

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**



FACULTAD DE DERECHO

**EL CONSEJO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: UN ANÁLISIS
SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA E IMPLICANCIAS PRÁCTICAS**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

EDGAR SANTOS JESÚS BERECHÉ BALLENA

Chiclayo, 23 de Setiembre de 2014

**EL CONSEJO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: UN
ANÁLISIS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA E IMPLICANCIAS
PRÁCTICAS**

PRESENTADO POR:

BERECHE BALLENA, Edgar Santos Jesús

**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo
Toribio de Mogrovejo para Optar el título de**

Abogado

APROBADO POR:

DRA. BETTY SULMI ANAYA DE PAUTA
Presidente del Jurado

DRA. PERLA LUCIA ARELLANO RODRÍGUEZ
Secretario del Jurado

MAG. ROMINA VIVIANA SANTILLÁN SANTA CRUZ
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A Dios, porque sin el nada es posible.

A Mis Padres:

María Rosario Ballena Silva

Ramón Bereche Seclen.

AGRADECIMIENTO

A mi asesora temática Romina Santillán Santa Cruz,
por su tiempo y dedicación.

A la profesora Ana María Llanos Baltodano, quien me
ayudó en el desarrollo del presente estudio.

RESUMEN

El gran interés del Estado por proteger a la familia se evidencia en el amparo y garantía de la patria potestad que los padres van a ejercer para proteger la persona y bienes de sus hijos, actuando en su representación durante su minoría de edad, y aun cuando mayores, si adolecieran de alguna incapacidad; pero, en ciertas ocasiones esta patria potestad podría verse limitada o extinguida, ante lo cual será necesaria la suplencia de las funciones que debían desempeñar los padres, ya sea mediante el nombramiento de un tutor, un curador o con la conformación de un consejo de familia.

Por las propias funciones del tutor y del curador, en tanto representantes de los incapaces y administradores de los bienes que estuvieran a su cargo, a nadie le queda duda de que las instituciones de la tutela y de la curatela suplen de manera directa las funciones de la familia, en base a ello es que se les otorga la denominación de institución supletoria de amparo familiar.

Sin embargo, para el caso del consejo de familia, sus funciones no son meramente supletorias, puesto que consisten recaen en controlar y vigilar las actividades realizadas por el tutor o el curador, según sea el caso.

En ese sentido no sería correcto decir que el consejo de familia es una institución supletoria de amparo familiar, sino más bien un instituto de control y de vigilancia de las que si son instituciones supletorias de amparo familiar, esto es, la tutela y curatela.

Palabras Claves:

Familia, tutela, curatela, consejo de familia, patria potestad.

ABSTRACT

The great interest of the State to protect the family is evident in the amparo and warranty of the parental rights that the parents are going to exercise to protect the person and goods of their children, acting on its behalf during his minority of age, and even when they grow up, if you suffered from any inability; but, in certain occasions this parental rights may be limited or extinct, before all of which will require replacement of the role to be played by the parents, either through the appointment of a guardian, a guardian or with the formation of a council of family.

By the own functions of the guardian and the curator, as representatives of the incapable and administrators of the goods that were in charge, no one has any doubt that the institutions of the guardianship and trusteeship nates directly the functions of the family, on the basis of it is that they are given the designation of residual institution of family protection.

However, in the case of the family council, their functions are not merely extra beds, since they consist fall in control and monitor the activities undertaken by the tutor or curator, as the case may be.

In that sense it would be correct to say that the family council is an institution of extra family protection, but rather an institute for the control and surveillance of the institutions that if they are extra beds of family protection, that is, the guardianship and administration.

Key words:

Family, guardianship, curatorship, family council, parental authority.

ÍNDICE

Dedicatoria

Agradecimiento

Resumen

Índice

Tabla de abreviaturas

Introducción

CAPÍTULO 1: PROTECCIÓN JURÍDICO – CONSTITUCIONAL Y CIVIL DE LA FAMILIA Y LA PATRIA POTESTAD EN EL ORDEN PERUANO

1.1.	La familia desde la perspectiva constitucional vigente -----	14
1.2.	La familia en el Código civil de 1984 -----	18
1.3.	La patria potestad: un derecho-deber de los padres con amparo constitucional -----	22
1.4.	Desarrollo de la patria potestad en la regulación civil -----	26

CAPÍTULO 2: LAS INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO FAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL PERUANO

2.1.	Noción y definición de institución supletoria de amparo familiar -----	34
2.2.	Tratamiento jurídico de las instituciones supletorias de amparo en el orden civil nacional -----	36
2.3.	Breve referencia a las instituciones supletorias de amparo familiar en el código civil de 1984 -----	44
2.3.1.	La tutela -----	44
2.3.2.	La curatela -----	53
2.3.3.	El consejo de familia -----	60

CAPÍTULO 3: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO DE FAMILIA Y SUS IMPLICANCIAS PRÁCTICAS

3.1. Naturaleza jurídica del consejo de familia: ¿es realmente una institución supletoria de amparo familiar? -----	66
3.2. El consejo de familia como institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar -----	72
3.3. Supuestos en que se requiere la conformación de un consejo de familia -----	76
3.4. Implicancias prácticas del consejo de familia a la luz de la jurisprudencia -----	78
Conclusiones -----	81
Bibliografía -----	82
Anexos -----	89

TABLA DE ABREVIATURAS:

Exp.	:	Expediente
Art.	:	Artículo
SUNARP	:	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
TC	:	Tribunal Constitucional
Cc	:	Código civil

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico peruano debido a esa disposición constitucional de protección a la familia ha delineado en el código civil una serie de instituciones supletorias de amparo familiar, entre las que se encuentran la tutela, curatela y el consejo de familia, no obstante 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.

El interés del Estado por proteger al menor de edad o mayor incapaz, permite contar con una normativa que ante la pérdida, extinción o limitación 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 tutela y la curatela puesto que de manera universal son consideradas como instituciones supletorias de amparo familiar, sin embargo surge una incertidumbre al momento definir el consejo de familia, debido a que esta es vista 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 padres¹

¹ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Persona y Familia*, Revista del instituto de la familia, Lima, 2012, p. 331-332.

Para los casos en donde se encuentra establecida la institución familiar antes mencionada 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. En ese sentido, siendo así, qué caso 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. ¿Acaso no sólo bastaría con la conformación de un consejo de familia para proteger al menor o al mayor incapaz?

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, deberán solicitar la convocatoria a reunión de dicho Consejo para la adopción de los acuerdos correspondientes”².

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 estarán encargados de nombrar tutores y curadores dativos, admitir o no la renuncia de éstos, 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 y el Código Procesal Civil.

En la actualidad, varias legislaciones han regulado tres sistemas de guarda: un Latino, con la única presencia de la familia (como sucede en el caso de Francia y Bélgica); un 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

² Sentencia de fecha 24/03/2014, del Exp. N° 02754-2013. seguido ante el primer juzgado de paz letrado familia de Ferreñafe, sobre la conformación del consejo de familia.

Estado (teniéndose como modelos de ello, los casos de Perú, Chile, Argentina, entre otros)³.

Incluso, 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: ¿en qué casos será necesaria la constitución de un consejo de familia como institución de amparo familiar, si la tutela y la curatela bien podrían satisfacer la protección del menor o mayor incapaz, según sea el caso, y de sus bienes?

Por tales razones mediante la presente investigación pretende 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 podrían 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 determinar, atendiendo a la naturaleza las cosas, si en el ordenamiento jurídico peruano el consejo de familia realmente actúa como una institución supletoria de amparo.

³ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Ediciones Legales, 2010, pp. 593-594.

Para el desarrollo de lo antes precisado se realiza un estudio doctrinario y legislativo sobre la familia en el ordenamiento peruano, asimismo se hace un estudio exegético de las instituciones de amparo familiar y, luego se hace un análisis sobre la naturaleza de la institución del consejo de familia en el orden peruano con referencia a la jurisprudencia nacional. Para conseguirlo se ha revisado la doctrina nacional y extranjera de derecho de familia.

En el primer capítulo de la tesis, esta referido a la familia, sobre protección jurídico constitucional y civil de la familia y la patria potestad en el orden peruano. En él se analiza la familia desde la perspectiva constitucional vigente; asimismo la familia en el código civil de 1984; de igual manera la patria potestad como un derecho-deber de los padres con amparo constitucional; y el desarrollo de la patria potestad en la regulación civil.

En el segundo capítulo, sobre las instituciones supletorias de amparo familiar desde la perspectiva del derecho civil peruano, se aborda el estudio sobre la noción y definición de institución supletoria de amparo familiar; de igual forma el tratamiento jurídico de las instituciones supletorias de amparo en el orden civil nacional; y una breve referencia a las instituciones supletorias de amparo familiar en el Código civil de 1984.

Finalmente en el tercer capítulo, sobre la naturaleza jurídica del consejo de familia y sus implicancias prácticas, se estudia la naturaleza jurídica del consejo de familia: ¿es realmente una institución supletoria de amparo familiar?; asimismo el consejo de familia como institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar; también los supuestos en que se requiere la conformación de un consejo de familia; y las implicancias prácticas del consejo de familia a la luz de la jurisprudencia.

El Autor.

CAPÍTULO 1

PROTECCIÓN JURÍDICO – CONSTITUCIONAL Y CIVIL DE LA FAMILIA Y LA PATRIA POTESTAD EN EL ORDEN PERUANO

En este primer capítulo se desarrollarán los siguientes temas: la familia desde la perspectiva constitucional vigente; la familia en el código civil de 1984; la patria potestad: un derecho-deber de los padres con amparo constitucional; y desarrollo de la patria potestad en la regulación civil. De esta manera se señalará que la regulación de la familia es fundamental para el desarrollo de la sociedad y el fin del estado, que es el bien común.

1.1. La familia desde la perspectiva constitucional vigente

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; en la familia el ser humano obtiene su primera agrupación y alrededor de ella es donde la persona comenzará a desarrollarse.

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; DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, p.284, y BORDA, Guillermo. *Manual de derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002, p.307.

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.

La familia es indispensable para el desarrollo de la persona tanto en su dimensión individual como en la social. En la primera, porque la familia constituye esa principal fuente de protección, donde la persona obtiene las primeras enseñanzas y recibe los cuidados de sus parientes más cercanos; mientras que en la segunda, la familia se torna como aquel contexto donde la persona conforma su primera sociedad⁶, en donde aprende a interactuar para luego entablar relaciones con los individuos de la sociedad en general.

Al igual que la persona, vista como individuo y miembro de una sociedad, cuenta con derechos y obligaciones tutelados, también es lógico que los posean en cuanto integrante de una familia, puesto que en esta existe una relación social, pero también jurídica, por lo que el ordenamiento se presenta como un ente regulador de las relaciones que de ella se derivan, con el propósito de mantener una convivencia pacífica entre sus miembros. Así entendido, el Estado solo ha de actuar como entidad reguladora de dichas relaciones jurídicas que surgen de la familia, pero no se puede arrogar la creación de dicha institución, pues tiene su origen en la naturaleza de la persona humana, y no en su reconocimiento por parte del Estado.

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; MEJIA ROSASCO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad, la penalidad y voluntad*, Trujillo, Grijley, 2009, p. 46, GALLEGO GARCÍA, Elio. *Los cambios del derecho de familia en España (1931-1981), crónica breve de una mutación polémica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 61, y 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 diálogo con la jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 160, enero 2012.p. 120.

⁶ Cfr. CORNEJO FAVA, María Teresa. *Matrimonio y Familia, su tratamiento en el Derecho*, Lima, Codigraf, 2000, pp.113-114.

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 artículo (en adelante Art.) 4, la Constitución peruana vigente 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.

La última apreciación sostenida en el párrafo anterior se evidencia de una lectura sistemática de los artículos 4, 5⁹, y 6¹⁰ de la norma constitucional¹¹, a partir de los

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 De donde se desprende el tema sobre el amparo de las uniones de hecho.

¹⁰ De cuyo tenor se desprende el tema sobre la igualdad de los hijos ante el derecho.

¹¹ Art. 5° de la Constitución Política del Perú: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Art. 6° de la Constitución Política del Perú: “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 adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

cuales es posible determinar que la familia protegida constitucionalmente es aquella no solo derivada de una relación jurídica matrimonial sino también la que pueda haberse fundado en una relación concubinaria o unión de hecho propia. Es decir, el ordenamiento jurídico peruano busca el reconocimiento de la familia, y no su creación, puesto que ésta tiene un origen netamente natural.

Mediante dicha norma, por tanto, el Estado peruano entiende que la familia es la raíz de toda la sociedad¹² y que tiene su existencia en la propia naturaleza del hombre, pero que es una exigencia jurídica brindarle protección porque sin ésta estaría propensa a que sus derechos sean vulnerados. Incluso, aun cuando el Art. 4 se encuentre estructuralmente ubicado en el Capítulo de los “Derechos Sociales y Económicos”, esta ubicación temática no despoja a la familia de su contenido fundamental y primario para la persona humana.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en tanto máximo intérprete de la Constitución, con relación al reconocimiento de la familia se ha pronunciado señalando que, “más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionales garantizados”¹³. Es el propio TC el que ha reconocido constitucionalmente a la familia como una institución jurídica fundamental, y si bien es cierto, como se ha venido manifestando, la familia tiene su esencia en la naturaleza humana, dicho reconocimiento solo se hace necesario a efectos de proteger los derechos que surgen de ella y velar por el cumplimiento de sus correlativas obligaciones.

No está de más mencionar que la familia —a través de la Constitución— también cuenta con reconocimiento internacional en diversos documentos, como la

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 sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

¹² Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “*La familia en la Constitución Peruana*”, en la *Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 340-343.

¹³ MURO ROJO, Manuel (Dir.). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencias vinculadas con los artículos de la constitución*, Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, 2006, p. 219.

Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴. Al respecto, Chanamé Orbe considera que, siendo la familia aquella unidad fundamental para la persona, y debido a su gran importancia para con la sociedad, es que se hace necesaria su regulación y protección a través del Estado y, aún más, a través de los instrumentos internacionales¹⁵. Como vemos, debido a su importancia para la sociedad, la familia no solo cuenta con regulación a nivel nacional, sino también a nivel internacional, y un ejemplo de ello es la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.

Un reconocimiento constitucional de la familia es adecuado –y para nada negatorio de su carácter natural– porque de ese modo se protegen los derechos de cada miembro de la familia y, sobre todo, de la misma en su conjunto, así como se garantiza el cumplimiento de sus deberes; todo esto respaldado por el principio de protección de la familia.

Es de vital importancia el reconocimiento y la protección constitucional promovida a favor de la familia, pues de esta forma sobresale el gran interés del ordenamiento jurídico por lograr la correcta consolidación de la familia como sociedad primera, acentuado en la Constitución a través del principio de protección de la familia. El Estado reconoce a la familia como verdadera institución sin negar su carácter natural y fundamental.

1.2. La familia en el Código Civil de 1984

Además de contar con regulación constitucional, la familia también recibe tratamiento legislativo en el Código civil vigente de 1984 (en adelante Cc), cuyo

¹⁴ Cfr. CARRUITERO LECCA, Francisco y otro. *El Derecho de Familia, un análisis de la jurisprudencia y la sociología jurídica*, Trujillo, B.L.E, 2004, pp. 33-34; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984. Derecho de Familia*, Tomo 3, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, pp. 37-38; BARNALES BALLESTEROS. Enrique. *La Constitución de 1993*, Lima, Constitución y Sociedad, 1996, PP. 157-158.

