

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez
Juan Carlos Ghirardi
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Gabriela Marta Alonsoperez
Carlos María Antuña Suárez
Juan Bautista Bardi
Cecilia Benetti
Gonzalo Bernal
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli
Leticia Núñez
Carlos Andrés Domínguez
Scheid
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Gastón L. Medina
Germán Giarrocco
Joao Alfredo Jiménez Salas
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel
Arturo Magno Quispe Quiroz
Emma M. Rodríguez Díaz
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Luis Diego Vargas
Bibiana Llaryora
Paola Acosta
Andrea Costa
Soledad Sandra Peralta

UFLO
UNIVERSIDAD

Evolución del instituto de la tutela

Por Cecilia Benetti³⁸¹, Gonzalo Bernal³⁸²

Resumen

La institución de la tutela era una figura jurídica en donde se le daba la protección al menor y a las mujeres, siendo un poder que daba el derecho civil a las personas libres a los fines de proteger a otras que por su corta edad no pudieran hacerlo, y todo aquel que ejerciera este título no podía usarlo en beneficio propio. Como iremos desmenuzando a la largo de este trabajo, la tutela ha ido evolucionando a lo largo de la historia, comenzando en la época romana y sentando así las bases de un sistema que apenas ha mutado en el tiempo, excepto por las consideraciones de género, las cuales han quedado superadas hace tiempo en nuestro sistema jurídico actual.

³⁸¹ Abogada. Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Técnica en Administración en RR HH. Adscripta de Derecho Romano Cátedra “B” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialet de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesorado en Ciencias Jurídicas (en curso) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: cecibenetti05@gmail.com.

³⁸² Abogado. Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Adscripto de Derecho Romano Cátedra “B” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Estudiante de Notariado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Bialet” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Contacto: drgonzalobernal@gmail.com.

Palabras clave: tutela; impúber; *pater familias*; *patria potestas*

Abstract

The institution of guardianship was a legal figure where protection was given to minors and women, being a power that gave civil law to free people in order to protect others who, due to their young age, could not do so. and anyone who exercised this title could not use it for their own benefit. As we will be breaking down throughout this work, guardianship has evolved throughout history beginning in roman times, thus laying the foundations of a system that has hardly changed over time, except for gender considerations, which have remained outgrown long ago in our current legal system.

Keywords: guardianship; prepubescent; *pater familias*; *patria potestas*

Introducción

La tutela es una institución que surge a raíz de la necesidad de suplir las incapacidades de los sujetos, variando estas incapacidades a lo largo de la historia, todo ello motivado por la realidad social del momento y el sistema jurídico de cada pueblo. Si bien el origen de la tutela es incierto, sabemos que la tutela no surge en los tiempos más arcaicos. Esto se debe a que a la muerte del *pater familias* las personas sujetas a su potestad eran protegidas por uno nuevo, resultando pues la tutela innecesaria para la época. Si bien a medida que la unidad familiar de la

Nacional de Córdoba). Las integrantes forman parte del Instituto de Derecho Romano Agustín Díaz Biale UCC y miembros de ADRA.

Antigua Roma se desvanece y se rompe al fallecer el *pater familias*, los impúberes y las mujeres, los cuales eran incapaces de actuar en la vida jurídica en Roma, empiezan a requerir un cuidado especial que consiga suplir dicha falta de capacidad. Esta realidad social nueva es la que da lugar al nacimiento de la institución tutelar, sin ser sabida fecha exacta de su surgimiento, siendo su evolución a lo largo de la extensa historia romana, desde una extensión del poder del *pater familias* sobre el pupilo, hasta un deber ejercido en favor del pupilo.

La interpretación de las fuentes es controvertida, y en muchos casos sospechosas de interpolación como veremos en este estudio, por lo que siempre hay nuevos acercamientos y nuevas ideas sobre lo que pudo y lo que realmente fue la institución tutelar en Roma. Partiremos del estudio de la figura del *pater familias* y veremos cómo evoluciona la tutela desde un poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio rozando casi un carácter egoísta, hasta un deber u oficio, en favor del pupilo.

Una vez analizados estos temas, pasaremos al estudio de las diferentes clases de tutela que se dieron en el tiempo, con el origen de la tutela testamentaria, hasta la actual tutela de autoridad, así como un estudio de los sujetos que pudieron ejercer la tutela y los diferentes requisitos necesarios dentro de la institución, así como las excusas para no ejercerla.

A continuación, estudiaremos su régimen jurídico desde los medios que tiene para ejercer la tutela el tutor, hasta los medios que tiene el pupilo para poder dirigirse contra éste en los casos en los que haya habido un menoscabo en su patrimonio o una mala actuación del tutor en cuyo origen fueron insuficientes pero a lo largo de la historia ofrecieron una protección digna al pupilo. Se incluía también en éstos a las siete acciones que pudo ejercitar el tutor para resarcirse de los gastos que pudo haber tenido por consecuencia de la tutela.

Siguiendo el hilo conductor lógico que comenzamos con el análisis histórico, se tratará la tutela en lo relativo a su actual regulación, cerrando el estudio con las conclusiones extraídas de éste.

II. Origen y evolución de la tutela

Desde los comienzos de la sociedad romana se vieron necesarias una serie de instituciones con el fin de suplir la falta de capacidad de algunas personas. Así pues, surge con este fin la institución de la tutela para suplir la capacidad de los menores impúberes y las mujeres.

Para empezar el estudio de la tutela, debemos hacer un breve estudio de la familia romana y en particular de la figura del *pater familias*. La familia romana en sus orígenes está constituida por un grupo sometido y dirigido por el *pater familias*. Podemos distinguir dos tipos de familia, la familia agnaticia *proprio iure* y la familia agnaticia *comunni iure*. La primera hace referencia a la agrupación de personas que está bajo una misma autoridad, debemos entender esta potestad del *pater familias* como unas potestades en orden de defensa y de dirección tanto política como religiosa, asemejándose más a las funciones de un gobierno en la actualidad. La familia en la sociedad romana se caracteriza pues por el sometimiento de sus miembros a la figura del *pater familias*. Para formar parte de dicho grupo y siguiendo la concepción sería por nacimiento o por sometimiento a la potestad del *pater familias*, dando lugar esto a dos tipos de sujetos, los sujetos *sui iuris* y los sujetos *alieni iuris*. En la familia romana, el único sujeto *sui iuris* sería el *pater familias*, mientras que el resto de los miembros serían los *alieni iuris* por estar sometidos a aquel. De esta diferenciación surge el instituto tutelar, pues si bien un sujeto *alieni iuris* no podría estar sujeto a tutela por estar ya sometido a la potestas del *pater familias*, un sujeto *sui iuris* impúber sí lo estaría.

