha quedado demostrado esta institución no es supletoria de amparo familiar en el sentido que no supe las funciones de la familia, sino por el contrario se encarga de supervisar las actuaciones de quienes sí suplen estas funciones, es decir, del tutor y del curador, para así evitar que tanto los menores de edad como los mayores incapaces pudiesen verse afectados a causa del ejercicio ilimitado de las atribuciones que detentan sus representantes legales.

Si bien es cierto el ordenamiento jurídico peruano busca proteger la persona de los incapaces, así como también sus intereses patrimoniales, el consejo de familia controla las funciones de los representantes para que dicha finalidad se desarrolle de la mejor manera posible. Basándose en ello, la tutela y la curatela serían las verdaderas instituciones supletorias de amparo familiar, mas el consejo de familia sería aquel organismo de control de estas instituciones supletorias de amparo.

Queda claro, entonces, que el consejo de familia, si bien es una institución familiar en el sentido de que supervisa las funciones del tutor y del curador, y así el menor o mayor incapaz pueda ser representado de una manera correcta, no debe ser considerada como supletoria, puesto que sus integrantes no suplen las funciones de los padres o de la familia, pues ello es función del representante del incapaz, sino por el contrario se encarga de controlar las actividades del tutor o curador.

Por esa razón, Carpio Rodríguez conceptualiza al consejo de familia como un “órgano de control, o de fiscalización de la tutela, curatela y excepcionalmente de la patria potestad, cuya organización se funda en la necesidad de supervigilar al tutor o curador y a veces a los padres en el cumplimiento de sus funciones, en garantía de los derechos e intereses de los incapaces”²⁴.

El consejo de familia, entonces, no tiene el carácter de supletorio, sino por el contrario, uno de control del tutor o del curador, es decir, su naturaleza es de carácter supervisor y controlador de los representantes. Y todo ello es apoyado por diferentes doctrinarios tanto a nivel nacional como internacional. Además de las diferentes facultades que el ordenamiento jurídico peruano ha otorgado al consejo de familia, las cuales permiten desvelar su carácter de supervisión y de control.

Existen motivos de por qué el consejo de familia merece denominarse institución de control. El primero de ellos es 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, esto se da ante la falta de nombramiento a través de testamento o escritura pública. Esta facultad es netamente del consejo de familia, 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, lo que hace de alguna manera la sujeción de estos últimos en las manos del consejo de familia.
- Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos y removerlos a su juicio. En este caso se le autoriza al consejo de familia para que sin ninguna explicación pueda remover a los tutores dativos en el momento que crea pertinente.
- Provocar la remoción judicial de los tutores o curadores legítimos de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez. Esta facultad se ejerce cuando alguno de sus representantes incurre en faltas contra el incapaz, o su gestión

²⁴ CARPIO RODRÍGUEZ, citado por PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el código civil*, Lima, Idemsa, 2008, p. 671.

está siendo deficiente, o ha incurrido en alguno de los impedimentos y no renuncian al cargo.

- 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. Esta facultad es una muestra que primero se debe de manifestar el consejo de familia, y sobre dicha decisión deberá actuar el tutor o curador, es decir el consejo primero debe de supervisar si efectivamente dicha donación beneficia o perjudica al representado.
- 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. Es decir, que el tutor o curador no debe de manejar dinero del incapaz, sino solo en lo indispensable para su alimentación, salud, educación, etc.
- Indicar los bienes que deben ser vendidos por necesidad o utilidad manifiesta.
- Ejercer las demás atribuciones que concede el código civil.

Como se puede observar sus atribuciones no se encuentran dirigidas a los representados –menores de edad o mayores incapaces– sino por el contrario están destinadas hacia los representantes, lo que demuestra que el consejo de familia es una institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar como son la tutela y la curatela.

En la práctica, se ve en el expediente número 02754-2013 del Primer Juzgado de Paz Letrado de Familia de Ferreñafe, sobre la conformación de consejo de familia, seguido por LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP, la cual a raíz de la muerte de su madre, solicita que ser declarada mediante sentencia judicial curadora de su hermano NESTOR ENRIQUE CABREJOS LLONTOP, quien es un mayor de edad incapaz, pero para ello primero requiere la conformación del consejo de familia, por lo que pasaron a notificar a través de edictos a los posibles miembros de este consejo. Siendo así que el día 07/03/2014 se realiza la audiencia donde concurren la solicitante, el mayor incapaz y el resto de sus hermanos, a excepción de uno el cual se encontraba trabajando y no le habían otorgado el permiso respectivo.

Encontrándose todos los presentes pasaron a la conformación del consejo de familia, para después decidir si la solicitante sería nombrada como curadora del incapaz. Como puede verse, primero se instaló el consejo y este tiene la potestad de decidir si la señora LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP merece ser nombrada o no curadora o no del incapaz. Por unanimidad, el consejo concluyó que la solicitante era la más indicada para representar a su hermano, decisión que se vio plasmada en la sentencia. Vale rescatar que en la propia resolución se manifestó lo siguiente: “Los miembros del Consejo de Familia, se encuentran obligados a supervigilar el desempeño de las funciones de la tutora designada, y cuando las circunstancias lo ameriten, deberán solicitar la convocatoria a reunión de dicho Consejo para la adopción de los acuerdos correspondientes”.

Las atribuciones concedidas al consejo de familia por el propio Código Civil, la posición de la doctrina, la innecesaria coexistencia de dos instituciones supletorias de amparo familiar –la tutela con el consejo de familia, por ejemplo, bajo la denominación legal de instituciones supletorias– cuando para la suplencia de las funciones de la familia basta simplemente con el tutor o el curador, y sus implicancias prácticas; demuestran que el consejo no tiene la naturaleza de una institución supletoria de amparo familiar, sino mas bien de una institución de control de la tutela y de la curatela, verdaderas instituciones supletorias de amparo familiar.

V. Conclusiones

El ordenamiento jurídico peruano regula, a través del Código Civil y el Código del Niño y del Adolescente, como instituciones supletorias de amparo familiar a la tutela, la curatela y al consejo de familia, sin embargo esta última no merece la denominación de supletoria, en el sentido que sus funciones directas no son las de suplir las actividades de la familia, sino por el contrario las de controlar y supervisar al tutor o curador en el ejercicio de sus atribuciones y obligaciones, según corresponda.

La tutela y la curatela son instituciones supletorias de amparo familiar en el sentido de que sus actividades están directamente vinculadas a suplir las funciones de la familia, que debido a la falta del ejercicio de la patria potestad cobran vigencia, mas el consejo de familia es una institución de control y vigilancia sobre dichas instituciones supletorias.