¹⁵ Cfr. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la Constitución*, 5ª ed., Lima, Jurista Editores, 2009, pp. 187-189.

Art. 233¹⁶ refiere expresamente que “la regulación de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento”. Asimismo, el citado artículo menciona que dicho fin se cumplirá en consonancia con los principios¹⁷ y normas constitucionales.

La regulación civil de la familia abarca diversos temas, entre los cuales destaca: los efectos civiles personales y patrimoniales del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco y los impedimentos matrimoniales, las figuras de la separación y el divorcio, esta última como medio para la extinción del vínculo matrimonial, la filiación en general (matrimonial, extramatrimonial y adopción), entre otros¹⁸. En específico, en lo respecta a la estructura temática del tratamiento de la familia en el Cc, es el Libro III el que le dispensa amplia dedicación. Dicho Libro, denominado del Derecho de Familia, se divide en cuatro secciones: la primera, sobre sus disposiciones generales; la segunda, referida a la sociedad conyugal; la tercera, sobre la sociedad paterna filial; y, por último, la cuarta sección, destinada a la regulación de las instituciones de amparo familiar.

En la primera sección encontramos la regulación de la familia para contribuir en su fortalecimiento, de igual manera brinda tratamiento jurídico al matrimonio reconociendo la igualdad entre los cónyuges, en lo que respecta a los deberes como padres frente a sus hijos, así como referido a sus efectos personales y patrimoniales, señala el grado de parentesco¹⁹ que surge a partir de los descendientes, y el grado de afinidad que deviene de la relación entre un cónyuge y los familiares del otro. Todo ello se encuentra en concordancia con lo establecido en la Constitución.

¹⁶ A la letra, Art. 233 del Código Civil: “La regulación de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Cfr. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Código Civil*, 6ª ed., Lima, IDEMSA, 2002, p. 28.

¹⁷ Los principios constitucionales del Derecho de Familia, son: el principio de protección de la familia, el principio de promoción del matrimonio, el principio de amparo de las uniones de hecho y, finalmente, el principio de igualdad de categorías de filiación. Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de derecho y familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 22-28.

¹⁸ Cfr. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*, 3ª ed., Lima, Moreno, 2002, pp. 37-39.

¹⁹ Cfr. TUESTA SILVA, Wilder. *Código Civil Comentado*, Lima, Grijley, 2001, pp.154-155.

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, 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.

En la segunda sección encontramos cuatro títulos: el matrimonio como acto, las relaciones personales entre los cónyuges, el régimen patrimonial y el decaimiento o disolución del vínculo. El primero se refiere a los requisitos y formalidades para la celebración del matrimonio, al igual que a sus impedimentos, ya sean relativos o absolutos; además desarrolla los supuestos de invalidez o anulabilidad del matrimonio. El segundo título, por su parte, abarca los derechos y deberes que se derivan de tal. El tercer título hace referencia a los bienes propios de cada cónyuge, así como los bienes sociales y a su respectiva administración. También dice que en caso de finalizar la sociedad de gananciales²⁰ en cualquiera de sus supuestos, surge la liquidación de dicha sociedad.

En cuanto los temas desarrollados en la segunda sección, un punto importante a tener en consideración es el reconocimiento de las uniones de hecho, el cual permite conocer que la conformación de la familia no solo se da con el matrimonio, sino también a través de esta figura. Ya en el cuarto título, aparecen los supuestos que pueden dar lugar a la disolución del vínculo matrimonial²¹, entre los cuales se encuentra el divorcio.

²⁰ Art. 318 del Código Civil: “Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

1. Por invalidación del matrimonio.
2. Por separación de cuerpos.
3. Por divorcio.
4. Por declaración de ausencia.
5. Por muerte de uno de los cónyuges.
6. Por cambio de régimen patrimonial”.

²¹ Art. 333 del Código Civil: “son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.

Al igual que concede protección a los integrantes de la familia, también se encarga de resguardar o brindar seguridad a los bienes que forman la parte material de la misma, es decir, los bienes que se obtienen durante la convivencia, o en el desarrollo de la familia y en caso de separación deben ser repartidos de manera igualitaria, según corresponda.

En la tercera sección se regula a la sociedad paterno-filial, donde la encontramos como primer punto a la filiación matrimonial, su relación con los hijos matrimoniales, y de igual forma la adopción. Como segundo punto encontramos la filiación extramatrimonial, ya sea de manera voluntaria o a través de una sentencia, y el derecho de estos últimos a solicitar a sus padres de manera personal, o en la vía judicial por medio de su representante, alimentos para su manutención. Como tercer punto encontramos a la patria potestad que involucra los derechos y deberes que tienen los padres para con sus hijos, y éstos para con sus padres, siendo ante la privación, limitación, suspensión o pérdida de dicha patria potestad que entran a tallar las instituciones de amparo familiar.

Y es precisamente en esta cuarta sección en donde se habla acerca de las instituciones de amparo familiar – la tutela, la curatela y el consejo de familia– las cuales cobran vigencia ante la privación, limitación, suspensión o pérdida de la patria potestad y donde menor de edad o mayor incapaz, son representados a

-
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias.
 3. El atentado contra la vida del cónyuge
 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Art. 347.
 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Art. 335.
 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”

través de una persona denominada tutor o curador según sea el caso debido a su falta de capacidad de ejercicio.

Como se ha manifestado líneas arriba, en la familia los que son titulares de una mayor protección por parte del Estado son los menores de edad, pues como carecen de la capacidad de ejercicio tienen que ser sus padres quienes actúen en su nombre, e incluso ante la ausencia de dicha facultad –patria potestad– es que los menores de edad nunca se verán desprotegidos, pues siempre van a tener a un representante, llamado tutor. De igual forma sucede para los mayores incapaces, cuyo representante será un curador. De esta forma aparecen las denominadas instituciones supletorias de amparo familiar: tutela, curatela y el consejo de familia.

Sin duda alguna, el tratamiento jurídico conferido a los diversos aspectos de la familia en el Libro III del Cc es amplio y fundamental, observando siempre esa concordancia con los principios recogidos por la Constitución sobre el Derecho de familia, tal como lo prevé el Art. 233 del Código sustantivo en materia civil.

El ordenamiento jurídico peruano brinda una protección especial a los menores de edad, y a los mayores incapaces, tanto en el cuidado de su persona como en la custodia de sus bienes, pues el Estado entiende que al poseer éstos la capacidad de goce, y no la de ejercicio, y al contar los padres con la patria potestad para poder representarlos, es que se hace necesario, por ejemplo, la regulación de los deberes de los padres hacia su hijos, y de éstos hacia los primeros. En caso de incumplimiento de esos deberes, es que se puede perder o restringir el ejercicio de patria potestad, brindándole al menor de edad o mayor incapaz una protección a través de las figuras de amparo familiar.

1.3. La patria potestad: un derecho-deber de los padres con amparo constitucional

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”²², 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.

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 éstos 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 vigente²³, 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.

²² 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, y HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil*, Caracas, Editores Vadell Hermanos, 2001, pp. 301-302.

²³ 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”.

Pero el art. 6 de la Constitución no se limita a referir que los padres tienen un derecho-deber, sino que además puntualiza cuáles son, con carácter primario, esos deberes: la alimentación, la educación y la seguridad, de los cuales son beneficiarios sus propios hijos²⁴, sea que tengan la condición de matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos; algo que se desprende de una interpretación conjunta del citado artículo.

Lo que se pretende con la regulación constitucional de la patria potestad es, por un lado, otorgar un reconocimiento al derecho que tienen los padres con relación al cuidado de sus hijos, y, por otro, amparar el cumplimiento de sus obligaciones para con ellos.

Pese a que la Constitución, mediante su art. 6, no mencione de modo *ex professo* que está refiriéndose a la patria potestad, queda claro que se trata de ella, pues esa es la descripción más exacta de la relación paterno-filial²⁵. Siendo así, no queda duda que la patria potestad “es un deber, porque ambos esposos deben cumplir determinados preceptos legales, sociales y humanos que benefician a los hijos y, porque, están obligados a respetar los derechos de estos”²⁶.

Así como la familia es una institución natural que tiene su existencia en la naturaleza del hombre, los derechos y las obligaciones que van a surgir de ella también serán naturales, y el Estado es quien otorga el reconocimiento constitucional para brindarles una protección irrestricta, y poder velar por la satisfacción y cumplimiento de sus respectivos derechos y obligaciones. El Estado interviene, de este modo, para mantener la convivencia pacífica entre los

²⁴ Cfr. CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Constitución: lectura y Comentario*, Lima, Editorial Rodhas, 2007, pp. 62-63; DINIZ, María Elena. *Curso de Direito civil Brasileiro*, Sao Paulo, Saraiva, 2002, p. 439; GOMES, Orlando. *Direito de família*, Río de Janeiro, Ed. Forense, 2001, p. 390; y GÓMEZ GUEVARA, Amalia. “La problemática de la suspensión y pérdida de la patria potestad en el proceso penal en aplicación de las leyes” en gaceta penal y procesal penal, N° 40, octubre 2012, p. 229.

²⁵ Cfr. CASTRO PÉREZ-TREVINO, Olga. “Paternidad responsable, derechos y deberes de padres e hijos. Igualdad de los hijos” en la *Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2005. pp. 384-390; JIMENES SANJINÉS, *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, Bolivia, Editora Presencia, 2002, p. 134, y DECKER MORALES, José. *Código de familia*, La Paz, Los Amigos del Libro, 2000, pp. 345-347.

²⁶ CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Ob. cit.*, p. 191.

miembros de la familia, y a partir de ello lograr una buena convivencia de toda la sociedad.

Todo lo antes mencionado permite, por tanto, precisar las características de la patria potestad²⁷: 1) es reconocida como una institución del Derecho de Familia; 2) a través de la regulación de la patria potestad no solo se reconocen deberes a los padres, sino también derechos que han de ejercer frente a sus hijos y los bienes de éstos; 3) como sucede con los padres, los hijos no solo tienen derechos frente a ellos, sino que además tienen deberes, como por ejemplo, socorrerlos ante una enfermedad o atenderlos durante su ancianidad; 4) al igual que la familia, la patria potestad no tiene su origen en la ley, sino que encuentra su razón de ser en la propia naturaleza; y, 5) la patria potestad tiene como finalidad proteger en todo momento los intereses de sus hijos.

Así entendido, cabe hacer breve referencia a cada una de las características antes mencionadas. En la primera característica se señala que la patria potestad es una institución del Derecho de Familia, y a nadie le quedará duda que la facultad que ejercen los padres para con sus hijos se encuentra referido a aquella relación paterno filial que existe entre ellos y que hace posible que podamos hablar de la familia como una institución. En la segunda característica, se habla de los derechos y deberes de los padres, puesto que en su rol de representantes de sus hijos, estos son responsables de su cuidado tanto de su persona como de sus bienes.

En la tercera característica se aprecia que la patria potestad también puede estar referida de los hijos hacia sus padres, en el caso de alguna enfermedad, discapacidad, ancianidad, etc., de los padres, pues como la patria potestad es una institución del Derecho de familia, debe de estar enmarcada precisamente en la protección de todos los integrantes de la familia sin importar que este dirigida de padres a hijos, o de estos a sus padres.

²⁷ Cfr. GARAY MOLINA, Ana Cecilia. *Custodia de los hijos cuando se dan fin al matrimonio, tenencia unilateral o tenencia compartida (Coparentalidad)*, Trujillo, Grijley, 2009, pp. 64-65; FLORES NANO, Lourdes. *Propuestas de modificación al libro de familia del Código Civil*, Lima, Congreso de República del Perú, 1997, p.56, y FERNANDEZ CLERIGO, Luis. *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, Uteha, 1947, p. 345.

En la cuarta característica se habla de su origen, es decir, la propia naturaleza de la persona, es por ello que el orden peruano lo único que hace es reconocerla a través de su Norma máxima: la Constitución. Y en la quinta característica, se habla de la finalidad de la patria potestad, que es proteger los intereses de los hijos, ante su falta de capacidad de ejercicio.

El ordenamiento jurídico peruano busca que la patria potestad a nivel constitucional en conjunto con la familia deban ir de la mano, es decir no se podría hablar de uno dejando de lado al otro. Esto es porque cuando el Estado quiere lograr el bien común en la sociedad, necesita de la convivencia pacífica de las familias que conforman dicha sociedad, y para lograr esta convivencia se necesita que se ejercite adecuadamente la patria potestad, y es en este sentido, que tanto la familia, como la patria potestad, son necesarias para el logro del bien común en la sociedad colectiva, y por ende se hace necesario el reconocimiento constitucional de ambas figuras jurídicas.

1.4. Desarrollo de la patria potestad en la regulación civil

El art.418 del Cc señala que: “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”²⁸. Como puede verse, en la legislación civil la figura jurídica de la patria potestad se encuentra suficientemente definida como un derecho y deber, manteniendo, de ese modo, una plena concordancia con lo expresado al respecto por el Art.6 de la Constitución.

En ese sentido, la patria potestad comporta ese deber que se le impone a los padres con el único propósito de conseguir beneficios para sus hijos y, al mismo tiempo, implica también un derecho. Una interpretación del mencionado artículo,

²⁸Cfr. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 289; DOYHARCABAL CASSE, Solange. *Temas de derecho*, X, departamento de derecho área de investigación jurídica, 1992, p. 103; DI LELLA, Pedro. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo, 1998, p. 117; y CANALES TORRES, Claudia. “*El otorgamiento de la tenencia y custodia de un menor de edad*” en *Dialogo con la jurisprudencia actualidad, análisis, y crítica jurisprudencial*, N° 147, 2010, p151.

permite advertir que entre los principales deberes de los padres aparecen: el velar por sus hijos, alimentarlos, educarlos, brindarles una protección integral, representarlos, corregirlos –siempre de una manera moderada–, y encargarse de la administración de sus bienes.

De igual manera, de la dicción literal del art. 418 antes citado, cabe entender en estricto que la patria potestad no solo implica ese conjunto de derechos y deberes de los padres, pues correlativamente de allí también aparecen derechos y deberes para los hijos, entre los que aparecen, por ejemplo, el derecho a los alimentos y el deber de obedecer a sus padres, e inclusive cuidarlos en el caso de ancianidad o de alguna enfermedad²⁹. Claro está, que esa esfera de protección que otorga el Estado a la patria potestad no solo comprende asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos, sino también de estos últimos para con los primeros; lo propio ha de suceder con la garantía de la satisfacción de los derechos de ambos.

Siguiendo con el desarrollo del tema, cabe precisar que la patria potestad ha de ser ejercida por ambos padres cuando la relación paterno-filial se derive de un vínculo matrimonial; sin embargo no será así, cuando aquella surja de una relación extramatrimonial, ya que la patria potestad solo recaerá en quien realice el reconocimiento voluntario de la filiación (salvo que el hijo luego accione contra quien no reconoció voluntariamente para conseguir la determinación de la filiación extramatrimonial). Respecto de los hijos adoptivos, ejercerá la patria potestad del mismo quien haya efectuado la adopción.

Entre los derechos y deberes que comprende la patria potestad, el Cc peruano vigente trata los siguientes³⁰:

1) Proveer el sostenimiento y educación de los hijos. Respecto al sostenimiento, se hace referencia a la asistencia que debe existir por parte de los padres hacia

²⁹ Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ob. cit.*, pp. 99-103.