Esta relación entre *patria potestas* y tutela es sostenida por un amplio sector de la doctrina, que afirma que la tutela es una conversión de la patria potestad que ejercía el *pater familias* una vez muerto, en un poder ejercitado sobre los impúberes por un sujeto. Es también apreciable esta relación, sobre todo en la tutela clásica, a la consideración que se tiene de ésta como un poder perteneciente al tutor más que un deber con función protectora sobre el tutelado. Esta consideración primitiva

de la tutela surge por la incapacidad de obrar del impúber, siendo la función del tutor suplir dicha capacidad en las relaciones jurídicas de las que el incapaz era, o podría ser titular y no en la idea de proteger al impúber.

Por esto decimos que en la época clásica la *tutela mulieris* quedó como una limitación formal perviviendo esta institución por razones históricas y simplemente en protección de la propia mujer, que es quien realizaba los negocios por sí misma y podía perfectamente superarla. Debido al *Ius Liberorum* la mujer pudo empezar a considerarse *sui iuris* después de que tuviese tres o cuatro hijos dependiendo de que fuese ingenua (nunca conoció esclavitud) o liberta (libre que fue esclava). Con Justiniano se produjo la completa desaparición de la *tutela mulieris*, que solamente pervivía como una mera limitación formal vacía de contenido.

Esta situación evoluciona a lo largo de la historia de la sociedad romana, ya que en la República cambia la idea de la tutela como un poder o derecho a favor del tutor, transformándose en un deber (*officium*) y una carga impuesta en interés público (*munus publicium*), sometándose a una inspección pública de contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial.

Respecto a la función de protección, encontramos en las fuentes su inexistencia al menos en una primera época, siendo así una institución de carácter egoísta. El tutor defendía sus intereses propios en el sentido de que, en el caso de morir el tutelado, él sería el posible heredero del patrimonio, por lo que sería su función conservar los bienes del propio pupilo en un primer momento, pero eventualmente también por interés propio, ya que sería llamado como heredero a la muerte del tutela-

⁴¹⁴ GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona: Jaime Molinas.

⁴¹⁵ HOMO, L. (1928). *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al estado*. Barcelona: Cervantes, p. 448.

do. Si bien ésta se refiere a la tutela sobre las mujeres, se puede extrapolar a la tutela sobre los impúberes. En términos generales, el tutor se ocupa de la fortuna del tutelado, en cambio, no se ocupa de su guarda ni de su educación. Si observamos las fuentes podríamos pensar que el tutor realmente se ocupase de dichas funciones, sin embargo, es doctrina mayoritaria considerar que realmente es un deber de control sobre la educación del *pupillus*, en el sentido de que el tutor debía hacerse cargo del aspecto económico de la educación como los posibles gastos, pero no de la educación en sí misma, idea que comparten Bonfante³⁸³ e Iglesias,³⁸⁴ proveyendo el tutor de las asignaciones necesarias para tales efectos. La función educadora pues recaía de acuerdo con las fuentes³⁸⁵ en personas que estuvieran unidas al pupilo, siendo normalmente la madre quien se encargue de su educación.

Al igual que la educación, el tutor tampoco asume la representación del *pupillum* en un sentido estricto, ya que no sustituye la personalidad del pupilo ni realiza actos en nombre del mismo. En cambio, el tutor integra la voluntad del pupilo a través de la *auctoritas interpositio*, en los actos que afectan al patrimonio del tutelado o realiza las operaciones patrimoniales que el pupilo no puede realizar por ser *infans* o no estar disponible en los actos los que se le requiere con urgencia.³⁸⁶ En vista de esta función, la tutela en derecho romano difiere enormemente de la tutela en el derecho vigente, ya que el poder del tutor en derecho romano está ordenado alrededor del patrimonio del pupilo, mientras que quedan fuera del instituto las funciones esenciales de la tutela en el derecho actual, siendo éstas el cuidado, la educación y la representación.

³⁸³ BONFANTE, P. (1963). *Corso di diritto romano, Diritto di famiglia, vol. I*. Milán: Giuffrè, p. 600.

³⁸⁴ IGLESIAS SANTOS, J. (1999). *Derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 361.

³⁸⁵ C. 5, 49, 1: “*Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est*” (“A nadie mejor que a la madre, se ha de encomendar la educación de sus hijos”).

³⁸⁶ ZANNINI, P. (1972). “Tutela.” En *Enciclopedia del diritto*. Tomo XLV. Milán: Giuffrè, p. 308; SOLAZZI, S., STOLFI, F. y PILOTTI, M. (1937): “Tutela e Curatela.” En *Nuovo Digesto Italiano*. Tomo XVIII. Torino: Utet, p. 578; SOLAZZI, S. (1960). “Tutela.” En *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIX. Torino: Utet, p.

III. Tutela de los impúberes en Roma

III. 1. Concepto

La tutela es la institución de protección dirigida al patrimonio de las personas, las cuales una vez fallecido el *pater familias*, y por ello no estando bajo patria potestas de éste no pueden defenderse por sí mismas. Este instituto es encuadrado dentro de las potestades familiares, debido a una definición ya mencionada dada por Sulpicio Rufo que dice así: “*Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit jure civile data ac permissa*”³⁸⁷ (“La tutela es un poder sobre persona libre que otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo”). Si bien del tenor de esta definición podemos encontrar los problemas que mencionábamos antes, ya que a finales de la República, época en la que escribe el jurista, estaba vigente aun la *tutela mulierum*, esto se traduce en que no haya una opinión unánime en torno a la definición dada por el jurista ya que única y exclusivamente trata en la definición la *tutela impuberum*. Así, Bonfante³⁸⁸ señala que el escrito en el Digesto debe de estar interpolado, debido a que, si el escrito fuese genuino, ilustraría un instituto en vías de transformación que discreparía de la naturaleza de la familia romana en aquel momento. Lo mismo ocurre con la función tuitiva que se incluye al final del texto, pues si bien en la época clásica la tutela asume esta función, en un primer momento, en el momento en el cual el jurista escribe, la tutela no tenía dicha función.

