



Título: **Designación de tutor: aspectos procedimentales**

Autores: **Olmo, Juan Pablo, Iurman, Liliana I.**

Publicado en: **Suplemento Doctrina Judicial Procesal, octubre 2015, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, p. 1.**

I. Introducción

El propósito del presente trabajo consiste en abordar los aspectos procesales centrales de la tutela, tanto que sea una tutela general como una tutela especial. Asimismo se expondrán las generalidades del instituto de la tutela, las diferentes clases, su discernimiento, hasta su culminación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1). Es preciso destacar que actualmente la tutela se encuentra regulada en el Libro Primero (Parte General), Título I (Persona humana), Capítulo 10 (Representación y asistencia. Tutela y curatela), Sección 2° (Tutela), en los artículos 104 a 137 CCyCN. Por otra, parte se hará una referencia específica a la Tutela Pública que encuentra su regulación en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa n° 27.149. (2)

II. Algunas consideraciones sobre la tutela

En primer lugar diremos que el instituto de la tutela tiene la función de representación de las niñas, niños y adolescentes (3), que carecieren de padres o estos fueren incapaces o se encontraren privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio. Asimismo, es dable destacar que puede resultar necesaria la designación de un tutor especial —que puede coexistir con los padres o bien con el tutor designado (art. 109 CCyCN)— para ejercer la representación de determinados actos que, generalmente, requieren de una especialidad.

Este sistema de representación es de protección y ha sido instituido en exclusivo beneficio de las personas menores de edad que no estén bajo el régimen de la responsabilidad parental o carezcan de adulto responsable que se haga cargo de su crianza y cuidados necesarios y de su estado de indefensión ya sea por su inmadurez, enfermedad, o características mentales que colocan al niño, niña o adolescente (4) en una particular situación de vulnerabilidad.

Cabe recordar que el instituto en análisis tuvo su origen en el derecho romano primitivo, cuyo ordenamiento preveía que los incapaces de hecho o de obrar tuvieran un representante necesario que supliera su incapacidad y tuvo una evolución con respecto a sus objetivos, dado que, según sostienen algunos autores, surgió en principio en beneficio de los tutores. Posteriormente se transformó en un deber y carga en interés del incapaz y, en su última etapa, devino en carga pública, oficiosa y onerosa (5), a la luz de lo normado en el Código Civil.

En nuestro régimen jurídico actual, la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de los NNyA que no han alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (art. 104 párr. 1° CCyCN). Actualmente, la definición de tutela se ha modificado ya que se trata de una figura que debe propender al cuidado y asistencia a la persona y bienes de los NNyA que no hayan alcanzado la plena capacidad civil, fomentando su participación en la toma de decisiones y promoviendo su autonomía personal. Lo acertadamente innovador en el caso del discernimiento de la tutela es la recepción normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto a que otorga a la persona menor de edad un rol protagónico en los asuntos que le conciernen a diferencia del Código derogado, donde el tutor suplía su voluntad.

Asimismo, la normativa vigente introduce la figura de la delegación de la responsabilidad parental para la protección de la persona y bienes de la NNoA. Esta delegación puede ser realizada por los progenitores y, previa audición del niño, el juez puede homologarla. Así también, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, en supuestos de especial gravedad. En ambos supuestos, la ley determina que el guardador puede ser investido con las funciones reguladas para el tutor, especialmente de representación para atender cuestiones patrimoniales (arts. 104 y 643 CCyCN).

III. Tutela general y tutela especial

Ahora bien, la tutela puede ser general o bien especial, según el caso. La tutela general se refiere a los NNyA que no se encuentren bajo la responsabilidad parental de sus progenitores en tanto que la tutela especial, se encuentra limitada a la defensa de cuestiones específicas cuando existe conflicto de intereses o cuestiones particulares que ameriten la necesidad de designar un tercero imparcial que pueda, de mejor manera, cumplir con determinado cometido (art. 109 CCyCN) (6).