³⁰ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “*Deberes y derechos que genera el ejercicio de la patria potestad*”, en *Código Civil Comentado, Tomo 3, Derecho de Familia (segunda parte)*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 127-142; CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*, Lima, Grijley, 2002, pp. 345-346.

los hijos, en el sentido de estar pendientes de éstos, sobretodo en su alimentación y educación. De igual manera esta función la deben de cumplir los hijos, en el sentido de no abandonarlos en su ancianidad o ante el padecimiento de alguna enfermedad. En cuanto a la educación, ésta implica una adecuada formación tanto en el aspecto cognitivo, espiritual y moral.

2) Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación. En cumplimiento de este deber los padres deben asegurar la formación académica de sus hijos, de tal manera que luego les permita obtener un trabajo digno para su sostenibilidad.

3) Corregir moderadamente a los hijos (pues cualquier exceso los haría incurrir en supuestos de violencia familiar), y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. En coherencia con ello aparece el deber de obediencia y respeto por parte de los hijos hacia sus padres.

4) El derecho a requerir la ayuda y servicio de sus hijos cuando ella fuera necesario, atendiendo a su edad, condición y sin perjudicar su educación. Aquí se hace referencia al deber que tienen los hijos de ayudar a sus padres en las labores del hogar o trabajo familiar, siempre que sea acorde con su edad y teniendo como límite el que con ello no se perjudique su educación.

5) Representar a los hijos en los actos de la vida civil hasta que éstos adquieran la capacidad para actuar por ellos mismos; hasta que ello suceda, serán representados legalmente por sus padres.

6) Como consecuencia de lo anterior, los padres se encargarán de la administración de los bienes de sus hijos. Asimismo, podrán usufructuar sus bienes, ya que los padres tienen el derecho de usar y disfrutar de los bienes de los hijos.

Además de lo antes mencionado, cabe señalar que, en lo que respecta a la regulación civil de la patria potestad, otra norma de mucha importancia es la

contenida en el Art.435 de mismo cuerpo legal³¹. Este artículo se refiere³² a la curatela de los bienes de los hijos mayores incapaces, misma que podrá ser ejercida por un curador cuando el padre que tuviese la patria potestad renunciare a la administración de los bienes de los hijos y decidiera ser sustituido por un curador, quien tendrá las obligaciones de acudir a las reuniones del consejo de familia. Otro caso se presentará cuando el curador hubiese sido nombrado mediante testamento por el padre.

También es necesario precisar que el Cc prescribe diversos supuestos en los que podría verse afectada la patria potestad. Así, tenemos casos de suspensión, extinción, privación y pérdida de la patria potestad, mismos que se encuentran expresamente regulados en dicho texto legal.

En lo que respecta a la suspensión de la patria potestad, cabe precisar que ésta no implica la pérdida absoluta de la titularidad de tal derecho-deber³³, es decir, en esa situación la patria potestad no se pierde ni extingue sino que quien la tiene tan solo no podrá ejercerla por un determinado tiempo. De ahí se entiende que la suspensión es solo temporal y no definitiva, lo que sí sucede con la pérdida de la patria potestad. Es el art. 466 del Cc el que prescribe las situaciones en que se presenta el supuesto de suspensión de la patria potestad:

1. Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil. Es decir estamos ante los casos que ante la incapacidad de uno de los padres, el otro tiene que asumir dichas funciones.

³¹ Art. 435 del Código Civil regula *in fine*: “El Juez puede confiar a un curador, en todo o en parte, la administración de los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad de uno solo de los padres:

1. Cuando lo pida el mismo padre indicando la persona del curador.
2. Cuando el otro padre lo ha nombrado en su testamento y el juez estimare conveniente esta medida. El nombramiento puede recaer en una persona jurídica”.

³² Cfr. FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán. *Código Civil, Decreto Legislativo N° 295*, Lima, MV Fénix, 2010, p119.

³³ Cfr. PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y derecho de menores*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2002, pp. 493; GOMEZ PIEDRAHÍTA, Hernán. *Código de Familia Colombiano*, Colombia, Librería Jurídica Wilches, 1994, p. 20; y CAÑON RAMIREZ, Pedro. *Derecho Civil*, Colombia, Presencia Ltda, 1995, p. 320.

2. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre. Es decir que se les puede suspender el ejercicio de la patria potestad a través de una sentencia, cuando así lo disponga el juez.
3. Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla. Es decir cualquiera de los padres tiene un impedimento que los inhabilita de seguir ejerciendo la patria potestad.
4. En el caso del Art.340³⁴. Se refiere que el padre que obtenga a su favor una sentencia fundada de divorcio, como motivo de una de las causales de esta misma norma, es quien ejercerá la patria potestad, a excepción que el juez señale lo contrario.

Por su parte, jurisprudencialmente se conceptualiza la suspensión de la patria potestad como una “restricción a favor del interés superior del niño”³⁵, porque cuando se restringe la patria potestad es únicamente para garantizar el interés superior del niño.

Ahora, sobre la extinción de la patria potestad se produce en los siguientes supuestos:

1. Por la muerte de los padres o del hijo. Pues ante la ausencia ya sea de cualquiera de los padres, o del hijo, por causas de la muerte de cualquiera de

³⁴ Art. 340 del Código Civil:

“Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona.

Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido”.

³⁵ Exp. N° 727-2011, Corte Superior de Justicia de Lima-Primera Sala Especializada de Familia, de fecha veintitrés de Noviembre de dos mil once (Res. N° cuatro): “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el Derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo cual es ejercitado conjunta o separadamente, por lo que se entiende que tanto la suspensión como la privación de este derecho y deber, supone una restricción a favor del interés superior del niño”. Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre Derecho de Familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, pp. 266-268.

- estos, el ejercicio de la patria potestad, no se podrá ejercer de manera completa.
2. Por cesar la incapacidad del hijo conforme al Art.46°³⁶ En los casos de tratarse de mayores de dieciséis años, estos pueden representarse por sí solos, en los casos de matrimonio, o un justo título de profesión. Y para los mayores de catorce años, pueden representarse y representar a su hijo ante el nacimiento de este, pero solo en los casos de alimentos.
 3. Por cumplir el hijo dieciocho años de edad. Es decir por cumplir con la mayoría absoluta que exige nuestro sistema jurídico peruano.

En los casos de pérdida de la patria potestad tenemos que remitirnos a lo estipulado en el art. 462, el cual hace referencia a los supuestos de la pérdida de la patria potestad por haber ocasionado un delito, que conlleva a la pérdida de la libertad, y además por abandonar a su hijo por un periodo de seis meses durante un periodo continuo, o por plazos que sumados todos resulta dicho periodo.

En lo referente a la privación de la patria potestad, debemos señalar el Art.463 del cuerpo legal antes citado³⁷ señala que se les puede privar a los padres del ejercicio de la patria potestad cuando dan un mal ejemplo a sus hijos, por tratarlos de una manera totalmente intolerable a sus edad, es decir, maltratarlos, y sobre todo por no cumplir con su función u obligación principal de brindarles los alimentos correspondientes.

³⁶ Art. 46 del Código Civil: “La incapacidad de las personas mayores de dieciséis 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 años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos”

³⁷ Art. 463 del Código Civil: “Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
2. Por tratarlos con dureza excesiva.
3. Por negarse a prestarles alimentos.

De igual manera, el Código de los Niños y Adolescentes³⁸, a través de sus artículos 75 y 77 contemplan otras causales de suspensión, extinción o pérdida de la patria potestad a las ya previstas en el Cc. Por ejemplo en la suspensión además de las causales establecidas en el Cc, el Código de los Niños y Adolescentes reconoce la suspensión por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; por maltratarlos física o mentalmente; por negarse a prestarles alimentos; por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio.

En el caso de la extinción, y pérdida de este derecho-deber, encontramos que mientras para el Cc, las causas se dan por separado, en el Código de los Niños y Adolescente ambas causales se encuentran en un artículo, e incluso con dos causales más que son: por declaración judicial de abandono, y por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos

Del mismo modo en que puede suscitarse la pérdida o suspensión de la patria potestad, por aplicación del principio constitucional de protección de la familia también se puede restituir a los padres el ejercicio de su patria potestad, tal como puede verse del Art. 471 del Código Civil, en donde se otorga al juez la facultad de

³⁸ Art. 75 del Código de los Niños y Adolescentes: “La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.

“h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173- A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal.”

Art. 77 del Código de los Niños y Adolescentes: “La Patria Potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Art. 75; y,
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Art. 46 del Código Civil”

restituir la patria potestad cuando se hubieran puesto fin a las causas que la originaron. En igual sentido, el Código de los Niños y Adolescentes hace mención a dicha posibilidad en su Art. 78³⁹, teniendo como fundamento principal para ello el interés superior del niño.

³⁹ Art. 78 del Código de los Niños y Adolescentes: “Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

CAPÍTULO 2

LAS INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO FAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL PERUANO

En este segundo capítulo se desarrollarán los siguientes temas: la noción y definición de institución supletoria de amparo familiar, el tratamiento jurídico de las instituciones supletorias de amparo en el orden civil nacional, una breve referencia a las instituciones supletorias de amparo familiar en el Código civil de 1984, es decir, de la tutela, la curatela y el consejo de familia. De esta manera se señalará que el Estado, protege en todo momento al menor de edad, como al mayor incapaz, e incluso ante la privación, limitación, suspensión o pérdida de la patria potestad, se han creado instituciones supletorias de amparo familiar destinadas a suplir dicha función familiar.

2.1. Noción y definición de institución supletoria de amparo familiar

Como ya se ha puesto de manifiesto, el ordenamiento jurídico peruano, tanto a través del Cc. como del Código de los Niños y Adolescentes, contemplan ciertos mecanismos destinados a la protección de los menores de edad⁴⁰ y mayores incapaces, para que por su falta de capacidad de ejercicio en ningún momento se vean desprotegidos, ya sea en el cuidado de su persona como en la administración de sus bienes. Y la razón de ello es que aquellos –los incapaces– por sí solos no pueden ser responsables de sus actuaciones, más aun cuando estas traen consigo una consecuencia jurídica.

⁴⁰ Cfr. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 328-329.

Por esta razón, son los padres los primeros en ser llamados a ejercitar la denominada patria potestad; esto responde a un criterio natural que se encuentra presente en la esencia de la propia persona, así como al reconocimiento constitucional de dicha facultad a los padres. Sin embargo, se debe considerar que ante la privación, limitación, suspensión o pérdida de la patria potestad el Estado ha creado las instituciones de amparo familiar. Pero antes de referirnos a cada una de estas instituciones supletorias de amparo familiar, primero se ha considerado pertinente delimitar conceptualmente qué se entiende por institución supletoria de amparo familiar.

Una primera definición de institución supletoria de amparo familiar, aunque bastante escueta, es la que la caracteriza como figura protectora del incapaz⁴¹, es decir, aquella institución creada por el ordenamiento peruano para brindar protección a los carentes de capacidad de ejercicio, entendiéndose por estos tanto a los menores de edad como mayores incapaces que no cuentan con una representación legal por parte de sus padres.

La institución de amparo familiar también puede ser definida como aquella figura que se encarga de velar por los derechos de los menores de edad y de los incapaces adultos, los cuales necesitan de una protección que coadyuve a su propia subsistencia. Ello es así concebido porque el Estado brinda una protección muy especial a los incapaces por la situación en la que se encuentran, siendo de su interés que por ningún motivo queden desamparados; además, de este modo el Estado está cumpliendo con el mandato constitucional de especial cuidado a los menores de edad⁴².

Las figuras de la tutela, curatela y el consejo de familia reciben la denominación de instituciones supletorias de amparo familiar, en el sentido que reemplazan a la

⁴¹ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Tomo 3, Lima, Librería Studium, 1982, p. 148.

⁴² 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 y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley"

familia, ya sea del menor de edad, o mayor incapaz, pues son precisamente los representantes quienes se encargan del cuidado de su persona y suplen de alguna manera la función de los padres. Y hablamos de amparo familiar, porque el tutor o el curador, según sea el caso, suplen de alguna manera a los padres para brindar a su representado un cuidado especial, y además representarlo en todos sus actos, pero sobre todo en los que traen consigo una consecuencia jurídica.

También podría señalarse que, las instituciones supletorias buscan brindar una protección a los incapaces, y es por ello que se constituyen como una institución de amparo familiar al igual que la institución de la familia.

Con base en lo dicho se puede decir que, la institución de amparo familiar es aquella que busca brindar una protección al menor de edad o mayor incapaz ante la privación, limitación, suspensión o pérdida de la patria potestad de sus padres, o a la muerte de estos, porque es frente a tales supuestos cuando surge la necesidad de que el Estado, a través de estas instituciones, los ampare.

2.2. Tratamiento jurídico de las instituciones supletorias de amparo en el orden civil nacional

Las instituciones supletorias de amparo familiar reguladas en el ordenamiento peruano son: la tutela, curatela y el consejo de familia, que han sido creadas con la finalidad de brindar protección tanto a los menores de edad como a los mayores incapaces que no cuentan con representación legal por parte de sus padres.

La figura de la tutela, como una “institución supletoria de la patria potestad”⁴³ supone que los padres del menor se encuentran privados, o suspendidos por algún motivo especial, de ejercer la patria potestad, situación que debe ser solucionada a través de la designación de un tutor, destinado al cuidado del menor.

⁴³ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 321; Cfr. AYVAR CHIU, Karina. “La tenencia solo puede ser ejercida por los padres” en *Dialogo con la jurisprudencia, actualidad, análisis, y crítica jurisprudencial*, N° 148, enero 2011, p.142-143.

Se debe tener presente que la tutela implica el ejercicio de una serie de funciones, las cuales, además, fungen como sus características peculiares, y son: función supletoria, función de guarda y representación de los menores de edad, función personalísima, y una función obligatoria inexcusable⁴⁴.

La primera de ellas, se encuentra referida a la función de suplir la patria potestad, por lo que ante la ausencia de los padres, se hace indispensable la presencia de un tutor para el cuidado de su persona y la correcta administración de sus bienes. La segunda función es considerada una función protectora, debido a que su principal actividad será la representación del menor frente a todos aquellos actos con consecuencia jurídica. La tercera es la función personalísima, porque el cargo de tutor debe ser realizado a título personal, es decir, el tutor puede realizar aquellas funciones para las que ha sido designado. Y por último, se habla de una función obligatoria inexcusable puesto que sus acciones designadas son de cumplimiento obligatorio, de las cual nadie puede excusarse sin causa suficiente.

En nuestro ordenamiento se puede hablar de las siguientes clases de tutela: la tutela testamentaria o por escritura pública, la tutela legítima, la tutela dativa y la tutela especial.

Una de las formas de adquirir el título de tutor es la testamentaria, también denominada por escritura pública, en donde aquel puede ser designado ya sea por los padres matrimoniales, los extramatrimoniales o el adoptante, para que ante la ausencia de estos, los menores o mayores incapaces no se queden, en ningún momento, desamparados.

También existe la tutela legítima⁴⁵, la misma que se instituye ante la falta de un tutor nombrado en testamento o escritura pública, donde los abuelos y demás ascendientes del menor pueden desempeñar el cargo, pero siempre prefiriéndose al más próximo sobre el más remoto; en este caso, el tutor es elegido por el consejo de familia y declarado como tal por el juez.

⁴⁴ Ibídem, pp. 324-325. Cfr. BELLUSCIO AUGUSTO, César. *Manual de derecho de familia*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 430-431.

⁴⁵ Cfr. CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*, Lima, Grijley, 2002, p.360.