Haciendo un análisis de la definición dada por Sulpicio podemos decir:

1. Que la tutela se presenta como una potestad familiar, la cual se califica con los mismos términos que la *potestas del pater familias*,³⁸⁹ esta *potestas* va acom-

³⁸⁷ D. 26. 1, 1.

³⁸⁸ BONFANTE P. op. cit. P 553.

³⁸⁹ VARELA, E. (1979). De *contutoribus*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 16-17

pañada en un primer momento de la facultad de disponer de los bienes que le pertenecerían al pupilo en el caso de ser impúber, si bien esta disponibilidad no es ilimitada, ya que, a diferencia del *pater familias*, en el caso del tutor el pupilo recobrará la propiedad una vez alcance la pubertad.

2. De acuerdo con Solazzi³⁹⁰ la *patria potestas* y la tutela tienen una estrecha relación, considerando que la tutela es una prolongación del poder del *pater familias*. Siendo la *patria potestas un vis a potestas in capite libero*, este poder se entiende a favor del padre, lo mismo ocurre en la tutela en su momento más arcaico, en la cual se considera un poder a favor del tutor sobre la persona del pupilo, y no como un deber a favor del impúber.³⁹¹

3. En cuanto a la función protectora recogida en la segunda parte de la definición, el instituto tutelar se incluye en la esfera del *ius publicum*. Se empieza a considerar la tutela como un *officium*, con carga impuesta en interés público (*munus publicum*), siendo la tutela un cargo privado casi exclusivamente de carácter patrimonial. Pero debemos recordar que esta transformación del instituto se produjo en la época clásica y que se añade esto a la definición es probable que sea debido a que ha sido interpolado. Para concluir, y a modo de síntesis, podemos decir que originariamente la tutela de los impúberes es una institución de protección del patrimonio pupilar, que se ofrece por la incapacidad del menor a la muerte del *pater familias* por razón de la edad, que se diferencia de la patria potestad ya que la capacidad jurídica del menor no es absorbida por la tutela como en el caso de la *patria potestas*. De esta manera, se instaura la tutela a través de la *hereditas* ya sea nombrando un *heres*, o nombrando en específico un tutor, teniendo un carácter egoísta, debiendo ser entendida como un derecho a favor del tutor, ya que podría heredar el patrimonio pupilar, más que un deber. Y solo posteriormente en la República pasará a ser considerado un deber, pasando a un segundo plano ese interés del tutor en el patrimonio pupilar.

³⁹⁰ SOLAZZI, S. (1960). "La legge delle XII Tavole sulla tutela e un' ipotesi del Bonfante". En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III. Napoles: Jovene, p. 219.

³⁹¹ IGLESIAS SANTOS, *op. cit.*, pp. 357-358.

III. 2. *Personas sujetas a tutela*

Como hemos venido señalando, la situación de incapacidad tiene su origen en la tutela romana, generalmente tras la muerte del *pater familias*, provocando la conversión de todos los *alieni iuris* a su cargo en *sui iuris* y adquiriendo de esta manera capacidad jurídica para administrar su patrimonio. No obstante, como también hemos señalado, estos *alieni iuris* pueden ser hombres o mujeres impúberes o mujeres púberes. Hemos de señalar referido a la edad las diferentes situaciones que nos podemos encontrar:³⁹²

1. Los infantes que abarcan desde los *qui fari non possunt*, aquellos que no pueden hablar con sentido, hasta los menores de siete años. A los sujetos que se encuentran en esta situación no se les reconoce capacidad alguna, tanto en el ámbito civil como el penal. En este caso el tutor actúa mediante una administración total e independiente sobre el patrimonio.

2. Los *infantia maior*, que es el régimen jurídico general del instituto de la tutela en derecho romano, que engloba desde los siete hasta los catorce años para los varones y los doce para las mujeres, edad a la que pasarían a ser considerados púberes. A esta edad se tiene responsabilidad penal y pueden actuar en el tráfico jurídico junto al tutor. En este caso el tutor actuará a través de la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio* en los casos que proceda.

3. Los *minores viginti quinque annis* son los varones que, una vez extinguida la tutela desde la pubertad hasta los veinticinco años, cuando se considerarán mayores de edad. Durante este período los *minores* son protegidos por una cura, establecida por la *lex Plaetoria* o *Laetoria*, para protegerlos de posibles engaños debido a su inexperiencia en el tráfico jurídico.³⁹³

³⁹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel, pp. 185-186.

³⁹³ SANZ MARTÍN, L. (2009). *La tutela en el derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pp. 69-70.

III. 3. Clases de tutela

Las diferentes clases de tutela romana se pueden diferenciar en la manera de designar al tutor, siempre con el prerequisite de la muerte del *pater familias*. Podemos decir que a lo largo del tiempo hubo un gran número de “*species tutelarum*”, por lo que los juristas antiguos tuvieron dificultades a la hora de ponerse de acuerdo en su cantidad y clasificación o incluso utilizando la misma terminología para diferentes conceptos.³⁹⁴ En cuanto a los términos, podemos decir que si bien la tutela legítima es aquella que surge en defecto de tutor testamentario, el *tutor legitimi* era tanto el tutor legítimo como el testamentario, como los nombrados por un magistrado de acuerdo a la ley, como se entiende de los textos de Ulpiano 11, 232 y 11, 3, 33, o el *tutor dativi*, que era la denominación en derecho justinianeo para los tutores nombrados por el magistrado³⁹⁵ o bien para el *tutor mulieris*.³⁹⁶ Realizado este análisis podemos diferenciar, de acuerdo a la forma en la que se nombra al tutor, tres formas diferentes de tutela.³⁹⁷

Las modalidades eran las siguientes en el derecho romano:

- Tutela testamentaria: Esta clase de tutela se da por voluntad del *pater familias*, que al momento de su muerte lo que estaba bajo su patria potestad (hijos) quedaba impúber, entonces él dejaba estipulado en su testamento la designación del tutor. Este derecho tiene origen desde las Doce Tablas y subsistió a través de varias épocas. Es importante analizar el punto de que el tutor testamentario debía tener la *factio testamenti* pasiva, es decir, que debía tener capacidad jurídica para su tutor. Si se declaraba nulo el testamento, también lo era la designación del tutor testamentario.

³⁹⁴ ULPIANO, 11, 3. “*Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt*” (“Tutores legítimos son los que son dados en base a la ley”).

³⁹⁵ C. 1, 3, 51 y 52.

³⁹⁶ GAYO, 1, 154.