De tal modo, se establece la representación de NNyA a través del instituto de la tutela y de sus dos diferentes clases (tutela general y especial) por medio del cual se garantiza la defensa de los derechos de aquellos, a la vez que se asegura su participación en los distintos actos de la vida civil y que la ley establece.

La tutela puede ser unipersonal o pluripersonal, según aquello que mejor atiende al interés superior del NNoA. El cargo de tutor es intrasmisible (art. 105 CCyCN).

IV. Tutela dada por los padres y tutela dativa

En el Código de Vélez se distinguían las clases de la tutela según la fuente de su otorgamiento: esta podía ser legal, testamentaria o dativa. El nuevo Código elimina la tutela legal, ya que no hay preferencia de parentesco sino que se designa a la persona más idónea para la protección de los NNyA. En cambio, se mantiene la tutela dada por los padres (por testamento o por escritura pública) y la dativa. Es decir: cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar



tutor o tutores a sus hijos menores de edad, tanto por testamento como por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan de rendir cuentas. A su vez, si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del NNoA, a elección del pariente. Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más conveniente para el NNoA (art. 106 CCyCN).

En cuanto a la tutela dativa el Código prescribe que ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al NNoA, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad (art. 107 CCyCN). Esta tutela tiene como objetivo que el menor no quede sin protección. Es de carácter subsidiario y debe contar con la participación de la persona menor de edad. El juez no puede nombrar a los que por norma se encuentran excluidos (art. 110 CCyCN) (7).

V. Tutela pública

Dentro de la categoría de tutela dativa, de no darse un supuesto de designación en cabeza de un particular, procede entonces la designación de un tutor público. En efecto, en la Capital Federal se aplica la ley 27.149 (8) que prevé la actuación de Defensores Públicos Tutores dentro del ámbito del Ministerio Público de la Defensa (9).

En cuanto a la tutela pública, cabe destacar que lo atinente a los presupuestos de intervención, designación y ejercicio del cargo, resulta aplicable, en lo pertinente, lo estipulado en el CCyCN y su regulación específica que emana de la ley 27.149. Cabe mencionar, en este supuesto, que la tutela puede otorgarse con carácter general de manera que afecte a todos los aspectos de la vida de la persona menor de edad o bien, bajo la modalidad de tutela especial o ad litem para cierta cuestión concreta (por ejemplo: para intervenir en un expediente determinado donde se adviertan intereses contrapuestos con sus representantes legales). La intervención del tutor público deviene de los mismos presupuestos que para el tutor particular, tiene como objetivo brindar protección a los derechos, intereses o bienes de un NNoA, sin perjuicio de los demás casos propios de la naturaleza del cargo y los que les encomiende el Defensor General de la Nación. (art. 44 ley 27.149) (10)

VI. Procedimiento

1. Confirmación o designación de tutor general

a) Generalidades

Dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454 y sus modificatorias), en el Libro Séptimo (Procesos voluntarios), Capítulo II (Tutela. Curatela), se regula esta materia en los artículos 776 y 777. El primero de ellos establece que: "Trámite. El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres, se hará a solicitud del interesado o del ministerio público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 775".

Cuando la norma dice "sin forma de juicio", quiere decir que cuando se trate únicamente de la confirmación del que hubieren designado los padres, será suficiente acreditar los extremos de la designación, para que el juez lo confirme previa vista al Ministerio Público de Menores. Después se procede al discernimiento del cargo. En cambio, "si se promoviese cuestión": ya sea por presentación de dos o más personas interesadas en la designación, o al solo efecto de acreditar la idoneidad para la tutela dativa, el procedimiento será sumarísimo.

b) Legitimación

De conformidad con el artículo 776 CPCCN, el nombramiento del tutor y la confirmación que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público (Defensor de Menores). Cabe destacar que en los supuestos de la tutela pública, además de los casos enunciados, el tutor puede ser designado de oficio por el juez en el marco de algún proceso donde se vean vulnerados los derechos de un menor de edad, tal como se verá más adelante.