En la jurisdicción argentina, existe la figura de la tutela legítima o también llamada legal⁴⁶, la cual se ha extendido también para el caso de hijos extramatrimoniales, y tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos por testamento o escritura pública, o aun cuando habiendo sido nombrados no ejercen la tutela, o dejan de ser tutores. Esta tutela legítima se encuentra a cargo del Consejo Nacional del Menor y la Familia u organismo provincial análogo⁴⁷ en el caso de menores confiados a establecimientos de beneficencia; y para el caso del ordenamiento jurídico peruano, esta designación se encuentra en manos del consejo de familia.

La designación de la tutela dativa se encuentra también en manos del consejo de familia, y en la legislación argentina, regulada por el Art. 392 de su Código civil⁴⁸, se encuentra a cargo de un Juez, con las limitaciones respectivas. Mientras que la tutela especial, en Argentina solo se encuentra referida a los bienes determinados o a asuntos judiciales, pero nunca a poderes sobre la persona del menor.

Como se advierte, la figura de la tutela se encuentra enmarcada en el cuidado de los menores de edad, en donde el tutor se encarga de velar por el cuidado del menor y la correcta administración de sus bienes. Ahora bien, el tutor en ciertas ocasiones necesita estar supervisado en sus actuaciones, y es donde el consejo de familia cumple la función de controlar y supervisar el cumplimiento de sus obligaciones en beneficio del menor.

⁴⁶ Cfr. BELLUSCIO AUGUSTO, César. *Ob. cit.*, pp. 437-438.

⁴⁷ Cfr. GROSMAN y Otros. *Los derechos del Niño en la Familia: discurso y realidad*, Buenos Aires, Universidad Rivadavia, 2000, pp. 326-237.

En la Doctrina argentina el Consejo Nacional del Menor y la Familia: es un organismo que depende directamente del Ministerio de Salud y Acción Social, teniendo a su cargo las funciones que incumben al Estado nacional en materia de promoción y protección integral de la minoridad y la familia en virtud del decreto 1606/90 del Poder Ejecutivo nacional.

Entre las funciones y deberes que tiene el Consejo, le compete la protección integral de los menores y discapacitados.

El decreto mencionado implica un avance extraordinario para dar mejor cobertura a los menores (protección prenatal, perinatal, neonatal e infantil) y a los adolescentes y menores hasta la mayoría de edad, así como también la efectiva recomposición de los sistemas y programas de atención de la población de menores y de los diferentes programas institucionales de internación, prevención y alternativos, programas en el medio familiar y social a nivel comunitario.

⁴⁸ De modo literal, el art. 392 del Código Civil argentino, dice: "Los jueces darán tutela al menor que no la tenga asignada por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal o cuando existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o hubiesen sido removidos de ella."

Respecto a la curatela⁴⁹, se habla de una representación que se le brinda a los mayores de edad incapaces por demencia. La finalidad por la que se ha creado esta figura es cuidar la persona del mayor incapaz, así como realizar una correcta administración de sus bienes. Además de preservar la salud del incapaz a través de tratamientos médicos, los cuales serán solventados con los frutos obtenidos en dicha administración, y representarlos en todos sus actos en especial de aquellos que tengan consecuencia jurídica.

En la doctrina, esta institución de amparo familiar cuenta al igual que la tutela con una clasificación⁵⁰: curatela testamentaria, curatela dativa⁵¹, curatela especial, y la curatela de bienes.

La primera de ellas, se refiere a la designación del curador vía testamento o escritura pública por parte de los padres del mayor incapaz representado. La segunda se presenta cuando, ante la ausencia de los padres o por la inexistencia de un testamento, el Juez designa un curador para el mayor incapaz, con la participación del consejo de familia. En la tercera clase de curatela, el curador es designado para cumplir funciones que al curador general no le han asignadas. Y la cuarta clase de curatela, es aquella destinada exclusivamente a la administración de los bienes del mayor de edad incapaz.

Según la terminología del Cc. las clases de curatela son⁵²: la destinada a los incapaces mayores de edad, a la administración de bienes y la de asuntos determinados. La primera de ellas se encuentra destinada al cuidado y recuperación de la salud del incapaz. En la segunda, la designación del curador es

⁴⁹ Cfr. BOSSERT, Gustavo y Otro. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p.612.

⁵⁰ Cfr. Ibídem, pp. 614-615.

⁵¹ Cfr. ABANTO TORRES, Jaime David. "La curadora procesal. Un tema pendiente en la reforma judicial a diecisiete años de vigencia del Código procesal civil" en *Actualidad jurídica*, tomo 209, abril 2011, p.78.

⁵² Cfr. Exp: 436-1998, de fecha 16 de abril de 1998: "Están sujetas a curatela las personas incapaces, que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento o sufran deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. Procede la interdicción de la persona que presenta severas expresiones de defecto, de personalidad y discernimiento, que no permitan llevar una vida laboral activa ni tomar determinaciones adecuadas para su despliegue en la vida civil".

para que se encargue de la correcta administración de los bienes del incapaz, y cuyos frutos obtenidos, serán utilizados en su recuperación. En la tercera el curador es nombrado solo para determinados asuntos.

La curatela cuenta con ciertas características como: el interés colectivo, su carácter personalísimo, y la no uniformidad. Es de interés colectivo debido a que a la sociedad, por medio del Estado, le interesa que el curador cumpla sus funciones de manera correcta, y prueba de ello es que el consejo de familia es la institución encargada de supervisar las actividades del curador. Es de carácter personalísimo porque, al igual que en la tutela, las funciones deben cumplirse de manera personal, quedando nula la posibilidad de asignar o delegar dichas funciones a un tercero. Y se habla de no uniformidad, porque sus funciones pueden variar según el grado de incapacidad de su representado.

En base a ello, la curatela es una institución de amparo familiar que se encarga del cuidado de la persona mayor de edad incapaz y de la correcta administración de sus bienes, siendo por la importancia de sus funciones, que su actuación debe encontrarse supervisada por otra institución, que en el derecho civil peruano es el consejo de familia.

La institución del consejo de familia es “una asamblea compuesta de parientes y afines o, en su defecto, de amigos del menor, presidida por el Juez”⁵³, es decir, se trata de un grupo conformado por personas cercanas al adulto incapaz, destinadas a estar pendientes del cumplimiento de las funciones del tutor, o del curador según sea el caso.

El consejo de familia también es definido como “aquel órgano superior que tiene a su cargo la dirección y el control de la actividad tutelar, es poder deliberante de la tutela y del centro de gravedad de la organización tutelar”⁵⁴; siendo esto así, puede decirse que el consejo de familia más que encargarse del cuidado del

⁵³ GALLEGOS CANALES, Yolanda y Otra. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Jurista Editores, 2001, p. 575.

⁵⁴ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de Familia. Teórico-Práctico. Sociedad paterno filial. Amparo familiar del incapaz*, Tomo 2, Lima, Huallaga, 1998, p. 398.

menor de edad, o mayor incapaz de manera directa, tiene como función controlar el cumplimiento de las actividades tanto del tutor como del curador.

Esto permite entender que la institución del consejo de familia, en lo que a su naturaleza jurídica se refiere, no es en verdad una institución supletoria de amparo familiar, sino una institución de control, debido a que el cuidado de la persona así como la administración de los bienes del representado corresponden al tutor, y respecto de los mayores incapaces, dichas funciones le competen al curador.

Sin embargo, se hace necesaria la existencia de una institución que controle el efectivo cumplimiento de las funciones del tutor y del curador, siendo esta el consejo de familia. Con ello quedaría demostrado que en realidad el consejo de familia no es una institución supletoria de amparo familiar, sino más bien una institución de control o supervisión de las instituciones supletorias de amparo familiar, esto es, de la tutela y de la curatela.

Sobre el consejo de familia, Gallegos Canales dice que: “siendo este organismo (Consejo de Familia) un consejo de tutela, más que un Consejo de Familia, su esfera de acción se contrae principalmente al ejercicio de la tutela (en sentido lato), y por la tanto, no hay acto importante en ella que no necesite la autorización o acuerdo del Consejo”⁵⁵. Es decir, el consejo de familia, más que institución supletoria de amparo familiar, es un organismo de control de aquellas que sí lo son.

Respecto a sus atribuciones frente al tutor, se tienen⁵⁶:

- En defecto del tutor testamentario, designar tutor legítimo con arreglo al orden de llamamientos para las distintas especies de tutela.
- Nombrar tutor dativo a falta de testamentario y legítimo.
- Aprobar el nombramiento de tutor testamentario hecho por la madre que contrajo segundas nupcias, para los hijos del primer matrimonio.

⁵⁵ GALLEGOS CANALES, Yolanda Y Otra. *Ob. cit.*, pp. 586-587.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 46, 586-588; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Ob. cit.*, pp. 248-249.

- Si el tutor fuera nombrado por un extraño, el nombramiento no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia o el legado.
- Dar posesión a los tutores, resolver las excusas, incapacidades y remoción de los mismos, y fijar la retribución de ellos en los casos que proceda.
- Respecto de los bienes, dictar todas las medidas necesarias para atender a los bienes del menor, señalar término para hacer el inventario, designar los peritos que han de apreciar los muebles y determinar actos administrativos que han de ejercer el tutor para la conservación de los bienes.
- Autorizar la pensión alimenticia cuando proceda.
- Autorizar los castigos y privaciones del menor.
- Autorizar al tutor para dar carrera u oficio determinado al menor.
- Cuidar los bienes hasta que el tutor se posesione.
- Autorizar al tutor para continuar el ejercicio del comercio o de la industria.
- Autorizar al tutor para retirar el capital que produzca intereses, y de igual manera darle la autorización para realizar gastos extraordinarios.
- Censurar las cuentas de la tutela.
- Autorizar al tutor para dar y tomar dinero en calidad de préstamo, para enajenar y gravar bienes.
- Autorizar al tutor para aceptar la herencia sin beneficio de inventario.
- Prestar el consentimiento para el matrimonio al representado.
- Consentir la adopción del menor de edad cuando corresponda.

Además de las atribuciones antes mencionadas el Cc., a través de art. 647, también reconoce al consejo de familia otras funciones y prerrogativas⁵⁷:

⁵⁷ Cfr. MERINO ACUÑA, Roger Arturo. *Guía Procesal del Abogado*, Tomo 2, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 56-57.

- Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este Código.
- Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre.
- Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, y removerlos a su juicio.
- Provocar la remoción judicial de los tutores y 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 incapaz, en su caso, y en la administración de sus bienes, si los padres no la hubieran fijado.
- Aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejadas 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 y lo apruebe el Juez.
- Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta.
- Ejercer las demás atribuciones que le conceden el Cc., código procesal civil y el de los Niños y adolescentes.

Todas estas funciones deben ser ejercidas por el consejo de familia, y ello demuestra que su naturaleza no es la de una institución supletoria de amparo familiar, sino más bien la de una institución de control, de supervisión del tutor o del curador, según sea el caso en concreto.

2.3. Breve referencia a las instituciones supletorias de amparo familiar en el Código Civil de 1984

Como se ha venido desarrollando a lo largo de esta investigación, los menores de edad⁵⁸ y los mayores incapaces son los integrantes de la familia que deben tener una protección especial, puesto que estos no pueden hacer valer por sí mismos sus derechos, debido a su falta de capacidad de ejercicio. Además, ante la posibilidad de una mala representación por parte de los padres, en lo que se refiere al cuidado de la persona y la buena administración de los bienes de sus hijos, se busca que tanto los menores de edad como los mayores incapaces no se vean afectados, en ningún momento, en los que a sus derechos se refiere.

Debido a ello la normativa civil peruana contempla la posibilidad de restringir a los padres la facultad de la patria potestad, ya sea ante un mal ejercicio de esta o ante la muerte de aquellos, y ha creado las instituciones supletorias de amparo familiar para que mediante un tutor, un curador o un consejo de familia, se realice una adecuada representación en beneficio de los representados.

2.3.1. La Tutela

La tutela es “un poder sucedáneo que entra solamente en función a falta de la autoridad paterna”⁵⁹, 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.

Otra definición sobre la tutela es aquella que la califica como un conjunto de derechos y deberes que el ordenamiento jurídico otorga a una persona para que

⁵⁸ Cfr. CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Constitución: lectura y Comentario*, Lima, Editorial Rodhas, 2007, p. 61, PLACIDO VILCAHUANCA, Alex, *Ensayos sobre derechos de familia*, Lima, Rodhas, 1997, p, 87, y FASSI, Santiago. *Código Procesal civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, Buenos Aires, 1975. p. 79.

⁵⁹ 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.

se encuentre pendiente de la protección y formación de un menor de edad que no está sujeto al ejercicio de la patria potestad⁶⁰. En sí puede señalarse a la tutela como aquella institución supletoria de amparo familiar que, ante la pérdida de la patria potestad, cobra vigencia para no desamparar al menor de edad, en lo que atañe al cuidado de su persona y, si fuera el caso, en la administración de sus bienes.

El Cc. regula la tutela en su art. 502, señalando que es tutor aquella persona que debe encargarse de la representación exclusiva de los menores de edad, ser responsable del cuidado de su persona, así como velar por la correcta administración de sus bienes, debido a la ausencia del ejercicio de la patria potestad correspondiente a los padres⁶¹. Al respecto, Plácido Vilcachagua considera que la figura de la tutela como institución supletoria de amparo familiar es diferente cuando se trata de comparar con la relación paterna filial, por las facultades que se les otorga a los padres del menor de edad, y que son de una naturaleza más compleja, debido a que el ordenamiento jurídico reconoce sus derechos y deberes a raíz del derecho natural, pero con el carácter de obligatorio cumplimiento, pero el tutor solo se encarga de cubrir el vacío dejado por los padres, por lo que las funciones que cumplen éstos no son iguales, pero sí análogas⁶².

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 Cc.:

⁶⁰ Cfr. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*, Tomo 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 407-408; D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los Derechos del Niño. Análisis de su contenido normativo. Aplicación Jurisprudencial*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p.134; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Deberes y derechos que genera el ejercicio de la patria potestad", en *Código Civil Comentado. Derecho de Familia (segunda parte)*, Tomo 3, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p.343.

⁶¹ 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".

⁶² Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "La Familia", en *Código Civil Comentado. Derecho de Familia (segunda parte)*, Tomo 2, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 17-22.

- 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.

Como puede observarse, un requisito transcendental para realizar el ejercicio de la tutela, es el discernimiento del tutor, es decir ser titular de su capacidad de ejercicio, pues se entiende que para cumplir con su obligación de representación del menor de edad se hace necesario que el tutor cuente con la capacidad necesaria para ejercer dicha función. Se habla del discernimiento en la tutela⁶³ como un acto jurídico familiar, donde una vez cumplidas con las exigencias legales, el tutor es judicialmente puesto en posesión del cargo.

Una vez cumplidos los requisitos, el tutor debe además ser elegido por testamento o escritura pública, tal como lo señala el art. 503° del Cc.⁶⁴ y esta posibilidad de elección es otorgada a los padres, o abuelos para que ellos mismos decidan a la persona que dirigirá la representación del menor incapaz.

⁶³ Cfr. MÉNDEZ COSTA, María Josefa D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Ob. cit.*, pp. 419-420.

⁶⁴ Art. 503 del Código Civil en su dicción literal: "Tiene facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

1. El padre o la madre sobreviviente para los hijos que estén bajo su patria potestad.
2. El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima.
3. Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor".