³⁹⁷ SOLAZZI, S. (1960). “La classificazione dei tutori in Ulp”. En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III. Napoles: Jovene, p. 82-93.

- Tutela legítima: Cuando faltaba un tutor testamentario, durante la Ley de las Doce Tablas, se estipuló que el tutor sería el más próximo agnado del impúber, es decir, el más próximo con el que tenga vínculos civiles. Pero esto cambió durante el derecho de Justiniano, ya que se modificó al más próximo cognado (vínculos de sangre).
- Tutela dativa: Cuando no se presentaba ninguna de las dos anteriores figuras de tutela se daba la tutela dativa, que era conferida por el magistrado, y ésta se hacía por petición de los parientes o de cualquier interesado.

III. 4. Incapacidades y excusas

Al igual que el instituto de la tutela, los requisitos necesarios para ser tutor se van alterando en el transcurso del tiempo. Podemos empezar hablando de los requisitos para ser tutor, señalando que, en un primer momento, la tutela romana se presenta como una función ejercida por el hombre como señalan las fuentes. Bonfante afirma que son necesarios tres requisitos básicos en un primer momento, siendo éstos que el tutor fuese libre, la condición de *pater familias* y la ciudadanía. El requisito de *pater familias* se irá alterando con el tiempo, así pues, en la época de la tutela dativa, pudieron ser llamados los *fili familias* para ejercer la tutela testamentaria. En la época helénica se exigen los mismos requisitos de capacidad, y se aplican de manera indiferente a todas las clases de tutela. Estos requisitos se van ampliando, para restringir la capacidad de ser tutores para algunos sujetos, como es el caso de la madre, la cual podría acceder a la tutela de sus hijos si jura no volver a contraer matrimonio. En el período justinianeo se establecen numerosos requisitos de capacidad para ser tutor, pudiéndose agrupar en diferentes categorías impedidas de ejercer:

1. Las mujeres, salvo las ascendientes en el caso mencionado anteriormente. La madre y la abuela no pueden ser tutoras, excepto en el caso de jurar no volver a contraer matrimonio.
2. Los esclavos, como hacíamos mención al principio de este apartado. Es requisito indispensable el ser libre. Si bien en el derecho justinianeo el nombramiento para el cargo del tutor a un esclavo que era realizado mediante testamento, conllevaba aparejada la libertad del esclavo. En el caso de nombrar un esclavo ajeno, sería requisito que adquiriese dicho esclavo la libertad para ser tutor.
3. Los menores. En la época clásica, ser menor era una excusa para no ejercer la tutela, si bien a partir de la época helénica se convierte en causa de incapacidad. Se puede nombrar tutor a un menor, para que ejerza la tutela una vez llegue a la mayoría de edad.
4. Los locos, los mudos, los ciegos y aquellos que padezcan una grave enfermedad, al igual que en los casos anteriores. Puede nombrarse tutor a los locos, con la condición de que sanasen.
5. La prohibición realizada por el padre o la madre de que un sujeto no sea tutor, como mencionamos anteriormente.
6. Los que ofrecen dinero para ejercer la tutela.
7. Los soldados en activo, los religiosos, los enemistados, los deudores y acreedores del pupilo. Estaba previsto en derecho romano la situación de la incapacidad sobrevenida, exonerando del ejercicio al tutor.

III. 5. Régimen jurídico

El tutor se encargaba de gestionar el patrimonio del pupilo, ejerciendo como propietario del mismo, excluyendo de sus funciones tanto la

guarda como la educación del pupilo, cuestión que discierne enormemente de lo que es la tutela actualmente. Si bien esta afirmación puede ser puesta en duda ya que en las fuentes se hace referencia al tutor en cuestiones sobre la educación del impúber, lo que se desprende es que él deberá velar solo por el aspecto económico de ésta de acuerdo a la doctrina. Así pues, la función educadora recae sobre personas unidas al pupilo como la madre, si bien ésta debía ser impartida de acuerdo a las instrucciones dadas por el *pater familias*. Sobre el cuidado en general del pupilo podemos afirmar lo mismo que el caso de la educación: el tutor no está obligado a velar por la salud y el cuidado del tutelado, solamente estará obligado a realizar las aportaciones económicas necesarias para el cuidado y alimento del menor.

De igual manera debemos destacar que el tutor no tenía una función de representación en sentido estricto, ya que no pasaba a sustituir al pupilo en los negocios ni realizaba actos en su nombre. En vez de esta representación se utilizaban dos procedimientos para solventar la falta de capacidad del pupilo: la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio*.

III. 5. a) *Auctoritas interpositio*

Las dos funciones propias del instituto tutelar en derecho romano son, por un lado, el integrar la voluntad del pupilo en los actos que afectan a su patrimonio mediante la interposición de su autoridad, función que expone Gayo,³⁹⁸ y por otro, la realización de todos los actos u operaciones que afecten al patrimonio del pupilo, que por razón de su edad o ausencia el mismo no puede valerse por sí mismo, situación que se solventa mediante la *negotiorum gestio*. De las dos funciones, la *auctoritas interpositio* es la única propia por naturaleza del instituto del tutelar, siendo además la primera que se da en el tiempo, debido a que cuando el tutor actúa mediante la *negotiorum gestio* no lo hará en condición de tutor sino de *negotiorum gestor*.³⁹⁹

³⁹⁸ GAYO, 2, 80.

³⁹⁹ SANZ MARTÍN, *op. cit.* pp.145-146.

La *auctoritas interpositio* consiste en la cooperación con el pupilo mayor de siete años para completar la falta de capacidad de aquel, dando así eficacia a los actos que realice. Esta cooperación no es una autorización por parte del tutor, sino que es un acto conjunto en el que el pupilo realiza una declaración que cobra eficacia jurídica al ser prestada la *auctoritas* por el tutor. Se puede diferenciar también la *auctoritas tutoris* de la ratificación, debido al carácter retroactivo de la ratificación del cual la *auctoritas interpositio* carece, ya que mientras la ratificación puede ser prestada después del acto, la *auctoritas* se deberá prestar simultáneamente. Podemos comenzar diciendo que, en el caso de los *infantia maior*, al realizar actos en ausencia del tutor o sin que el tutor le preste su *auctoritas*, los negocios que realicen serán válidos en la parte en la que no sean desfavorables para ellos y nulos aquellos que sean desfavorables.⁴⁰⁰ La *auctoritas interpositio* no es obligatoria, por lo que el tutor no tiene por qué prestársela al pupilo,⁴⁰¹ si bien el pupilo, en el caso de que le perjudique esta situación, podrá resarcirse en la *actio tutelae*.