Con lo cual, además del Ministerio Público de Menores (art. 103 CCyCN), podrá promover la acción cualquier persona que se crea con derecho a ejercer la tutela.

c) Competencia

El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar donde el NNoA tiene su centro de vida (art. 112 CCyCN); en concordancia con el artículo 716 CCyCN, el cual establece lo siguiente: "Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida."

Tiempo atrás, algunos fallos interpretaron que la tutela ejercía fuero de atracción con relación a las acciones que pudiera promover la persona menor de edad, por considerar que se trataba de un juicio universal. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina actual desecharon ese concepto; en consecuencia los procesos iniciados por el NNoA o contra él



deberán tramitar de acuerdo con las normas generales en materia de competencia (11).

Finalmente, aunque el NNoA cambie de domicilio con posterioridad al discernimiento de la tutela subsiste la competencia del juez en lo relativo al cuidado de la persona menor de edad y a las providencias sobre su persona o bienes. Ello sin perjuicio de las medidas urgentes que pudiese tomar otro juez en caso necesario (12).

d) Partes

Son partes en este proceso, el Ministerio Público de Menores o las personas que pueden ejercer la tutela, es decir, "el interesado".

e) Participación de NNyA durante el proceso

El nuevo CCyCN incorpora a través de diferentes normas la participación de los NNyA en el ejercicio del derecho a ser oídos según su edad y grado de madurez, y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Ello, con anterioridad a la apertura de la tutela dativa o durante su tramitación con intervención del Ministerio de Menores. El NNoA puede observar la designación de tutor y el juez puede tomar en cuenta tal observación como elemento para hacer mérito de la idoneidad, a la luz de considerar la aptitud, habilidad, competencia, edad y demás circunstancias personales; todo ello para finalmente determinar quién se encuentra en mejores condiciones de ejercer la función, garantizando la promoción de la autonomía del NNoA y el reconocimiento de su capacidad progresiva y el desarrollo integral. A tal efecto, se abre la causa a prueba, se producirá la ofrecida y se puede, a instancia del Ministerio Público, ya sea que actúe de forma complementaria o principal (art. 103 CCyCN), ampliar prueba o bien disponer medidas para mejor proveer, a fin de reunir los elementos necesarios para arribar a la convicción de que la persona a designar como tutor es la idónea para brindar protección y establecer así un vínculo con su representado, de modo de mejor satisfacer los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico (art. 3 CDN).

f) Medios de prueba

A fin de comprobar la idoneidad y capacidad del tutor se podrá recurrir a cualquier medio de prueba. En la práctica se observa principalmente la prueba documental, informativa (entre las que se encuentra el certificado de antecedentes penales), testimonial y pericial (especialmente, informe socio-ambiental).

g) Tutela provisoria

Como un supuesto de tutela especial, el nuevo Código unificado prevé en su artículo 109 que el juez podrá proceder a su designación "cuando existen razones de urgencia, hasta

tanto se tramite la designación del tutor que corresponda" (inc. g). En concordancia con esta norma, el artículo 44 de la ley 27.149 establece que los Defensores Públicos Tutores podrán actuar "hasta el discernimiento judicial de la tutela en casos de urgencia" (inc. d). De lo expuesto surge que, de existir razones de urgencia que así lo ameriten, durante la tramitación de la causa el juez podrá designar un tutor provisoriamente, cuya función cesa o bien con la sentencia y posesión del cargo del tutor designado, o bien antes de que ello ocurra, si cesaron los motivos que se tuvieron en cuenta para su nombramiento.

h) Sentencia. Cosa juzgada

Una vez producida la prueba, se dicta sentencia nombrando al tutor o tutores y, posteriormente, se discierne la tutela. Quien ejerza la tutela será el representante legal del NNoA en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez (art. 117 CCyCN).

