

## TUTELA

Chavez Ponte Fernando Jorge

El Código Civil regula un sistema de amparo para niños y adolescentes por el cual se encarga a la familia el cuidado de la persona y bienes de los menores; de tal forma que son parientes del menor quienes han de protegerlos. Dentro de la estructura de ese sistema, la patria potestad constituye la figura básica y es a falta de ella que entra a funcionar la figura supletoria de la tutela.

Se comprueba la integración de ambas figuras en una sola institución protectora todas procuran el mismo fin, se sustentan en semejantes fundamentos y se sirven de parecidos medios. Por ello, resultan aplicables a la tutela las normas de la patria potestad, que no aparezcan modificadas específicamente por disposiciones propias de aquella figura.

En lo que respecta a la tutela, el tutor viene a llenar el vacío dejado por el padre. De ahí que sus atributos y sus deberes sean análogos pero no iguales, porque la relación paternofamiliar surge de la sangre, mientras que la que existe entre tutor y pupilo es una creación humana, un remedo imperfecto de la naturaleza. Por tanto, si bien se tiene presente la imagen de la patria potestad, los poderes de los tutores son menores y, correlativamente, mayor el control del Estado; lo que se atribuye al consejo de familia.

En general, el régimen de la patria potestad y tutela determina a los padres y tutores, el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes del menor. En el aspecto personal, establece los derechos-deberes de asistencia y educación, de corrección y vigilancia, de tenencia y representación. En el ámbito patrimonial, señala el derecho-deber de administración de los bienes de los menores y, únicamente en el caso de los padres, prescribe el usufructo legal paterno sobre tales bienes.

Se debe precisar que con la abrogación del Decreto Ley N° 26102, se derogó la institución de la guarda, que fuera establecida en favor de los niños o adolescentes en estado de abandono por la que una persona o personas se hacían responsables de ellos, ejerciendo las funciones de la tutela de manera provisoria.

La guarda era una institución de carácter transitorio para la protección del niño o adolescente en estado de abandono, por la que mediante una resolución judicial una persona o personas se hacían responsables de ejercer sobre él las funciones de la tutela. En tal sentido, el guardador tenía los mismos deberes y derechos que los estipulados en la legislación vigente para los padres; los que ejercía bajo la supervisión periódica del juez de familia.

Téngase presente que mediante la colocación familiar un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hará responsable de él en forma provisional. En el proceso de adopción, la colocación familiar se aplica como medida de aclimatamiento y de protección al niño o adolescente cuando el lugar donde vive pone en peligro su integridad física o mental.

La colocación familiar puede ser dispuesta por la instancia administrativa o como medida de protección por resolución judicial, pudiendo ser remunerada o gratuita.

En instancia administrativa, corresponde al Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano o a las instituciones autorizadas por éste, decidir la colocación de un niño o adolescente. Para este efecto, deberán considerar el grado de parentesco y, necesariamente, la relación de afectividad con la persona, la familia o institución que asumirá su cuidado, así como ubicarlo preferentemente en su entorno local.

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 74 regula los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, entre ellos, el deber de velar por el desarrollo integral de los hijos, proveer su sostenimiento y educación, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran capacidad de ejercicio y responsabilidad civil, así como administrar y usufructuar sus bienes.

Es justamente en atención a los alcances del ejercicio de la patria potestad que surge la tutela como figura supletoria de ésta, posibilitándose el nombramiento de una persona llamada "tutor", para que en reemplazo de los padres asuma el cuidado de la persona y bienes, además de la representación en todos los actos de la vida civil, de los hijos menores de edad que no se encuentran sujetos a la patria potestad.

Cabe señalar que inicialmente en el Derecho Romano se consideraba que la tutela solo podía ser ejercida por el varón, dada la significancia y trascendencia del cargo, en contraposición con la visión de debilidad y flaqueza que se tenía del sexo femenino.

La facultad de nombrar tutor recae en principio en los padres, bien sean matrimoniales o extramatrimoniales, toda vez que en ellos por razones de orden afectivo y biológico existe la necesidad de velar y garantizar el cuidado futuro de los hijos. Resulta oportuno destacar que la facultad reconocida al progenitor supérstite debe encontrarse aparejada de capacidad de goce y ejercicio, así como del ejercicio pleno de la patria potestad, por cuanto de mediar suspensión o pérdida de aquella (de conformidad a las causas previstas en los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes), no cabe posibilidad de designación alguna. La forma de designación de tutor queda a elección del progenitor, sea ésta por vía testamentaria (cualquiera de las formas que reconoce el ordenamiento civil) o por escritura pública.