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 impedimentos⁶⁵ para el ejercicio de la tutela:

- ✓ Los menores de edad. Así fueran nombrados en testamento o por escritura pública, estos ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría de edad. Como se sabe el Estado ha regulado que una persona obtiene su mayoría de edad recién a los dieciocho años⁶⁶, y es a esta edad cuando las personas obtienen su capacidad de ejercicio y puede ser nombrado como tutor de un menor de edad.
- ✓ Los sujetos a curatela⁶⁷. Como se ha venido señalando un requisito para ser nombrado como tutor, es la capacidad de ejercicio, pues así la persona puede cumplir a plenitud con las funciones que le encarga el Estado; y aquella persona que se encuentra sujeta a curatela, debido a la falta de dicha capacidad, no podrá desarrollar dichas funciones.
- ✓ 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. Quienes tengan algún tipo de deudas con el menor de edad, y que sean por montos considerables, no podrán ser nombrados como tutor, por motivo de que existe la posibilidad de algún tipo de aprovechamiento indebido con respecto a la administración de los bienes del menor, o

⁶⁵ Cfr. MEDELLIN A, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 2000, pp. 61-62.

⁶⁶ Art. 42 del Código Civil: "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43° y 44°".

⁶⁷ El art. 43° del Código Civil expresa que son absolutamente incapaces:

- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.
-

incluso en la representación del mismo. Esto mismo sucede cuando se habla de acreedores; sin embargo como en toda regla existe una excepción, en este caso sería que los padres otorguen su aprobación a través de testamento o escritura pública, para que estas personas se encarguen de la representación de su hijo.

- ✓ 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. Las personas que tengan algún tipo de conflicto con el incapaz, o este involucre a sus descendientes, ascendientes, o cónyuge, y que generen otros interés que no sean el cuidado de su persona o la buena administración de sus bienes no podrán ser nombrados como tutores. En este caso la excepción al igual que en el párrafo anterior es su nombramiento de estas personas como tutores por parte de sus padres con su conocimiento.

- ✓ Los enemigos del menor o de sus ascendentes o hermanos. El tutor en lo que respecta al cumplimiento de sus funciones, deben de buscar su bienestar de su representado en virtud de ello es que los enemigos de éste, se encuentran impedidos de ejercer la tutela, y también se encontraran impedidos los enemigos de sus ascendientes, y hermanos del menor de edad, pues ello implicaría un puesto peligro para el representado.

- ✓ Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre. En este caso como se encuentra permitida la posibilidad que los padres nombren un tutor a sabiendas de las deudas que tiene frente al menor, o quizá también cuando tienen conocimiento de la existencia de un pleito con el menor sus ascendentes o hermanos,

también se encuentran en la posibilidad de excluirlos del ejercicio de la tutela cuando lo crean pertinente.

- ✓ Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra. Esta causal se debe a una seguridad en cuanto se refiere a la administración de los bienes del menor de edad, pues se entiende que las personas que se encuentran en quiebra, o están propensos a ello, va existir una gran posibilidad que lleguen aprovecharse de la representación o la administración de los bienes del menor de edad.
- ✓ 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. Una persona que ha sido condenado por un delito cuya causa objetiva es la afectación física o patrimonial de otra persona, no puede ser considerada como tutor de un menor de edad, pues evidente la puesta en peligro en la que se puede encontrar.
- ✓ Las personas de mala conducta notaria o que no tuvieren manera de vivir conocida. Sería un peligro dejar ejercer la tutela a una persona cuya conducta es totalmente desaprobada ante el ordenamiento jurídico, y las buenas costumbres de la sociedad, pues ello llevaría automáticamente a una puesta en peligro al menor, y además una vulneración al principio del interés superior del niño.
- ✓ Los que fueron destituidos de la patria potestad. Se supone que la persona que ha sido sustituida del ejercicio de la patria potestad, es porque ha cometido alguna de las causales que se encuentran expuestas en el código civil, y en base a ello también quedaría restringida su posibilidad para ejercer la tutela.

- ✓ Los que fueron removidos de otra tutela. Está por demás decir que la persona que ha sido removida de otra tutela, es porque su función la ha desarrollado de manera incorrecta, y con el propósito de que no se vuelva a repetir la mala representación, el ordenamiento jurídico peruano ha considerado pertinente impedirlo de que vuelva a ejercer la tutela con otro menor de edad.

La legislación civil es clara en establecer, en su art. 526 cuáles son los deberes⁶⁸ que debe cumplir el tutor, frente a su representado, para que de este modo no padezca ninguna necesidad esencial, o se ponga en peligro el cuidado de su persona o la administración de sus bienes, en ese sentido una de sus principales funciones respecto del menor de edad, es la alimentación, y el cuidado del mismo.

Un punto esencial a considerar son las actividades del tutor y que deben ser supervisadas y dirigidas por el consejo de familia, es decir, la propia legislación civil, considera que el consejo de familia debe de estar atento a las actividades que desarrolla el tutor para la satisfacción de las necesidades de los menores de edad.

Entonces el orden jurídico deja la puerta abierta para pensar en dos posibilidades. La primera de ellas es que, si en un caso concreto pudieran existir dos instituciones de amparo familiar, como sería la vigencia de un tutor, y la formación de un consejo de familia; el primero se encontraría bajo la supervisión del segundo, y esto nos llevaría a la otra posibilidad, que el consejo de familia no fuera en verdad una institución supletoria de amparo familiar, sino más bien una institución de control de la tutela.

Al tutor se le prohíbe la realización de ciertos actos, por ejemplo:

⁶⁸ Art. 526 del Código Civil: "El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona.

Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigencia del consejo de familia.

Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia."

- Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor. Claro está, que los bienes que se le ha otorgado en custodia al tutor, para una buena administración, no pueden ser arrendados, ni mucho menos vendidos al propio administrador, pues ello conduciría a un enriquecimiento indebido por parte del tutor, debido a que existe la posibilidad que el valor del bien a comprar o arrendar no sea el verdadero de la tasación. En este sentido, es que el representante del menor se encuentra prohibido de ejercer por sí mismo la compraventa o el arrendamiento de los bienes que se le han sido puesto en custodia.

- Ejercer cualquier derecho o acción contra el menor. Al tutor se le encomienda la función de velar por el cuidado de la persona, es decir, estar pendiente de la satisfacción de sus necesidades, lo que involucra que se encuentra prohibido de realizar alguna acción que podría atentar contra el cuidado o la dignidad de su representado.

- Disponer de los bienes del menor a título gratuito. El ordenamiento jurídico peruano, ha reconocido a la tutela como una institución de amparo familiar con la finalidad de que las funciones que deberían realizar los padres del menor, sean ejecutadas por sus representantes y es virtud a ello, que el tutor, en su función de administrador de los bienes del menor se encuentra obligado a incrementar el patrimonio otorgado; de esta forma el disponer de una manera gratuita de los bienes del menor sería una acción que no ayudaría en su objetivo, puesto que no generaría utilidad alguna que pudiera ser utilizada en beneficio del menor.

- Arrendar por más de tres años los bienes del menor. Este impedimento es otorgado por el ordenamiento jurídico peruano como medida de garantía de la debida administración de los bienes

del menor, en el sentido que puedan verse afectados jurídicamente, o que el precio del arrendamiento no sea realmente el adecuado.

Los artículos 549° y 550° del Cc.⁶⁹ señalan cuáles son las causales de la extinción y el cese del ejercicio de la tutela; esto, a efecto de señalar que la vigencia del tutor no es para siempre, sino que en algunas ocasiones su participación como representante del menor puede terminar cuando se presenten cualquiera de las causales que se encuentran establecidas en nuestra legislación. Se puede llegar a la extinción o cese del ejercicio de la tutela, y de igual forma a la remoción del cargo, por realizar conductas como: los impedimentos del art. 515° del Cc. o cuando se cause perjuicio al menor en su persona o intereses.

Con respecto a la extinción del ejercicio de la tutela, tenemos las siguientes causales: por la muerte del menor, por llegar el menor a los dieciocho años, por cesar la incapacidad del menor conforme al art.46°, por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del art. 580°, y por reanudarse la patria potestad.

Con relación a la primera causal, un elemento esencial para el desarrollo de la tutela es la existencia del menor, pues en beneficio de él es que se ha regulado esta institución supletoria de amparo familiar, y queda claro que sin su existencia la actividad del tutor no tendría razón de ser.

Sobre la segunda causal, es decir, cuando se alcanza la mayoría de edad, el ordenamiento jurídico peruano considera que esta se obtiene a los dieciocho años

⁶⁹ El art. 549 del Código Civil dice: “La tutela se acaba:

1. Por la muerte del menor.
2. Por llegar el menor a los dieciocho años.
3. Por cesar la incapacidad del menor conforme artículo 46°.
4. Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso en el caso del artículo 580.
5. Por ingresar el menor bajo la patria potestad.”.

Por su parte, con relación al cese de la tutela, el artículo 550 del mismo código expresa: “El cargo del tutor cesa:

1. Por muerte del tutor.
2. Por la aceptación de su renuncia.
3. Por la declaración de quiebra.
4. Por la no ratificación.
5. Por su remoción.

y desde este momento la persona se puede hacer responsable de los actos que realiza, debido a que adquiere la capacidad de ejercicio.

La tercera causal se presenta ante el cese de la incapacidad del menor conforme al art. 46°. El cese de incapacidad a la que hace mención esta causal es para los menores de dieciséis años, los cuales pueden actuar por sí solos cuando contraen matrimonio o adquieren un título profesional que les permite desarrollarse por sí mismos.

La cuarta causal es la del cese de la incapacidad del padre o de la madre en el caso del art. 580°, ya sea porque el padre o la madre del menor de edad recuperan su capacidad de ejercicio, en cuyo caso se puede recobrar el ejercicio de la patria potestad frente a los hijos, debido a que el único impedimento para ejercer dicha función ya ha sido resuelta.

La quinta y última causal se presenta cuando el menor vuelve a estar sometido bajo la patria potestad. Esta causal se encuentra vigente cuando ha cesado el motivo por el que el padre o la madre de familia fueron impedidos de ejercer la patria potestad, por lo cual se vuelve obtener dicha facultad, terminando por ello la función del tutor.

2.3.2. Curatela

La curatela es aquella que tiene por función la protección de personas mayores incapaces y la administración de su patrimonio, donde el encargado de realizar la curatela lo hace con el título de curador⁷⁰. También se define a la curatela como aquella institución inherente a las personas mayores de edad incapaces, y quien la ejerce tiene como función dedicarse al cuidado y la administración de sus

⁷⁰ Cfr. MEDELLIN A, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 2000.p. 67; PAZ ESPINOZA PEREZ. *Derecho de familia y sus instituciones*, Bolivia, Gráfica G.G, 2002. p. 234; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. "La autocuratela o facultad para nombrar su curador en el código civil peruano" en Revista jurídica del Perú, N° 120, Lima, 2011, pp.21-22.

bienes. Se considera incapaz a estos efectos, entre estos, al demente que no sepan leer ni escribir⁷¹.

Por su parte, Guillermo Borda, citado por Peralta Andía, define a la curatela como aquella representación legal de los incapaces mayores de edad, trátase de dementes⁷²; 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”⁷³, 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.

Señala Verde de Ramallo que el curador cumple “funciones de asistencia para los actos de disposición y los de administración que la sentencia determine, pero es importante que dicha asistencia fuera para que el declarado inhábil realice el tratamiento correspondiente para su recuperación y volver a estar en igualdad de situación que sus semejantes”⁷⁴. Esto quiere decir que las funciones del curador se encuentran limitadas y, además, que su actuación debe estar enmarcada en la recuperación de la incapacidad de la persona.

Atendiendo a lo antes mencionado, puede definirse a la curatela como aquella institución supletoria de amparo familiar que, ante la extinción, pérdida, 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.

⁷¹ Cfr. BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Ob. cit.*, p. 328; MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia. Filiación procreación artificial, adopción patria potestad tutela y curatela. Parentesco. Violencia familiar. Mediación*, Tomo 4, 3ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 1998, pp. 571-572.

⁷² 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.

⁷³ ALBADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*, 10ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pp. 599-601.

⁷⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos judiciales derivados del Derecho de Familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pp. 599-600.

Están sujetas a curatela las personas a las que se refiere el artículo 43° del Cc.⁷⁵, incisos 2, y 44°, inciso 2 del mismo cuerpo legal⁷⁶. En lo referente al artículo 43, se ocupa de las personas que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento. En este sentido, hablamos de todas aquellas personas que a pesar de ser mayores de edad, carecen de la capacidad de ejercicio, debido a los diferentes impedimentos mentales, que les impiden desarrollarse por sí solos, y por tanto, se hace necesaria la presencia de una persona para que la represente en los diferentes actos de su vida, y esta va a obtener el título de curador, cuya función es dedicarse al cuidado del incapaz y la buena administración de sus bienes.

Otra de las personas sujetas a la figura de la curatela, son las que incurren en el art. 44° inciso 2, esto es, quienes padecen de retardo mental. Tal como se ha venido diciendo, los mayores de edad que no pueden ser responsables por sus actos debido a su falta de capacidad de discernimiento, tienen la necesidad de un curador para que puedan representarlos en todos sus actos, en especial en aquellos de relevancia jurídica.

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

⁷⁵ 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/ZonaAdm-Contadores/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_normaslegales/normas/24122012/Principal%20norma%20del%20d%C3%ADa%2026%20Diciembre%20del%202012-Ley%2029973.pdf.

⁷⁶ El art. 44 del Código Civil refiere que son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

- 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.
- 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.

Los requisitos previos para ser curador de un incapaz son: que antes del nombramiento del curador para los incapaces debe contarse con la declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del art. 44° del Cc.. Es decir, para que a un mayor incapaz se le pueda designar un curador, dicho nombramiento debe hacerse mediante un proceso judicial de interdicción, en donde se acreditará la falta de capacidad de ejercicio, y por ende se procederá el nombramiento de un curador, que será el responsable de su cuidado y la buena administración de sus bienes.

Toda persona adulta con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros públicos (SUNARP).

El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez. Asimismo, la persona mayor de edad puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También existe la posibilidad de establecer el alcance de las facultades de las que gozará quien sea nombrado como curador.

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.

Respecto a los frutos y bienes del incapaz, estos se emplearán principalmente para su sostenimiento y restablecimiento. En caso de ser necesario se emplearán también los capitales, previa autorización judicial. El curador como persona a cargo del mayor incapaz necesita que sus actividades estén destinadas a su recuperación, es por ello que las utilidades por la buena administración de los bienes del representado, podrán ser utilizados en su recuperación, y en caso de necesidad extrema, el curador, bajo autorización del juez, podrá destinar parte del capital del mayor incapaz en la recuperación de este.

Una vez que el juez declare la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel. En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción. En este caso estamos hablando una vez que se declare la incapacidad del mayor de edad, a través de un proceso judicial de interdicción, y se le nombre un curador, el propio

juez se encargará de determinar cuáles son las funciones a las que este se someterá en cuanto al cuidado de la persona, como en la administración de los bienes.

Existen algunos casos en los que será necesario el nombramiento de una Curatela especial:

Se nombrará curador especial cuando:

1. Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad. Ello es así porque en los mayores incapaces debe primar el cuidado y la recuperación de este; y en el caso de que los padres tengan intereses distintos al señalado, existirá la necesidad de nombrar un curador especial.
2. Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres. Esto es cuando el incapaz obtiene bienes que están fuera de los límites de la administración por parte de los padres, y es donde se hace necesaria la participación de un curador especial que se haga cargo de dichos bienes.
3. Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos. En caso de una mala administración por parte de los padres, por ejemplo que constantemente se encuentren disminuyendo el patrimonio del mayor incapaz, se les impide seguir ejerciéndola y se procede al nombramiento de un curador especial.
4. Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común. Esto es cuando el curador que ha sido nombrado para el cuidado y la buena administración de los bienes de mayor incapaz, y no los cumple, es donde surge la necesidad de nombrar otro nuevo curador.

5. Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no pueda el patrimonio ser convenientemente administrados por el tutor o curador. Cuando el incapaz cuente con bienes que se encuentren alejados del lugar de ubicación del curador titular, y donde se le hace imposible acudir a dicho lugar para poder administrarlos, es donde se hace necesario la presencia de un curador especial.
6. Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél. Existen casos donde el curador no cuenta con los conocimientos necesarios para ejercer alguna actividad en beneficio de su representado, y es por ello donde se hace indispensable la presencia de una persona con los conocimientos necesarios para ejercer dicha actividad, y cuyo nombre recibe como curador especial.
7. Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general. Si se encuentran impedidos de ejercer la administración de algún bien, se necesita de un encargado especial.
8. El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones. Cuando por causales externas el curador no puede ejercer ninguna función, y ante el propósito de no desamparar al mayor incapaz, es que se crea la figura de curador especial.
9. Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado. Ante la emergencia de casos especiales, donde se hace prácticamente imposible que el encargado pueda intervenir, es necesario el nombramiento de un curador especial.

2.3.3. Consejo de Familia

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 incapaz⁷⁷. 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 fallecido⁷⁸.

De igual manera, se apunta que el consejo de familia es aquel conjunto de personas que son nombradas por cualquiera de los padres, e incluso por la propia ley, que tienen por funciones la atención de las personas y los bienes de los menores o los incapacitados, vigilar la administración del tutor, realizar actos de disposición, entre otras. Esto quiere decir, entonces, que el consejo de familia puede estar conformado por aquellos sujetos que los padres del incapaz señalen para tal efecto o, en todo caso, por las personas que designe la ley, teniendo como intermediador al juez.

Calixto Valverde, también citado por AGULAR LLANOS, refiere que consejo de familia es aquella organización de potestad ejecutiva, conformada por cinco o más personas, elegidas por el padre, la madre o la ley, para supervisar el cumplimiento de las funciones del tutor⁷⁹. Como puede verse, en esta definición se habla de la cantidad de miembros que pueden conformar el consejo de familia, y se pone como tope mínimo a cinco personas.

⁷⁷Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Ob. cit.*, pp. 228-229.

⁷⁸ 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.

⁷⁹Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Ediciones Legales, 2010, pp. 595-596.

El consejo de familia puede ser, así mismo, definido como aquella institución perteneciente al Derecho de familia, que actúa como un sistema consultivo destinado a proteger la persona de los menores o mayores incapaces, que no cuenten con sus padres o, aun cuando estos tuviesen vivos, para los casos que determine la ley⁸⁰.

Otra definición del consejo de familia es 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 padres, para proteger los derechos e intereses del incapaz, y que se encuentra conformada por los miembros de la propia familia de los incapaces⁸¹. Aquí se habla de que el consejo de familia cumple básicamente dos roles: el primero de ellos es el consultivo, donde el tutor o el curador deben acudir a él para las decisiones que se disponen a tomar; el segundo rol es el ejecutivo, respecto al cumplimiento de las actuaciones del tutor y del curador.

No está de más acotar que en Argentina el consejo de familia es denominado «Consejo Nacional del Menor y la Familia»⁸², que tiene como función brindar una completa protección a los menores de edad y de los discapacitados, lo cual es desarrollado por el Estado a través del Ministerio de Salud y Acción Social.

Atendiendo a todo lo antes mencionado, en síntesis, se puede decir que el consejo de familia suele ser considerado como aquella institución supletoria de control familiar que tiene como función la supervisión de las funciones de quien ejerce la tutela o la curatela, con la finalidad de velar por el adecuado cuidado de la persona y la buena administración de sus bienes, sea que se trate de menores de edad o mayores incapaces, según sea el caso.

⁸⁰ Cfr. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Ob. cit.*, pp. 398-399.

⁸¹ Cfr. BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Ob. cit.*, pp. 331-332.

⁸² Cfr. GROSMAN (Dir.). *Los Derechos del Niño en la Familia, la convención sobre los Derechos del Niño, Derechos Personalísimos - la infancia abandonada, el interés Superior del Niño - Derecho a la identidad, Relación con ambos padres - niño discapacitado, la opinión del niño y defensa de sus Derechos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, pp. 236-237

El art. 619 del Cc.⁸³: nos dice que con el propósito de no desamparar a los menores de edad, como a los mayores incapaces, quienes no pueden valerse por sí solos, el Estado ha creado la institución del consejo de familia y de esta manera brindar una protección a sus representados. Algo que debe tenerse en claro es que la constitución de esta institución se puede dar con la presencia o ausencia de los padres.

El consejo de familia se compone de los familiares que hayan designadas por testamento o escritura pública del 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 último de los abuelos o abuelas que hubiera tenido al menor o incapaz bajo su tutela o curatela. A falta de las personas mencionadas, forman el consejo de familia los abuelos y abuelas, tíos y tías, hermanos y hermanas del menor o del incapaz.

Como en toda figura, existen casos de impedimento legal para integrar el consejo de familia, y estas son:

- Ni el tutor y tampoco el curador. Obviamente porque el consejo de familia, entre una de sus funciones, se dedica a velar por el buen funcionamiento de sus actividades tanto del tutor como del curador, por lo que de hacerlos miembro del consejo de familia, existiría la posibilidad de una desproporcionalidad.
- Los que están impedidos para ser tutores o curadores. Si una persona se encuentra impedida de ejercer el título de tutor o de curador, con mucha más razón se va a encontrar impedida para ser miembro del consejo de familia.

⁸³ Art. 619 del Código Civil: "Habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. También lo habrá aunque viva el padre o la madre en los casos que señala este código."

- 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. Si las personas más cercanas al menor o mayor incapaz, consideran que determinadas personas no se deben ser miembro del consejo de familia, estos quedaran descartados.
- Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad dé lugar a su formación. Este punto se hace referencia a aquellas personas que quieran obtener enriquecimientos indebidos.
- Los padres, en caso que el consejo se forme en vida de ellos, salvo lo dispuesto en el art. 624⁸⁴.

El art. 633 del Cc.⁸⁵ señala que el cargo debe desarrollarse sin esperar una contraprestación de ningún tipo por ello, es decir, es a título gratuito, y además, solo en ocasiones especiales se permite que algún miembro del consejo de familia puede ser representado por otra persona, en cuyo caso podrá a un miembro del consejo de familia.

El proceso para llevarse a cabo la formación de un consejo de familia es la siguiente: la persona que solicita la formación del consejo debe precisar los nombres de quienes deben formarlo. El juez ordenará publicar la solicitud y los nombres por periódico o carteles. Durante los diez días siguientes a la publicación, cualquier interesado puede observar la inclusión o exclusión indebida. El juez resolverá dentro del plazo de cinco días teniendo a la vista de las pruebas acompañadas.

La reclamación no impide que el consejo se inicie o prosiga sus funciones, a menos que el juez disponga lo contrario. Si en caso el peticionario ignora los

⁸⁴ 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".

⁸⁵ El art. 633 del Código Civil dice: "El cargo de miembro del consejo es gratuito e inexcusable y debe desempeñarse personalmente salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado. El apoderado no puede representar a más de un miembro del consejo."

nombres de las personas que deben integrar el consejo, al aviso se limitará a llamar a quienes se crean con derecho. El juez dispondrá la publicación de los nombres de quienes se presenten⁸⁶.

Una vez que se encuentra conformado el consejo, este cuenta con una serie de atribuciones, las que señalan a continuación:

1. Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este código. Como el consejo familia se encarga de ejercer el control del tutor, o curador, pueden nombrar cuando lo consideren necesario representantes dativos o especiales.
2. Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre. Tiene la facultad de aceptar o no renunciaciones del tutor o curador.
3. Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, removerlos a su juicio. En beneficio del menor o mayor incapaz puede el consejo de familia, declarar la incapacidad de los mismos, y removerlos del cargo.
4. Provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos, de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez. Puede a través del administrador de justicia pedir remover del cargo a los tutores o curadores, así hayan sido nombrados por testamento siempre y cuando tengan una causal importante

⁸⁶ El art. 634 del Código Civil dice: "La persona que solicita la formación del consejo debe precisar los nombres de quienes deban formarlo. El juez ordenará publicar la solicitud y los nombres por periódico o carteles.

Durante los diez días siguientes a la publicación, cualquier interesado puede observar la inclusión o exclusión indebida. El juez resolverá dentro del plazo de cinco días teniendo a la vista las pruebas acompañadas.

La reclamación no impide que el consejo inicie o prosiga sus funciones, a menos que el juez disponga lo contrario.

Si el peticionario ignora los nombres de las personas que deben integrar el consejo, el aviso se limitará a llamar a quienes se crean con derecho. El juez dispondrá la publicación de los nombres de quienes se presenten, observándose lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero de este artículo".

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.
6. Aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejados al menor, o en su caso, al incapaz.
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.
8. Determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de la rentas o productos del menor o incapaz.
9. Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta.
10. Ejercer las demás atribuciones que le conceden este código y el de procedimientos civiles.

El consejo de familia cesa en los mismos casos en que acaba la tutela o la curatela. Y en el caso de disolución, el juez debe disolver el consejo cuando no exista el número de miembros necesario para su funcionamiento.

En este segundo capítulo ha quedado demostrado que si bien el ordenamiento jurídico peruano, en su normativa civil, ha considerado a la tutela, la curatela y el consejo de familia como instituciones supletorias de amparo familiar, en la práctica esto no es tan cierto, en el sentido que si bien la tutela y la curatela sí cumplen dicha denominación de instituciones supletorias de amparo familiar, sin embargo, el consejo de familia si bien es una institución de amparo familiar, por la realización de sus funciones resulta no ser supletoria, sino más bien una institución de control de las instituciones supletorias.

CAPÍTULO 3

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO DE FAMILIA Y SUS IMPLICANCIAS PRÁCTICAS

En este tercer capítulo se desarrollarán los siguientes temas: Naturaleza jurídica del consejo de familia: ¿es realmente una institución supletoria de amparo familiar?, el consejo de familia como institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar, Supuestos en que se requiere la conformación de un consejo de familia, y las implicancias prácticas del consejo de familia a la luz de la jurisprudencia. De esta manera se señalará que el consejo de familia es una institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar, es decir de la tutela y de la curatela, y son estas últimas quienes efectivamente suplen las funciones del ejercicio de la patria potestad, por medio de las funciones de sus representantes hacia sus representados.

3.1. Naturaleza jurídica del consejo de familia: ¿es realmente una institución supletoria de amparo familiar?

El consejo de familia, desde la perspectiva de su regulación en el Cc. Suele ser definido como una institución supletoria de amparo familiar. Frente a esta definición común, existen otras para las cuales dicha institución de amparo familiar sería “un organismo deliberante y a veces consultivo, propio del derecho de

familia, que ejerce el control sobre los tutores y los curadores, y a veces también sobre los padres en ejercicio de sus atribuciones, para velar los derechos de los incapaces menores o mayores, y, defenderlos”⁸⁷. En esta definición, el consejo de familia es considerado como un organismo consultivo y de control, en donde la principal finalidad de su constitución es velar por el cumplimiento de las funciones del tutor como del curador, según sea el caso. Y estos –el tutor y el curador– serán los encargados del cuidado directo del incapaz –menor de edad o mayor incapaz– y de la buena administración de su patrimonio.

Si bien es cierto nuestro ordenamiento civil reconoce a la tutela, curatela, y el consejo de familia como instituciones supletorias de amparo familiar, es preciso analizar si este último realmente debe ser considerado como tal. Al respecto, Flores Jarecca⁸⁸, 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

Para el autor Plácido Vilcachagua⁸⁹, el consejo de familia es un órgano de supervisión de todas aquellas actividades que realiza el tutor y el curador en su actuación como representante de un menor de edad, o de un mayor incapaz. Esta institución, que el ordenamiento jurídico peruano denomina institución supletoria de amparo familiar, resulta ser, por sus funciones encomendadas, un órgano de control y no supletorio, en el sentido de que el consejo de familia no supe las funciones de la familia, como sí sucede en los casos del tutor y del curador, sino por el contrario se encarga de la supervisión y el control de las actividades realizadas por el tutor y el curador, en tanto actúen como representantes de los

⁸⁷ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Ob. cit.*, p. 399.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Cfr. FLORES JARECCA, citado por PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ob. cit.*, p. 370.

incapaces, para así evitar que estos últimos se vean perjudicados en el cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

El código civil regula un sistema supletorio de amparo familiar para niños y adolescentes incapaces donde el tutor y el curador a través de sus actuaciones se encargan del cuidado de la persona y la correcta administración de los bienes del representado⁹⁰. Dentro de la estructura de ese sistema, la patria potestad constituye la figura básica de amparo familiar, siendo ante la ausencia de este ejercicio que se delegan las funciones de la familia a un sujeto denominado tutor o curador, quienes, como el propio ordenamiento lo señala, suplen las funciones de la familia.

El cumplimiento de dichas funciones deben encontrarse supervisadas para de este modo evitar posibles abusos por parte de los representantes hacia sus representados, así como un aprovechamiento de su patrimonio. Es aquí donde se hace necesaria la participación de una institución supervisora, que de alguna manera controle y supervise si las actuaciones de los representantes son ejercidas de una manera adecuada, es decir, sin que atente contra la persona de sus representados, contra su patrimonio y, ni mucho menos, contra el ordenamiento jurídico. Por ello, justamente, la institución encargada de supervisar y controlar las funciones del representante del menor de edad, o del mayor incapaz, es el consejo de familia.

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

⁹⁰ Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ob. cit.*, p. 452.

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 suple 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 suple 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.

La función del cuidado de la persona y la administración de los bienes de los incapaces recae sobre el tutor o el curador, según sea el caso, pero para asegurar el verdadero cumplimiento de estas funciones debe haber un órgano que los supervise, y ello es función del consejo de familia, que actúa como un órgano de control.

Con todo lo señalado hasta el momento, vemos que la institución del consejo de familia no resultaría siendo supletoria como lo determina el Cc., y ello es respaldado por la manera en como diferentes autores lo definen: el jurista español

Clemente de Diego la describe “como una reunión de personas nombradas por el padre o la madre o en su defecto llamadas por ley, que provee el nombramiento del tutor, 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”⁹¹.

De igual manera, Calixto Valverde y Valverde señala que el consejo de familia “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”⁹².

Por otro lado, Aguilar Llanos lo denomina al consejo de familia, definiéndola 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”⁹³. Es el citado autor quien también señala que ante la muerte de los padres, suspensión o extinción del ejercicio de la patria potestad se hace necesaria la figura de la tutela, la cual si no ha sido convocada de manera testamentaria por los padres y no hubiera ascendientes, será el consejo de familia el encargado de designar un tutor dativo; e inclusive si tal designación se encontrara establecida, es el consejo de familia quien deberá vigilar la labor de este guardador, todo esto es con respecto al menor de edad.

En lo referente al mayor de edad incapaz, señala que estos se encuentran al cuidado de un curador quien se encuentra supervisado por la institución del consejo de familia, la cual también se encarga de nombrar al curador cuando no

⁹¹ CLEMENTE DE DIEGO, citado por AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Persona y Familia*. Revista del instituto de la familia, Lima, 2012, p. 14.

⁹² CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE. citado por AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Persona y Familia*. Revista del instituto de la familia, Lima, 2012, p. 14.