Para terminar, podemos diferenciar la *auctoritas* del tutor de la *auctoritas* del *pater familias*, ya que en la primera debe ser prestada en el momento de realización del acto, mientras que el *pater familias* podía prestarla a sus *fili familias* en un momento anterior.

III. 5. b) *Negotiorum gestio*

La *negotiorum gestio*⁴⁰² es dada en un principio como una gestión dominical no representativa. Se dirige principalmente a administrar el patrimonio del impúber infante o ausente y se lleva a cabo de muy variadas maneras, ya que el tutor gestiona el patrimonio como propio. Esto implica la ausencia total del impúber en el negocio que corresponda,

⁴⁰⁰ D. 19, 1, 13, 29.

⁴⁰¹ D. 26, 8, 17.

⁴⁰² ZANNINI, *op. cit.*, p. 308.

así también quedaba la posición del tutor frente al tercero con el que realiza los negocios como responsable directo, ya que será considerado como deudor acreedor u otra posición jurídica en el negocio. Con posterioridad, este régimen evolucionará cuando se tenga la función protectora de la tutela y pasará a llamarse *administratio*, a la que podemos encontrar en las fuentes. En los primeros tiempos, la *negotiorum gestio* permitía al tutor realizar negocios libremente con los bienes del pupilo, al ser considerado *loco domini*. Así pues, cuando el tutor adquiría algo, lo adquiría para sí mismo, si bien al terminar la tutela estaba obligado a transferir los bienes que haya obtenido durante ese período. Para los negocios que requiriesen ser ejecutados en nombre propio, y en el caso de que el pupilo fuese *infans*, excluyendo la posibilidad de que interpusiese un esclavo para realizar el negocio por él, será necesario que salga de la infancia, como es el caso de la renuncia de la herencia.

III. 5. c) Límites al ejercicio de la tutela

Como hemos señalado, el tutor en un primer momento era libre de realizar los negocios que quisiera con el patrimonio del pupilo. Esto entra en relación con la consideración que tenía en aquel entonces la tutela como un derecho o poder a favor del tutor, si bien este régimen irá evolucionando, imponiendo cada vez más límites a su ejercicio. Podemos dividir estos límites en dos grupos, uno de obligaciones y otro de prohibiciones. En cuanto a las obligaciones, en un primer momento se impuso la obligación al tutor de realizar inventario del patrimonio del *pupillum*. En ausencia de este inventario, el tutor incurriría en dolo y se le haría responsable de los posibles daños. En cuanto a la obligación de prestar fianza, si bien eran exceptuados el tutor testamentario y el dativo nombrado *ex inquisitione*, la razón por la que éstos dos tutores no estaban obligados a prestar la *satisdatio rem*

pupilli salvam fore era debido a que el primero, el tutor testamentario, se consideraba que al ser nombrado en testamento, el *pater familias* se hubiese cerciorado de que el tutor actuaría de buena fe y sería capaz de llevar a cabo la tutela.

El segundo supuesto, la tutela dativa *ex inquisitione*, es debido a que se entiende que el magistrado habrá investigado al tutor que ha nombrado y considerará, igual que en el caso anterior, que actuará de buena fe y será capaz. En caso de que no realizase la mencionada investigación, aun siendo tutor dativo deberá prestar la fianza. La *satisdatio rem pupilli salvam fore* consistía en un medio de protección frente al posible agotamiento o menoscabo del patrimonio del pupilo por parte del tutor. Esta protección era ordenada por el magistrado al comienzo de la tutela. Como hemos indicado y por descarte, debía ser prestada por los tutores legítimos y los dativos a los cuales no se les hubiese investigado, como señala Ulpiano.⁴⁰³ Guzmán⁴⁰⁴ entiende que en el derecho clásico el otorgamiento de la *satisdatio* tiene que haber sido un deber general en las tutelas dativas basándose en un texto de Gayo.⁴⁰⁵ Las consecuencias de no prestar esta caución serían ser removido como *cessans*, hubiese entrado en la gerencia o la estuviere desempeñando de manera incorrecta. También se impone la obligación al tutor de emplear el patrimonio del pupilo en adquirir bienes inmuebles, a prestarlo a interés, realizar pagos para cancelar obligaciones, cobrar los créditos y vender los bienes precederos.

En época clásica se empiezan a imponer restricciones a la libertad negocial de la que gozaba el tutor hasta ese momento, imponiéndose la prohibición de realizar donaciones en base al patrimonio del pupilo, debido al efecto perjudicial que pudiesen repercutir salvo los regalos de uso.

⁴⁰³ D. 26, 4, 5.

⁴⁰⁴ GUZMÁN, A. (1974). *Caución tutelar en derecho romano*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, p. 95.

⁴⁰⁵ GAYO, 1. 199.

III. 5. d) Tutela de los *infans*

Cabe destacar por último, y a modo de nexo con el siguiente apartado de la responsabilidad del tutor, el caso concreto de la tutela de los *infans fari non possit*. Se pensaba que los *infans* no podían expresar un pensamiento razonable, consideración que en época justiniana terminaría a los siete años, si bien en sus principios se debería estudiar caso por caso. Debido a la situación anteriormente mencionada, el tutor no podía hacer uso de la *auctoritas interpositio* debido a que el pupilo no podía formar parte de ningún negocio jurídico, por lo que el tutor se veía obligado a utilizar la *negotiorum gestio* como medio para ejercer la tutela. Esto daba lugar en un origen a una gestión dominical no representativa, en la que el tutor podía enajenar bienes del tutelado y administrar en general el patrimonio del pupilo. Así, el propio tutor formaba parte de los negocios jurídicos, siendo él el obligado y no el pupilo como ocurriría en la tutela de un *infantia maior*. En el caso de emplear la *auctoritas*, el tutor era el obligado en los negocios que realice mediante la *gestio*, tomará las posiciones de acreedor o deudor según proceda. Al llegar el *infans* a la edad de siete años, el tutor deberá transferir todos los bienes adquiridos al pupilo, y de igual forma el pupilo sustituirá la posición que tuviese el tutor en los negocios que aún se mantengan.

Para terminar, debemos recordar lo mencionado anteriormente, y es que existen negocios jurídicos que requieren ser realizados de manera personal por el pupilo, por lo que quedarían excluidos de ser realizados en la tutela del *infans*, ya que éste carece de capacidad y el tutor no puede realizarlos. Es el caso de la renuncia de la herencia o la restitución fideicomisaria, entre otros, si bien no se encuentra ninguna solución en las fuentes a esta situación salvo la espera a que el pupilo alcance los siete años.