En consecuencia, la atribución de nombramiento de tutor conferida a los abuelos nace del ejercicio de una tutela que previamente ha sido reconocida por la ley y cuya finalidad, al igual que en el caso del padre o de la madre, es la de asegurar el cuidado y bienestar del niño, niña o adolescente sujeto a tutela.

Por último se confiere igual derecho al testador que hubiese instituido como heredero o legatario a aquel que carece de tutor nombrado por el padre o madre o de tutor legítimo.

Por su parte Cabanellas señala que la "capacidad jurídica es la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto o parte, por sí o por su representante legal en las relaciones de derecho, ya como titular de derecho o facultades, ya como obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber".

En consecuencia la norma alude al supuesto del hijo que, teniendo como padres uno con capacidad civil y otro privado de ésta, tenga asegurado el cuidado de su persona y bienes en caso de fallecimiento del primero en atención al nombramiento de tutor que en vida hubiese efectuado éste.

Evidentemente la norma hace énfasis a lo ya regulado por el inciso primero del artículo 503 del Código Civil, toda vez que la capacidad de nombrar tutor solo es reconocida a los padres que ejercen la patria potestad, en consecuencia el padre o madre incapaz no goza de dicha facultad, en atención a su propio estado de incapacidad Y que el propio Código de los Niños y Adolescentes en el inciso a) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes establece como causal de suspensión del ejercicio de la patria potestad, previa declaración de interdicción.

El supuesto contenido en la norma alude al típico caso de orfandad en que quedaría tanto el hijo menor de edad como el padre o madre incapaz ante la muerte del que gozaba de capacidad civil.

El legislador pretende brindar una alternativa de solución al problema al facultar al padre capaz de adelantarse a los acontecimientos y asegurar en vida el futuro cuidado de su prole, más aún que el derecho de nombramiento de tutor viene a ser una manifestación del ejercicio de la patria potestad, toda vez que el inc. a) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes señala que es deber y derecho de los padres que ejercen la patria potestad el "velar por su desarrollo integral".

En conclusión, sea que se trate de una tutela independiente o de una tutela mancomunada, lo que debe primar es la obligación del tutor de velar por el desarrollo integral del tutelado, como así lo exige el artículo 526 del Código Civil o como en forma amplia lo regula el artículo 269 del Código Civil español, al señalar que "el tutor está obligado a velar por el tutelado y en particular a procurarle alimentos, educarlo, a promover la adquisición o recuperación de su capacidad y mejor inserción en la sociedad, etc" ,

En nuestro medio la designación de tutor legítimo tiene como consideración principal la cercanía existente (en atención al grado de parentesco) entre el pupilo y la persona en quien recaerá la designación de tutor, lo cual evidentemente obedece a factores de índole afectivo-emocionales, toda vez que cuanto más cercano al pupilo resulte ser el tutor se favorecerá un adecuado cumplimiento de los deberes inherentes al cargo (cuidado, educación, alimentación, representación y actos de administración), que muchos coinciden en señalar como semejantes al del "buen padre de familia".

Sin embargo, el problema surge cuando concurren a la designación de tutor legítimo los abuelos por línea materna y los abuelos por línea paterna. En este caso la norma prevé como solución legal el prevalecer la idoneidad para el cargo, lo cual deberá ser decidido por el juez especializado.

Al respecto, resulta oportuno señalar que si bien la norma no lo menciona, toda vez que el Código de los Niños y Adolescentes es posterior al Código Civil, el juez de familia además de tener en cuenta aspectos de idoneidad para el nombramiento del tutor legítimo, debe hacer primar el Principio del Interés Superior del Niño.

Tutela dativa es aquella que es conferida por mandato judicial a falta de tutor testamentario o legítimo; vale decir, que opera subsidiariamente y solo a falta de las anteriores.

El consejo de familia, en el que recae la facultad de nombrar tutor, es la institución familiar integrada por los parientes paternos y maternos de los menores e incapaces o los designados por testamento o por decisión judicial, cuya finalidad es la de cautelar su bienestar e interés económico y moral.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Gaceta Jurídica, 1998; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos de Derecho Civil, tomo IV Derecho de Familia. Barcelona, 1982; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.