La sentencia que designa tutor o aprueba el nombramiento hecho por los padres no hace cosa juzgada material respecto de quien, con posterioridad, reclame ese discernimiento y que no fue parte en el proceso en que aquélla fue discernida.

i) Discernimiento de la tutela. Acta

Según el artículo 777 CPCCN: "Acta. Confirmado o hecho el nombramiento, se procederá al discernimiento del cargo, extendiéndose acta en que conste el juramento o promesa de desempeñarlo fiel y legalmente y la autorización judicial para ejercerlo". Al respecto, cabe aclarar que lo referido al juramento era acorde a lo prescripto por el artículo 406 CC (13). Sin embargo, en el nuevo CCyCN no existe tal exigencia, por lo tanto actualmente el juramento no procede.

Mientras la designación o nombramiento del tutor es una prerrogativa otorgada a los padres para el caso de su fallecimiento (art. 106 CCyCN) o, en su defecto, al juez, sea que la tutela dativa recaiga en algún pariente o en un tercero (art. 107 CCyCN); por su parte, el discernimiento es el acto jurisdiccional por el cual el tutor queda investido jurídicamente de su carácter de tal.

En palabras de Borda: debe entenderse por discernimiento el acto en virtud del cual se pone al tutor en posesión de su cargo, a cuyo efecto se labra un acta judicial, cuyo testimonio, unido al del nombramiento, constituye el documento habilitante para actuar en representación de la persona menor de edad (14).

La persona designada comparece ante la Secretaría del Juzgado y acepta el cargo ante el Actuario y constituye domicilio. Seguidamente, comparece ante el juez y se procede a discernir el cargo apud acta, comprometiéndose la persona a desempeñarlo fielmente y con arreglo a derecho. Con lo que queda autorizada a ejercer la tutela y de acuerdo al mandato legal. Mediante tal discernimiento, que como acto indelegable del juez tiene su cumplimiento en sede judicial y no notarial, el tutor queda investido del cargo y desde ese momento



comienzan los efectos jurídicos de los actos que se realice en representación de la persona menor de edad. Discernida que fuera la tutela podrá entregarse los bienes del NNoA, previo inventario y avalúo (art. 115 CCyCN). La designación y el discernimiento pueden ser impugnados en el tiempo de su realización, caso contrario se tendrá por consentido. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al NNoA, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez, y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior (art. 113 CCyCN y art. 5 CDN).

2. Tutela especial o ad litem

Como ya se adelantara, puede que no se den los supuestos que la normativa prevé para la designación de un tutor general. No obstante ello, puede surgir la necesidad de designar un tutor especial para que se ocupe de una tarea concreta (p. ej: la administración de un bien). Con el mismo criterio que para la designación de un tutor especial, puede darse el supuesto de designación de un tutor ad litem, esto es, para intervenir en un proceso judicial determinado v.gr., por existir intereses contrapuestos entre los representantes legales (padres o tutores) y la persona menor de edad. Si bien en este caso se sigue el mismo criterio que se utiliza para la designación de un tutor especial (art. 109 inc. a CCyCN), la particularidad es que esta tutela especial está destinada a ser ejercida exclusivamente en el marco de un proceso judicial y solo para ese caso concreto (por ello se la llama ad litem). En estos casos, como ya se adelantara, la misma puede ser otorgada directamente por el juez de la causa cuando advierte que se da el supuesto que amerita la designación, en tanto que, como director del proceso, debe velar por la observancia de las garantías procesales en favor de los NNyA cuyos derechos e intereses se encuentren allí involucrados.

De lo expuesto se desprende que no siempre la designación de tutor queda plasmada en una sentencia dictada en el marco de un expediente sobre tutela que tramita por ante un juzgado con competencia en asuntos de familia a petición de parte legitimada; sino que dicha designación puede provenir de un juez —incluso de oficio— para intervenir en el marco de un expediente donde se ventilan cuestiones que involucran a una persona menor de edad.