III. 6. Extinción de la tutela

La tutela *impuberum* se extingue por las siguientes circunstancias:

1. En cuanto a las circunstancias del pupilo, se extingue con la muerte, con la *capitis deminutio* del pupilo o con la llegada de éste a la edad púber. Si el impúber fuese mujer, se instituiría una tutela *mullierum* una vez llegada a la edad púber.
2. Las circunstancias que afectan al tutor son la muerte o *capitis deminutio* máxima o media, o incluso mínima.
3. Sobrevenir el término o condición al cual estaba subordinado el ejercicio de la tutela.
4. Incapacidad sobrevenida o mediante el ejercicio de las *excusationes*. Sobre este aspecto cabe destacar que la *excusatio* o incapacidad sobrevenida del tutor no daba lugar a la tutela legítima, sino a una dativa, nombrando una nueva tutela en el lugar de la que se excusó en el primer caso y una para el tiempo intermedio en el que dure la incapacidad.
5. Remoción del tutor mediante una *acussatio suspecti tutoris*, la cual en un primer momento solo se aplicaba a la tutela testamentaria. En el caso de la legítima se podía nombrar un tutor adjunto que se hiciese cargo de la administración de los bienes del pupilo, quedando vacía la tutela legítima. Ya en derecho justinianeo será cuando la *acussatio suspecti* tuviese una aplicación general.

IV. Tutela en el derecho actual

El derecho, concebido como el conjunto de normas jurídicas generales y positivas que surgen en el marco de determinada sociedad como un producto cultural, generado de acuerdo con las leyes, que tienen por finalidad el regular la convivencia entre los miembros de dicha sociedad –las personas– y la de éstas para con el Estado, contempla la existencia de dos tipos de capacidades: a) la capacidad de derecho y b) la capacidad de hecho.

Entiéndase por capacidad de derecho, o también denominada capa-

cidad jurídica (o simplemente capacidad), a la aptitud o idoneidad de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí misma, sin el ministerio o autorización de otro. En la actualidad, considérese que dicha capacidad es poseída por todas las personas físicas (desde el momento de su concepción hasta su fallecimiento), así como por las personas jurídicas. A diferencia de la capacidad de derecho, la capacidad de hecho se refiere a la posibilidad de facto, de las personas físicas y jurídicas, de ejercer por sí mismas los derechos que les fuesen concedidos a través de las normas.

Si bien, como se mencionara con anterioridad, toda persona en igualdad de condiciones y sin tipo de distinción alguna tiene capacidad de derecho. Contempla, asimismo, la existencia de ciertos condicionamientos por los que dicha persona necesite de otra persona, un tercero o representante, para que actúe por él. Es decir, el derecho concibe la existencia de ciertos casos donde las personas si bien poseedoras de capacidad de derecho, no lo sean de la capacidad de hecho. En este marco es que surge la noción de la tutela, comprendida como la autoridad conferida por ley a un adulto para cuidar de una persona y sus bienes, en casos donde ésta no se encuentre capacitada para hacerlo por sí misma. El órgano ejecutivo de la tutela es el tutor.

Dada la relevancia jurídica de dicha figura, el presente trabajo se propone indagar acerca del modo en que la misma ha sido incorporada al cuadro normativo vigente, haciéndose hincapié en lo acontecido tras la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2014. Se trata, entonces, de analizar qué se entiende por tutela; qué tipos de tutela pueden establecerse; quiénes se encuentra habilitados por ley para poder ejercerla y quiénes se encuentran excluidos para el cargo, así como ponderar en qué modo las transformaciones acaecidas han redundado en un beneficio o no, para aquellas personas que se encuentran bajo acción tutelar.

Para ello, hemos procedido al relevamiento de diversas fuentes bibliográficas, provenientes de la doctrina y de la legislación, que nos permitan conocer acerca de las implicancias y transformaciones acontecidas en torno a dicha figura jurídica, así como ahondar en su comprensión.

VI. 1. La noción de capacidad

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que entró en vigencia en el territorio argentino a partir del 1º de agosto de 2015, supone una suerte de revolución en lo que concierne al sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. El Código recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad.

En tal sentido, y en lo que a la noción de capacidad concierne, el nuevo Código plantea en su Libro Primero, Parte General, Título I, “De la Persona Humana”, Capítulo 2, “De la Capacidad”, Sección 1ª, “Principios generales”, que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados” (artículo 22 del CCCN). Añadiendo luego que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial” (artículo 23 del CCCN).

En tal sentido, son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª, del Capítulo 2 del presente Código (menores de edad y adolescentes); y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial (artículo 24 del CCCN).

En lo que concierne a las personas menores de edad (entendiéndose por tales a niños, niñas y adolescentes, menores a los 18 años), el CCCN establece que éstos ejercen sus derechos a través de sus representantes legales (artículo 26).

V. Representación y asistencia

La ley estipula que aquellas personas vulnerables, cuya capacidad de obrar sus derechos se haya limitada, se encuentran resguardadas por un sistema de protección denominado representación. En tal sentido, el nuevo Código Civil y Comercial estipula, en su Libro Primero, Parte General, Título I, “De la Persona Humana”, Capítulo 10, Sección 1ª, “Representación y asistencia” lo siguiente: “Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí” (artículo 100 del CCCN).

En tal sentido, son representantes:

- a) de las personas por nacer, sus padres; b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; y d) de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre (artículo 101 del CCCN).

El CCCN prevé distintas formas de compensación a los incapaces de obrar sus derechos a través de la figura del representante, cuyas funciones son, asimismo, establecidas en dicho Código. Herrera, Caramelo y Picasso (2015) señalan que:

Dicho sistema de protección –la representación– es instituido únicamente en beneficio de las mencionadas personas para determinadas situaciones. Tiene origen legal y no puede ser sustituido por la voluntad de las partes. Además, es necesaria ya que está conformada por normas de carácter imperativo que acarrear nulidades si son soslayadas; y, es doble ya que existe una actuación integrada entre el representante legal de la persona menor de edad, aquella con capacidad de ejercicio restringida o declarada excepcionalmente incapaz y la representación complementaria o principal del Ministerio Público. La ac-

tividad de los representantes está sometida a contralor judicial, el juez debe resolver atendiendo a lo que resulte más beneficioso a los intereses y la persona del representado.