⁹³ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Persona y Familia*, Revista del instituto de la familia, Lima, 2012, pp. 14-15.

existen los llamados a la curatela legítima, ni tampoco existe la designación por parte de los padres vía testamento o escritura pública.

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.

Otro doctrinario que respalda lo anteriormente afirmado es Carpio Rodríguez, quien 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”⁹⁴.

Sin duda, el consejo de familia tiene como fundamento la necesidad de vigilar al tutor o curador, e incluso también a los padres en el cumplimiento de sus funciones, como garantía de los derechos de sus representados⁹⁵, es decir, esta institución cobra valor en el sentido que supervisa y controla las actividades del tutor y curador con respecto a su representado, y no necesariamente nace para suplir las funciones de la familia como es el caso de la tutela y de la curatela.

Incluso, la doctrina internacional, al igual que la nacional, reconoce al consejo de familia no exactamente como una institución supletoria⁹⁶:

En Francia, se le considera como un órgano de consulta y deliberación, y entre sus funciones destacan el nombramiento del tutor, que no haya sido nombrado por la ley o por testamento, organiza la tutela, y autoriza el matrimonio.

⁹⁴ CARPIO RODRÍGUEZ, citado por PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el código civil*, Lima, Idemsa, 2008, p. 671.

⁹⁵ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Tomo 3, Lima, Librería Studium, 1982, p. 229.

⁹⁶ Cfr. MEJIA SALAS, Pedro. *Tutela, Curatela, Consejo de familia, doctrina, modelos, jurisprudencia*, Lima, librería y ediciones jurídicas, 2003, pp. 146-147.

En Italia, se le considera como consejo de dirección supremo frente a la tutela, además se encarga de la vigilancia continua de la misma.

En Alemania, el consejo de familia tiene como función el discernimiento, vigilancia, y la aprobación de actos que tengan relación con la disposición del patrimonio del menor.

En España, el consejo de familia tiene una función de deliberación, ordenamiento y ejecución en el desempeño de la tutela; también se encarga de la designación del representante tanto del menor de edad, como del mayor incapaz, de igual manera forma parte de sus funciones el cuidado de las cuentas de tutela, autoriza el gravamen de bienes inmuebles, etc.

Como se observa, 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 como son:

- Con respecto a la tutela:
 - ✓ Provocar la remoción del tutor testamentario, legítimo o dativo nombrado por el juez.
 - ✓ Vigilar el cumplimiento de sus obligaciones especialmente las relacionadas con la alimentación y la educación de los menores incapaces.
 - ✓ Adoptar a favor del menor las medidas necesarias para evitar el perjuicio del tutor.

- Con respecto a la curatela:
 - ✓ El consejo admite la excusa o renuncia de los curadores dativos generales o especiales que nombre.

- ✓ Puede solicitar la remoción judicial de los curadores legítimos y dativos.
- ✓ Nombrar curadores especiales.

Con todo esto, ahora podemos dar respuesta a la pregunta formulada en este acápite: el consejo de familia ¿es realmente una institución supletoria de amparo familiar? Sin duda alguna 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.

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.

3.2. El consejo de familia como institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar

En razón a lo expuesto en el apartado anterior, no cabe referirnos ya al consejo de familia como una institución supletoria de amparo familiar, sino más bien como una institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar, pues su naturaleza se debe a la supervisión y control ejercidos sobre la tutela y la curatela.

El consejo de familia es una institución de control debido a las funciones que esta institución desarrolla y por su propio fundamento⁹⁷ que hace posible su existencia,

⁹⁷ HERRERO PONS, Jorge. *Manual de derecho de familia*, Lima, ediciones jurídicas, 2007, p. 333.

y que es la necesidad de supervigilar al tutor o al curador con el interés de garantizar los derechos de los incapaces. Es decir, su actividad no recae en las actuaciones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad –estar al pendiente del cuidado de su persona, por ejemplo– pues estas corresponden al tutor o curador.

Si la institución de control se encargara de ejercer las funciones detalladas en el párrafo anterior, entonces llegaríamos a la conclusión de que la tutela o la curatela no tendrían razón de ser, pues no tendría sentido crear otras instituciones si el consejo de familia podría desarrollarlas sin ningún problema, ello sería contraproducente. En ese sentido es que la tutela y la curatela son las que suplen las funciones de la familia, y el consejo se encarga de vigilar el buen desarrollo del tutor o curador según sea el caso.

Tampoco tendría sentido que existiesen dos instituciones supletorias a la vez, por ejemplo la tutela junto con el consejo de familia, si ambas supuestamente van a desarrollar las mismas funciones con respecto del menor de edad. Es por ello que las únicas instituciones supletorias y que merecen tal *denominación* son la tutela y la curatela, mientras que el consejo de familia es una institución de control de las primeras.

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 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.

Todas estas facultades otorgadas al consejo de familia hacen posible que se le denomine como institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar, pues esta institución se encarga de la supervisión y control de la tutela y de la curatela

3.3. Supuestos en que se requiere la conformación de un consejo de familia

La institución de control y supervisión de las instituciones supletorias de amparo familiar se encuentra vigilante de todas aquellas acciones que realizan el tutor y el curador como representantes, y que tienen relación con el menor de edad o mayor incapaz. Por ello, existen casos en que las personas se encuentran en la obligación de solicitar la formación de un consejo de familia.

Este deber de conformación del consejo de familia obedece a un imperativo legal, puede verse en el art. 621 del Cc., donde señala quienes son las personas obligadas a solicitar la conformación, bajo responsabilidad⁹⁸:

- El tutor testamentario o escriturario, como es el caso de la tutela, se necesita además de una institución de control como es el caso del consejo de familia.

⁹⁸ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Ob. cit.*, pp. 19-20.

- Ascendiente llamado a la tutela legítima, pues bien en este caso alguno de los abuelos en el pleno ejercicio de su cargo, debe solicitar la formación del consejo cuando las circunstancias lo justifiquen.
- Miembros natos del consejo, y lo son los abuelos, tíos, hermanos del menor de edad o mayor incapaz.
- El art. 622 del Cc. faculta al juez de familia o de paz letrado, según fuera el caso, a decretar la formación del consejo de oficio, o ha pedido del ministerio público o de cualquier persona.

Existen casos en los que se hace necesario la conformación de un consejo de familia, incluso aun viviendo los padres⁹⁹:

- Cuando haya que nombrar curador especial cuyos intereses del incapaz estén en oposición con lo de sus padres.
- Cuando se trata de decidir si los bienes de los hijos de un matrimonio anterior deben seguir siendo administrados por el padre o la madre (viudo, divorciado) que desean contraer matrimonio; esta norma es extensible al padre del hijo ilegítimo reconocido y a la madre de todo hijo ilegítimo, en sus casos.
- Cuando sea necesario o conveniente pedir al juez que dicte medidas en favor de los hijos de padres divorciados.
- Cuando se trate de pedir que los padres constituyan garantía para asegurar la responsabilidad de la administración de los bienes de sus hijos, o que rindan cuantas durante la administración.
- Cuando se tenga que nombrar un curador al hijo para el juicio en que se discuta y resuelva la destitución de la patria potestad.
- Cuando se deba autorizar al padre y eventualmente a la madre para que revoque el hogar de familia, o más bien, para pedir la subsistencia del mismo.

⁹⁹ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 799; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Ob. cit.*, pp. 674-675.

- Cuando se tenga que confirmar o rechazar el nombramiento del tutor hecho por la madre que contrae nuevas nupcias, para los hijos del matrimonio anterior.
- Cuando llegue el caso de nombrar curadores especiales, a tenor de lo dispuesto en el art. 603.
- Cuando por tratarse de una petición extrajudicial en que alguno de los interesados sea incapaz o de una transacción hecha por el representante de este, el consejo deba opinar al respecto.
- Cuando se deba nombrar curador para el pródigo u opinar acerca de la designación de curador legítimo para el enfermo o débil mental.
- Cuando se trata del ausente.

El consejo de familia es una institución de control y de supervisión de las instituciones supletorias de amparo familiar, estas situaciones –que han sido expuestas– en las que se hace indispensable la conformación del consejo lo demuestran.

3.4. Implicancias prácticas del consejo de familia a la luz de la jurisprudencia

El consejo de familia es una institución que el ordenamiento jurídico peruano ha instituido con la finalidad de estar al pendiente de las funciones del tutor y del curador, en cuando a su relación con el incapaz.

Lo manifestado en el párrafo anterior es corroborado a través de la jurisprudencia, un ejemplo de ello es lo manifestado en el expediente número 02754-2013, seguido ante el primer juzgado de paz letrado familia de Ferreñafe, sobre la conformación del consejo de familia, seguido por LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP, la cual a raíz de la muerte de su madre, solicita que sea 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 era nombrada como curadora del incapaz, es decir, primero se instaló el consejo, y este tiene la potestad de decidir si la señora LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP merece ser curadora o no del incapaz. Por unanimidad se concluyó que la solicitante era la más indicada para representar a su hermano.

Posteriormente se dictó sentencia con fecha 24/03/2014, en la que se declaró **FUNDADA** la solicitud de fojas veinte a veintitrés, y, en consecuencia queda establecido que: **1º) El CONSEJO DE FAMILIA** que se ha instalado para velar por la persona e intereses del incapaz mayor de edad **NÉSTOR ENRIQUE CABREJOS LLONTOP**, se encuentra conformado por sus hermanos enteros **ANTONIO, LUZ CRISTINA, LIBIA YANINA, y MARÍA DEL ROSARIO CABREJOS LLONTOP. 2º) Se ha nombrado por unanimidad a doña LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP**, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 17426655, como **TUTORA DATIVA** del mencionado interdicto, quién asumirá su protección, alimentación y asistencia, así como su representación ante la Oficina de Normalización Previsional (ONP), para que cobre mensualmente el importe de la pensión de orfandad que le corresponde a dicho interdicto, y que se le paga mensualmente a través de la Cuenta de Ahorros con el N° 00834-2005-0-1704-JR-F-C-03, abierta en el Banco de la Nación.

En el presente caso se puede resaltar las siguientes observaciones:

- La primera de ellas, es la importancia que tiene la conformación del consejo de familia antes del nombramiento del curador, pues este solo tendrá dicha denominación con la aprobación del consejo y para ello necesita, o se hace necesario que su instalación se la primera, lo cual hace resaltar su facultad de decisión frente a las instituciones supletorias de amparo familiar.

- La segunda es que la curadora tendrá como función de asumir la protección, alimentación y asistencia, así como su representación ante la Oficina de Normalización Previsional (ONP), para que cobre mensualmente el importe de la pensión de orfandad que le corresponde ha dicho interdicto. Es decir cumple las funciones de la familia, es por ello de su denominación como institución supletoria de amparo familiar.
- La tercera es que en la propia sentencia, específicamente en el punto tercero de la parte decisoria señala: “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”.
- Es el propio consejo de familia, tal como lo señala la sentencia, la institución que tiene como función de la vigilar las conductas del representante frente a su representado, por lo que resulta ser una institución de control de las instituciones supletorias de amparo familiar.

En este caso por unanimidad del consejo de familia se llegó a nombrar al tutor dativo, pero en aquellos casos en las que no hubiera consenso de voluntades de los miembros del consejo respecto de quien designar como tutor dativo, será el juez quien dirima la causa, nombrando él al tutor. Quedando así el consejo de familia con la función de vigilar las funciones del representante.

CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico peruano a reconocido a través del código civil y el código del niño y del adolescente las instituciones supletorias de amparo como son la tutela, curatela y el 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 según corresponda.

2. 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.

3. Respecto a sus implicancias prácticas frente a la tutela y curatela el consejo de familia debe ser definido como aquella institución de control y de vigilancia tanto del tutor como del curador según sea el caso en cuanto a sus funciones relaciones con su representado, es decir del menor de edad o mayor incapaz.

4. Lo casos en los que se hace necesario la conformación y presencia del consejo de familia son: para el nombramiento de un tutor o curador legítimo; para determinar funciones específicas al tutor o curador; para decidir sobre la remoción de los representantes; para el nombramiento del tutor o curador especial.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*, Madrid, dykinson, 2013.
2. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Ediciones Legales, 2010.
3. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Persona y Familia*, Revista del instituto de la familia, Lima, 2012.
4. ALBADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*, 10ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.
5. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984. Derecho de Familia*, Tomo 3, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
6. BARNALES BALLESTEROS. Enrique, *La Constitución de 1993*, Lima, Constitución y Sociedad, 1996.
7. BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2007.
8. BAQUERO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de familia y sucesiones*, México, Harla, 1990.
9. BELLUSCIO AUGUSTO, César. *Manual de derecho de familia*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 2004.
10. BORDA, Guillermo. *Manual de derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002
11. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
12. CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro. *Derecho Civil*, Colombia, Presencia Ltda.1995.
13. CARRUITERO LECCA, Francisco y FIGUEROA AVENDAÑO, María Elena.. *El Derecho de Familia. Un análisis de la jurisprudencia y la sociología jurídica*, Trujillo, B.L.E, 2004.

14. CASTRO PÉREZ-TREVINO, Olga. "Paternidad responsable, derechos y deberes de padres e hijos. Igualdad de los hijos", en *Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
15. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la Constitución*, 5ª ed., Lima, Jurista Editores, 2009.
16. CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Constitución: lectura y Comentario*, Lima, Editorial Rodhas, 2007.
17. CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*, Lima, Grijley, 2002.
18. CORNEJO FAVA, María Teresa. *Matrimonio y Familia: su tratamiento en el Derecho*, Lima, Codigraf, 2000.
19. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Tomo 3, Lima, Librería Studium, 1982.
20. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
21. CORTES, Pilar. *Diccionario jurídico Espasa*, Madrid, Espasa, 2007.
22. D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los Derechos del Niño. Análisis de su contenido normativo. Aplicación Jurisprudencial*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
23. DECKER MORALES, José. *Código de familia*, La Paz, Los Amigos del Libro, 2000.
24. DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA N°134, Actualidad análisis y crítica jurisprudencial, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
25. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990.
26. DI LELLA, Pedro. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo, 1998
27. DINIZ, María Helena. *Curso de Direito Civil, Brasil*, Saraiva, 1989.
28. DINIZ, María Elena. *Curso de Direito civil Brasileiro*, Sao Paulo, Saraiva, 2002.
29. DOYHARCABAL CASSE, Solange. *Temas de derecho*, X, departamento de derecho área de investigación jurídica, 1992.

30. ECHANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Tutor no sujeto a Consejo de Familia", en *Código Civil Comentado*, Tomo 3, Derecho de Familia (segunda parte), Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
31. FASSI, Santiago. *Código Procesal civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, Buenos Aires, 1975.
32. FERNANDEZ CLERIGO, Luis. *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, Uteha, 1947.
33. FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán. *Código Civil*, Lima, MV Fénix, 2010.
34. FLORES JARECCA, Riquelme. *Los derechos humanos de los Niños y el código de los Niños y Adolescentes*, Lima, San Marcos, 2005.
35. FLORES NANO, Lourdes. *Propuestas de modificación al libro de familia del Código Civil*, Lima, Congreso de República del Perú, 1997.
36. GALLEGOS CANALES, Yolanda Y Otra. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Jurista Editores, 2001.
37. GALLEGO GARCÍA, Elio. *Los cambios del derecho de familia en España (1931-1981), crónica breve de una mutación polémica*, Valencia, Tirant lo billanch, 2005.
38. GARAY MOLINA, Ana Cecilia. *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio ¿tenencia unilateral o tenencia compartida? (Coparentalidad)*, Trujillo, Grijley, 2009.
39. GOMES, Orlando, *Direito de familia*, Río de Janeiro, Ed. Forense, 2001.
40. GOMEZ PIEDRAHÍTA, Hernán. *Código de Familia Colombiano*, Colombia, Librería Jurídica Wilches, 1994.
41. GROSMAN (Dir.) *Los Derechos del Niño en la Familia, la convención sobre los Derechos del Niño, Derechos Personalísimos - la infancia abandonada, el interés Superior del Niño - Derecho a la identidad, Relación con ambos padres - niño discapacitado, la opinión del niño y defensa de sus Derechos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.
42. GROSMAN y OTROS. *Los derechos del Niño en la Familia, discurso y realidad*, Buenos Aires, Universidad Rivadavía, 2000.

43. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
44. HERRERO PONS, Jorge. *Manual de derecho de familia*, Lima, ediciones jurídicas, 2007.
45. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos judiciales derivados del Derecho de Familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
46. HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil*, Caracas, Editores Vadell Hermanos, 2001.
47. JIMENES SANJINÉS, *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, Bolivia, Editora Presencia, 2002.
48. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Elementos del derecho Civil IV. Familia*, Madrid, Dykinson, 2010.
49. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia. Filiación procreación artificial, adopción patria potestad tutela y curatela. Parentesco. Violencia familiar. Mediación*, Tomo 4, 3ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 1998.
50. MEDELLÍN A., Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 2000.
51. MEJIA ROSASCO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad, la penalidad y voluntad*, Trujillo, Grijley, 2009.
52. MEJIA SALAS, Pedro. *Tutela, Curatela, Consejo de familia, doctrina, modelos, jurisprudencia*, Lima, librería y ediciones jurídicas, 2003.
53. MÉNDEZ COSTA, María Josefa Y Otro. *Derecho de Familia*, Tomo 3. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
54. MERINO ACUÑA, Roger Arturo. *Guía Procesal del Abogado*, Tomo 2, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
55. MURO ROJO, Manuel (Dir.). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencias vinculadas con los artículos de la constitución*, Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, 2006.
56. PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil. Personas, familia y derecho de menores*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2002.

57. PAZ ESPINOZA PEREZ. *Derecho de familia y sus instituciones*, Bolivia, Gráfica G.G, 2002.
58. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*, 3ª ed., Lima, Moreno, 2002.
59. PLACIDO VILCAHUANCA, Alex, *Ensayos sobre derechos de familia*, Lima, Rhodas, 1997.
60. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La familia en la Constitución Peruana”, en *Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
61. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La Familia”, en *Código Civil Comentado. Derecho de Familia (segunda parte)*, Tomo 2, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
62. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de derecho y familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
63. PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil*, Volumen I, Barcelona, Bosch, 1987.
64. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Adolescencia matrimonio y familia. Un estudio interdisciplinario*, Lima, Fondo Editorial Pontificia universidad Católica del Perú, 1995.
65. SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Madrid, Edisofer, 2007.
66. SEVILLANO ALTUNA, Edwin; MENDOZA OTINIANO, Victoria. *Código de los Niños y Adolescentes, protección integral*, Trujillo, Normas Legales, 1994.
67. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Código Civil*, 6ª ed., Lima, IDEMSA, 2002.
68. 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.
69. TUESTA SILVA, Wilder. *Código Civil Comentado*, Lima, Grijley, 2001.
70. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Deberes y derechos que genera el ejercicio de la patria potestad”, en *Código Civil Comentado. Derecho de Familia (segunda parte)*, Tomo 3, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.

71. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre Derecho de Familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
72. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Revista jurídica del Perú*, Lima, Normas Legales, número 119, 2011.
73. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de Familia. Teórico-Práctico, Sociedad paterno filial. Amparo familiar del incapaz*, Tomo 2, Lima, Huallaga, 1998.

Artículo de Revista:

74. ABANTO TORRES, Jaime David. “*La curadora procesal. Un tema pendiente en la reforma judicial a diecisiete años de vigencia del Código procesal civil*” en Actualidad jurídica, tomo 209, abril 2011.
75. AYVAR CHIU, Karina. “*La tenencia solo puede ser ejercida por los padres*” en Dialogo con la jurisprudencia, actualidad, análisis, y crítica jurisprudencial, N° 148, enero 2011.
76. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “*La autotutela o facultad para nombrar su curador en el código civil peruano*” en Revista jurídica del Perú, N° 120, Lima, 2011.
77. CANALES TORRES, Claudia. “*El otorgamiento de la tenencia y custodia de un menor de edad*” en Dialogo con la jurisprudencia actualidad, análisis, y crítica jurisprudencial, N° 147, 2010.
78. 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 crítica jurisprudencial, N° 160, enero 2012.
79. GÓMEZ GUEVARA, Amalia. “*La problemática de la suspensión y pérdida de la patria potestad en el proceso penal en aplicación de las leyes*” en gaceta penal y procesal penal, N° 40, octubre 2012.

Recursos Electrónicos:

80. ÁNGELES RAQUI, Carlos. *Instituciones supletorias de Amparo Familiar, la tutela, la curatela y el consejo de familia*, Huancayo, Universidad Peruana Los Ángeles, 2011 [ubicado el 25.IV 2013]. Obtenido en <http://es.scribd.com/doc/54576100/TUTORIA-CURATELA-Y-CONSEJO-DE-FAMILIA>.
81. MOLINA SPILLARI, Lucrecia. *La figura de las familias sustitutas dentro del ordenamiento jurídico Guatemalteco como una opción para la restitución del derecho a una familia a niños, niñas y adolescentes con necesidad de colocación familiar*, Tesis para optar el grado de Abogada, Universidad Francisco Marroquín, 2006 [ubicado el 25.IV 2013]. Obtenido en <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4115.pdf>.

ANEXOS

EXPEDIENTE N° : 02754-2013-0-1707-JP-FC-01
DEMANDANTE : LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP
DEMANDADO : NESTOR ENRIQUE CABREJOS LLONTOP
MATERIA : FORMACION DE CONSEJO DE FAMILIA
JUEZ : NILDA GRACIELA CUIQUITA CONTRERAS
SECRETARIO : JOSE DOMINGO QUIÑONES BENDEZU

S E N T E N C I A N °

Ferreñafe, veinticuatro de Marzo

Del año dos mil catorce.-

RESOLUCIÓN NÚMERO: TRES (03)

Vistos; resulta de autos que por escrito de fojas veinte a veintitrés, subsanada a fojas treinta y ocho y treinta y nueve, doña Luz Cristina Cabrejos Llontop en vía de proceso no contencioso solicita la conformación del Consejo de familia a fin de velar por la persona e intereses de su hermano Néstor Enrique Cabrejos Llontop quien a la fecha cuenta con cuarenta años de edad. Fundamenta su pretensión sosteniendo que de la unión extramatrimonial de sus padres su indicado hermano padece desde su nacimiento de una incapacidad `permanente que no le permite valerse por si mismo, habiendo solicitado ante el Tercer Juzgado Especializado de Familia la Interdicción Civil la que se declaró fundada al haberse establecido que adolece de INCAPACIDAD ABSOLUTA que le impide valerse por si mismo, designándose como curadora a su progenitora Georgina Llontop Custodio. Que la sentencia de interdicción civil y el nombramiento de curadora fue inscrita en la SUNARP, ZOÑA REGISTRAL N° II-sede Chiclayo y que corre en la Partida Registral Nª 1154427-Asiento A0001; que desde hace varios años fallecieron sus progenitores por lo que solicita se disponga la conformación del Consejo de Familia que vele por la persona e intereses de su indicado hermano; que indica el nombre y dirección domiciliaria de sus hermanos Antonio, Luz Cristina, Adelfo, Libia Yanina Cabrejos Llontop acompañando las respectivas partidas de nacimiento y que acreditan el entroncamiento familiar con el interdicto civil Néstor Enrique Cabrejos Llontop propuestos para integrar el consejo ya mencionado juntamente con la

recurrente. Fundamenta su pretensión en los dispositivos legales que invoca. Que por resolución número uno se declara inadmisibles las solicitudes concediéndose el plazo de tres días para que subsane las omisiones anotadas bajo apercibimiento de rechazarse la demanda. Que por resolución número dos de folios cuarenta se admite a trámite la solicitud interpuesta por doña Luz Cristina Cabrejos Llontop sobre formación de Consejo de Familia en la vía procedimental no contenciosa, notificándose a las personas que deben formar el consejo de familia integrado por Antonio, Adelfo, Libia Yanina y Nestor Enrique Cabrejos Llontop. Que a fojas cuarenta y nueve y cincuenta corren las publicaciones de los edictos publicados en el diario La República. Que por resolución número cuatro de fojas setenta y cuatro se resuelve fijar fecha para la diligencia de actuación y declaración judicial con la finalidad de instalar formalmente el Consejo de Familia; que por escrito de fojas ciento veintiséis doña María del Rosario y Elmer Mauricio Cabrejos Llontop solicitan ser considerados como integrantes del Consejo de familia; que por resolución número diez de fojas ciento treinta se les tiene por apersonados que la audiencia de actuación y declaración judicial se lleva a cabo como es de verse del acta de fojas ciento treinta y dos a ciento treinta y cuatro, quedando los autos expeditos para dictar sentencia por ser ese su estado; y -----

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que, es materia de pronunciamiento jurisdiccional la pretensión procesal de doña Luz Cristina Cabrejos Llontop, quien solicita la formación de Consejo de Familia, a fin de que se nombre curador que se encargue de velar por la persona e intereses de su hermano Néstor Enrique Cabrejos Llontop, de cuarenta años de edad, por adolecer de incapacidad absoluta.-----

SEGUNDO. Que, conforme aparece de la Copia Certificada de la Partida Registral N° 11054427, que corre en el folio doce y trece, expedida por la Zona Registral N° II de la SUNARP, el Tercer Juzgado Especializado de Familia, emitió Sentencia con fecha veinticuatro de mayo del año dos mil seis, en el Expediente N° 2005-834, declarándose la interdicción civil de don Néstor Enrique Cabrejos Llontop, y por consiguiente, su incapacidad para ejercer sus derechos civiles por sí mismo. En dicha resolución se nombró como curadora del interdicto a su madre doña Georgina Llontop Custodio. De lo antes señalado, se advierte que en el presente caso, se ha cumplido con el requisito exigido por el artículo 566° del Código Civil.-

TERCERO. Que, según lo establece el Artículo 619° del Código Civil, el Consejo de Familia es una institución supletoria de amparo familiar que se encarga de velar por el cuidado e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tienen progenitores, o si teniéndolos, éstos se encuentran imposibilitados de cumplir con tales obligaciones. -----

CUARTO. Que, con la copia certificada de la partida de defunción que corre en el folio seis, se acredita que doña Georgina Llontop Custodio, tutora nombrada por el Tercer Juzgado Especializado de Familia, en el proceso de interdicción civil, falleció con fecha quince de febrero del año dos mil trece, hecho que automáticamente extinguió el referido cargo, por lo que se justifica el nombramiento de un nuevo tutor. -----

QUINTO. Que, de la revisión del proceso aparece que se ha cumplido con precisar los nombres de las personas que deben integrar el Consejo de Familia que se ha solicitado, e igualmente se ha cumplido con efectuar la publicación correspondiente, conforme lo dispone el artículo 634º del Código Sustantivo, según se acredita con los ejemplares del Diario La República que corren a fojas cuarenta y nueve, cincuenta y, cincuenta y uno. Por otro lado, mediante escrito de fojas ciento veintiséis a ciento veintiocho, se apersonaron al proceso doña María del Rosario Cabrejos Llontop y don Elmer Mauricio Cabrejos Llontop, solicitando se les incluya en el Consejo de Familia que se ha solicitado, sin formular oposición ni contradicción a la pretensión de la accionante. -----

SEXTO. Que, de la Audiencia de Actuación y declaración Judicial que corre del folio ciento treinta y dos a ciento treinta y tres, aparece que cumplió con instalar el Consejo de Familia, el mismo que estuvo presidido por la Juzgadora, conforme a lo normado por los artículos 635º y 639º del Código Material. Ante la falta de padres, abuelos y tíos del referido interdicto, el referido Consejo estuvo integrado por: Luz Cristina, Antonio, Libia Yanina, María del Rosario, y Elmer Mauricio Cabrejos Llontop, en su condición de hermanos enteros del incapaz mayor de edad Néstor Enrique Cabrejos Llontop, cuya relación familiar está acreditada con las copias certificadas de las partidas de nacimiento que corren a fojas dos, tres, cinco, ciento veintiuno, y ciento veintidós; así como con la partida de nacimiento que corre en el folio treinta y uno, que corresponde a la persona incapaz antes mencionada, de la que se advierte que éste último cuenta actualmente con cuarenta y dos años de edad. -----

SÉPTIMO. Que, en el acto de la Audiencia mencionada en el considerando anterior, y en aplicación de lo establecido por los artículos 622º, 623º, 626º, 641º y 647º del Código Civil, determinó que el Consejo de Familia instalado, queda conformado por sus miembros natos integrados por Antonio, Luz Cristina, Libia Yanina, y María del Rosario, al tener la calidad de hermanos enteros del interdicto. Luego de efectuarse las deliberaciones correspondientes, por unanimidad decidieron nombrar a doña Luz Cristina Cabrejos Llontop, como la persona más idónea para ejercer el cargo de curadora dativa, a fin de que se encargue de cuidar y proteger a su hermano incapaz mayor de edad antes mencionado. Así se decidió autorizarla para que pueda cobrar la pensión de orfandad que percibe de la Oficina de Normalización Previsional, a través del Banco de la Nación para solventar las necesidades alimentarias de su mencionado hermano. -----

Por tales consideraciones, en aplicación de los dispositivos legales antes invocados, y de lo establecido por los artículos 564º, 565º inciso 1º, 568º, 569º, 573º y 576º del Código Civil, administrando Justicia a nombre de la Nación; **FALLO:** Declaro **FUNDADA** LA solicitud de fojas veinte a veintitrés, y, en consecuencia queda establecido que: **1º) El CONSEJO DE FAMILIA** que se ha instalado para velar por la persona e intereses del incapaz mayor de edad **NÉSTOR ENRIQUE CABREJOS LLONTOP**, se encuentra conformado por sus hermanos enteros **ANTONIO, LUZ CRISTINA, LIBIA YANINA, y MARÍA DEL ROSARIO CABREJOS LLONTOP. 2º)** Se ha nombrado por unanimidad a doña **LUZ CRISTINA CABREJOS LLONTOP**, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 17426655, como **TUTORA DATIVA** del mencionado interdicto, quién asumirá su protección, alimentación y asistencia, así como su representación ante la Oficina de Normalización Previsional (ONP), para que cobre mensualmente el importe de la pensión de orfandad que le corresponde a dicho interdicto, y que se le paga mensualmente a través de la Cuenta de Ahorros con el N° 00834-2005-0-1704-JR-F-C-03, abierta en el Banco de la Nación, de acuerdo a lo señalado en el escrito que corre en el folio noventa y cinco. **3º)** 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. **4º)** Remítase oportunamente los partes judiciales correspondientes a la Zona registral N° II de la SUNARP, para que se inscriba la presente resolución en el Registro Personal. **5º)** Ofíciense en su oportunidad a la Oficina de Normalización Previsional (ONP), así como al Banco de la Nación, remitiéndoseles copia certificada de la presente resolución, a fin de que tomen conocimiento de la decisión jurisdiccional y procedan conforme a sus atribuciones. **6º)** Notifíquese conforme a ley. T.R. -----