VII. Finalización de la tutela

De conformidad con el artículo 135 CCyCN, la tutela termina en los siguientes supuestos: muerte del tutelado, su emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela; haber alcanzado la mayoría de edad; la muerte del tutor; la incapacidad, declaración de capacidad restringida, remoción o renuncia aceptada por el juez, de quien ejerce la tutela. En caso de haber sido discernida a dos personas, la causa de terminación de una de ellas no afecta a la otra, que se debe mantener en su cargo, excepto que el juez estime conveniente su cese, por motivos fundados.

La referida norma impone la necesidad de que en caso de muerte del tutor, el albacea,

heredero o el otro tutor si lo hubiera, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez de la tutela. En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y sus bienes.

Por su parte, el tutor puede ser removido cuando se configuren alguna de las causas que impiden ser tutor, por no realizar el inventario en el término de ley, por incumplimiento de los deberes a su cargo o si tuvieran reiterados conflictos en la convivencia (art. 136 CCyCN). El fundamento de la remoción encuentra sustento en la necesidad de otorgar al NNoA la mayor certeza en orden a su desarrollo integral.

Ahora bien, terminada la tutela, quien la ejercía o sus herederos deben entregar los bienes de inmediato, e informar de la gestión dentro del plazo que el juez señale, aunque el NNoA en su testamento lo exima de ese deber. Las cuentas deben rendirse judicialmente con intervención del Ministerio Público.

(1) En adelante CCyCN.

(2) B.O. 18/06/2015.

(3) En adelante NNoA.

(4) En adelante NNoA.

(5) PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 1754 y 1755.

(6) Artículo 109 CCyCN: "Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda".

(7) Artículo 110 CCyCN: "Personas excluidas. No pueden ser tutores las personas: a) que no tienen domicilio en la República; b) quebradas no rehabilitadas; c) que han sido privadas o suspendidas en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible; d) que deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país; e) que no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria; f) condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad; g) deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela; h) que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge, conviviente, padres o hijos; i) que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela; j) inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida; k. que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente".

(8) A través de esta ley se derogó la anterior Ley Orgánica del Ministerio Público n° 24.946 que regulaba tanto al Ministerio Público Fiscal como al de la Defensa (art. 120 CN).

(9) Artículo 15: "Integrantes. El Ministerio Público de la Defensa está integrado por: a) Magistrados: ...9) Defensores Públicos Tutores..."



(10) Artículo 44 LOMPD: "Intervención de Defensores Públicos Tutores. Los Defensores Públicos Tutores actúan para brindar protección a los derechos, intereses o bienes de un niño, niña o adolescente, sin perjuicio de los demás casos propios de la naturaleza del cargo y los que les encomiende el Defensor General de la Nación, en los siguientes supuestos: a) Cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. b) Cuando exista conflicto de intereses entre el niño, niña o adolescente y sus representantes, u oposición de intereses entre diversos niños, niñas y adolescentes que poseen el mismo representante legal; con las salvedades que disponga la ley respecto de la actuación por sí de la persona menor de edad. c) Cuando los padres o tutores del niño, niña o adolescente no pudieran ejercer actos de administración sobre uno o más bienes de éstos. d) Hasta el discernimiento judicial de la tutela en casos de urgencia".

(11) FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, ARAZI, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, tomo 3, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 577.

(12) FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, ARAZI, Roland, Código Procesal...cit., ps. 577 y 578.

(13) Por entonces la doctrina entendió que, como la ley procesal no puede modificar la de fondo, por su legal prelación, si el discernimiento no se otorgaba bajo juramento, entonces podía ser atacado de nulidad. (DE GREGORIO LAVIÉ, Julio A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Doctrina. Jurisprudencia, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 777).

(14) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, tomo II, 10° edición actualizada por Guillermo J. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 263.