Para luego añadir que:

Las limitaciones a la capacidad de obrar y sus motivaciones son establecidas en favor de la persona y deben ser revisadas periódicamente, al igual que la función representativa. La representación, como función, es proporcional, adecuada y flexible a la extensión de la limitación a la capacidad en cada caso en particular.

Llegado a este punto, vale hacerse una aclaración. Si bien el principio general emanado de dicho Código establece que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, lo cierto es que reconoce, así también, la posibilidad de que aquellos que cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente puedan ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, así como el hecho que puedan intervenir con asistencia letrada en aquellas situaciones en las que medie algún conflicto de intereses con sus representantes.

En la misma línea, el artículo 707 del CCCN reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes y las personas con capacidad restringida a participar en todos los procesos que los afecten directamente mediante el ejercicio de su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Es decir que, a mayor autonomía de la persona en vías de desarrollo, menor resulta la representación sustitutiva de los progenitores. Dicho principio es conocido como de capacidad progresiva.

Se reconoce al niño como sujeto de derecho. Se receptan, de esta manera, las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del niño y la Ley 26.061. Asimismo, se reconoce el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en

cuenta en función de su desarrollo y grado de madurez. El representante que se le designe al niño debe acompañar y propender a su autonomía personal y desarrollo integral. A mayor autonomía, menor será la representación. La representación parental deber ser gradual y flexible y promover, en todo momento, la participación y la escucha de los niños, niñas y adolescentes en los procesos que los involucren.

Otro de los elementos a considerar es que las decisiones sobre los derechos personalísimos o de la personalidad del representado quedan fuera de la órbita de las funciones del representante, por tratarse de derechos de carácter estrictamente personales y que, por tanto, no pueden ser suplidos por éste.

De esta manera, el CCCN reconoce las distintas circunstancias en que los niños, niñas y adolescentes, y las personas declaradas excepcionalmente incapaces por sentencia, o aquellas con capacidad restringida y asistidas por el sistema de apoyos para la toma de decisiones con función representativa, deben ser necesariamente representados. Sea por los progenitores, por los tutores, por los guardadores, por los curadores o por los apoyos con facultad representativa en aquellos casos que el juez decida (artículo 101, inc. C, del CCCN).

La representación, como sistema legal de protección, siempre se instituye en beneficio de la persona. La función primordial de los representantes es favorecer la autonomía personal de la persona, promover sus habilidades y aptitudes, respetar sus deseos y preferencias.

VI. La figura de la tutela

A diferencia de lo establecido en el Código Civil de la Nación (cuerpo legal redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y que, tras ser aprobado por el Congreso de la Nación el 25 de septiembre de 1869, reuniera las bases del ordenamiento jurídico en materia civil de la Argentina, aunque con numerosas modificaciones, desde ese entonces hasta el 1º de agosto de 2015), el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la

figura de la tutela como una institución subsidiaria, aunque cambia radicalmente su perspectiva a tenor de la función que ha de cumplir.

La tutela que encontrábamos en el Código velezano mantenía la impronta del derecho romano, a saber, se trataba de una institución en la cual predominaba la autoridad sobre la persona del pupilo. En tal sentido, el Código Civil de Vélez Sarsfield en su Libro Primero, “De las Personas”, Sección Segunda, “De los derechos personales en las relaciones de familia”, Título VII, “De la tutela”, Capítulo I, “De la tutela en general”, establecía lo siguiente: “La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. Para luego añadir que:

- a) La tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente (artículo 379 del CC).
- b) El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles (artículo 380 del CC).
- c) La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores (artículo 381 del CC).
- d) La tutela se da, o por los padres, o por la ley, o por el juez (artículo 382 del CCCN).

Por el contrario, el nuevo Código Civil y Comercial, en su Libro Primero, Parte General, Título I, “De la Persona Humana”, Capítulo 10, Sección Segunda, “De la Tutela”, sostiene que:

La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (...). Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a

un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial (artículo 104 del CCCN).

Agregándose luego que:

La tutela puede ser ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente. Si es ejercida por más de una persona, las diferencias de criterio, deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público. El cargo de tutor es intransmisible; el Ministerio Público interviene según lo dispuesto en el artículo 103 (artículo 105 del CCCN).

La tutela, como institución del derecho de familia, es de naturaleza tuitiva (*tuere*, del latín proteger, defender, amparar). Está destinada a otorgar protección a la persona y a los bienes de un niño/a adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y no tenga persona/s que ejerzan la responsabilidad parental para el mismo.

El ejercicio de la tutela es ejecutado por representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial (artículo 117 del CCCN), siendo, en este contexto, el tutor responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. “El tutelado, cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio” (artículo 118 del CCCN).

En virtud de la incapacidad que ostentan las personas menores de edad no emancipadas, la tutela cumple, a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 del CCCN, una función representativa para el ejercicio de sus derechos, aunque comparativamente morigerada respecto a su antecesora ya que siempre quien los represente habrá de atender a las opiniones que expresen sobre las cuestiones que los involucren.

VII. Clases de tutela

Puede señalarse que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación plantea la existencia de dos tipos diferenciados de tutela: a) la tutela general (contemplada en los artículos 106 y 107 del CCCN) y b) la tutela especial (contemplada en el artículo 109 del CCCN). Al respecto, sostiene Pagano:

(...) dentro del género de tutela general coexisten la tutela dada por los padres y la tutela otorgada por el juez (dativa). (...) La primera es la que compete a ambos progenitores o, ante la ausencia, muerte, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de uno de ellos, al otro formular la designación de tutor o tutores para sus hijos. (...) La designación puede realizarse por testamento o por escritura pública, entendiendo la doctrina que existe un tercer supuesto que surge por presunción legal cuando los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, debiendo la tutela ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente (artículo 106, 2º párrafo, del CCCN.). (...) La designación de tutela puede realizarse por cualquiera de las formas que prevé el Código siempre que se respeten las formalidades legales de cada instrumento. Y al igual que el instrumento que la contiene es revocable en cualquier tiempo. Dicha facultad es irrenunciable e irrestringible y la revocación o nueva designación formulada en testamento posterior surte plenos efectos. (...) La denominada tutela dativa es aquella que, en palabras del artículo 107 del CCCN, ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, atañe al juez otorgar la tutela. La elección recaerá en la persona que aquel considere más idónea para cumplir con ese cometido, debiendo dar fundamento a las razones que justifican dicha idoneidad. La cualidad de idóneo, sobre la que abunda una interesante casuística, habrá de ser juzgada bajo la directriz de la aptitud para brindar protección al niño, niña o adolescente y a la luz de las pautas que sienta el artículo 110 del CCCN. Los códigos procesales regulan el nombramiento del tutor y la confirmación del que hubieran hecho

los padres. Atendiendo a la finalidad tuitiva que cumple el instituto se prevé que el nombramiento o confirmación se hará a solicitud del interesado o del ministerio público, sin forma de juicio. Solo en caso de controversia la cuestión habrá de sustanciarse a través de juicio sumarísimo.⁴⁰⁷

El nombramiento del tutor especial, por su parte, es una atribución del juez para designar a aquel o aquellas personas que represente/n al niño/a o adolescente cuando medie un conflicto de intereses entre los representantes y representados o ante cualquier situación específica que requiera la intervención de un tercero.

Cabe destacar que, una vez confirmado o hecho el nombramiento del tutor, se debe proceder al discernimiento del cargo, siendo el discernimiento el acto judicial mediante el cual, previo juramento exigido por la ley, el tutor es puesto en posesión de su cargo (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 776).

VIII. Prohibiciones y personas excluidas para el cargo

El CCCN establece que el juez no puede conferir la tutela dativa:

- a) a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;
- b) a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;
- c) a las personas con quienes tiene intereses comunes;
- d) a sus deudores o acreedores;
- e) a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejercen sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tienen con ellos intereses comunes, ni a sus amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;

⁴⁰⁷ PAGANO, L. (2015). "Régimen jurídico de la tutela." En *RCCyC* 2015 (septiembre), 53.

f) a quien es tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen (artículo 108).

Asimismo, en cuanto a las personas excluidas para ejercer el rol de tutor, se señala que 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.

IX. Conclusión

Como se ha comprobado, por el devenir de la sociedad, esa protección que se le daba al pupilo en base a la tutela no era suficiente para

protegerlo, por lo que se hizo necesario extender los límites al ejercicio de la tutela. El tutor pasó de estar considerado como propietario del patrimonio del pupilo a estar realmente limitado a la hora de realizar enajenaciones o recibir cobros, dándose así una evolución lógica y otorgando tanto al pupilo como a otros sujetos los mecanismos necesarios para resarcirse de los posibles daños por la actuación del tutor. Desde nuestro punto de vista, el que se haya protegido más esta figura es algo positivo y necesario. Si bien no es comparable la protección que tenían los pupilos en Roma frente a los posibles daños con los sistemas que tenemos actualmente, sí consideramos que es una buena base en la que posteriormente evolucionó el instituto. Durante el estudio de las clases de tutela hemos podido observar la evolución en el tiempo de las diferentes maneras de asegurar que el incapaz recibía la protección de un tutor, ya fuese en un primer momento del heredero del *pater familias* muerto, siendo la siguiente en el tiempo la tutela legítima de los agnados y de los gentiles, para terminar por una tutela dativa nombrada por un magistrado. Una de las cuestiones que abordábamos en el apartado era la cuestión sobre si se podía o no nombrar tutor a un impúber con la condición de que llegase a la pubertad para ejercer el cargo y cómo esto ha generado un debate doctrinal. En nuestra opinión consideramos que sí se podría haber nombrado tutor al impúber, con la condición de alcanzar la pubertad en base a que en dicho caso lo más normal es que se hubiese nombrado un tutor *temporarius* para suplir la ausencia del tutor hasta que alcance la edad.

El instituto de la tutela, establecido a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aporta, sin desdeñar la normativa que otrora la precediera, interesantes novedades al marco normativo nacional.

A la luz de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal, así como del aporte que la doctrina y la jurisprudencia realizaran, se observa en el nuevo Código un adecuado ensamble entre la norma y la dinámica propia de las relaciones sociales y familiares que regula.

En congruencia con lo acontecido a nivel internacional, fundamentalmente tras la sanción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 12 y a la que la República Argentina adhirió, y de lo postulado, a nivel nacional, tras la sanción de la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación robustece el reconocimiento del niño como sujeto pleno de derecho.

Un claro ejemplo de ello es lo postulado en el artículo 113 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual estipula que, para el discernimiento de la tutela o cualquier decisión relativa a la persona menor de edad, el juez tiene tres deberes: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; y c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

En dicho contexto la representación o acción tutelar comprendida como un sistema legal de protección, siempre se instituye en beneficio de la persona. La función primordial de los representantes es favorecer la autonomía personal de la persona, promover sus habilidades y aptitudes, reconocer sus deseos y preferencias, en un marco de respeto y libertad.

Bibliografía consultada

- BONFANTE, P. (1963). *Corso di diritto romano, Diritto di famiglia, vol. I*. Milán: Giuffrè.
- GUZMÁN, A. (1974). *Caución tutelar en derecho romano*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra.
- FERNÁNDEZ, S. “La capacidad de las personas en el nuevo Có-

digo Civil y Comercial”. Disponible en: https://www.edumargen.org/docs/curso42-11/unid03/complem05_03.pdf.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel.

- HART, L. (1963). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I (artículos 1 al 400). Buenos Aires: Infojus.

- IGLESIAS SANTOS, J. (1999). *Derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- PAGANO, L. (2015). “Régimen jurídico de la tutela”. En *RCCyC* 2015 (septiembre), 53.

- SANZ MARTÍN, L. (2009). *La tutela en el derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- SOLAZZI, S., STOLFI, F. y PILOTTI, M. (1937). “Tutela e Curatela”. En *Nuovo Digesto Italiano*. Tomo XVIII. Torino: Utet.

- SOLAZZI, S. (1960). “Tutela”. En *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIX. Torino: Utet.

- SOLAZZI, S. (1960). “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ ipotesi del Bonfante”. En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III. Naples: Jovene.

- SOLAZZI, S. (1960). “La classificazione dei tutori in Ulp”. En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III Naples: Jovene.

- VARELA, E. (1979). *De contutoribus*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

- ZANNINI, P. (1972). “Tutela”. En *Enciclopedia del diritto*. Tomo XLV. Milán: Giuffeé.

Legislación

Nacional

Ley N° 340, Código Civil de la Nación. B.O. 25/09/1869.

Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. B.O. 21/10/2005.

Ley N° 26.994, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. B.O. 08/10/2014.

Ley N° 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (1981).

Internacional

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).