

Artículos Doctrinales: Derecho Civil

Derecho de Familia. Patria potestad, Tutela y otras instituciones de protección de menores

De: Jesús Morant Vidal

Fecha: Febrero 2002

Origen: Noticias Jurídicas

## 1. Derecho de Familia

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de la familia en base a las normas del llamado Derecho de familia.

Siguiendo al profesor FERRARA podemos definir el Derecho de familia como el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto a los terceros. Por tanto, será objeto del Derecho de familia todo lo relativo a relaciones familiares, alimentos, matrimonio, régimen económico matrimonial, filiación, relaciones paterno filiales, e instituciones tutelares.

El Derecho de familia está comprendido fundamentalmente en el Código Civil, pero también encontramos normas referentes a la familia en la Constitución, principalmente en los arts. 18, 32, 35.1, 39, 57.4 y 149.1.18; y en numerosas leyes, siendo las principales, la Ley de 13 de mayo de 1981 sobre filiación y régimen económico

matrimonial; la Ley de 7 de julio de 1981 sobre matrimonio y divorcio; la Ley de 24 de octubre sobre tutela; la Ley de 24 de noviembre de 1987 sobre adopción y otras formas de protección de menores; la Ley de 15 de octubre de 1990 sobre no discriminación por razón de sexo; y la Ley de 15 de enero de 1996 de protección jurídica del menor.

En cuanto al carácter de sus normas, es importante destacar que las normas de Derecho de familia son imperativas, indisponibles (de manera que no se puede renunciar a los derechos y deberes que imponen), intransmisibles y tienen un acentuado carácter de función.

## 2. La Patria Potestad

### Concepto y evolución

La patria potestad es un sistema de protección, cuidado, asistencia, educación y un medio de suplir la incapacidad.

Siguiendo a ALBALADEJO, la podemos definir como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

La patria potestad, ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción original de nuestro Código Civil, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.

## Elementos personales

Los elementos personales de la patria potestad son, a tenor del artículo 154 CC, los hijos que están bajo la potestad y los padres a quienes corresponde su ejercicio.

Respecto a los hijos, hay que tener en cuenta que si durante la menor edad se incapacita a un menor, la patria potestad se prorroga por ministerio de la ley al llegar a la mayor edad (art. 171 CC). Se habla en estos casos de patria potestad prorrogada.

Respecto a los padres, el art. 156 CC establece que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Este mismo precepto dicta reglas para el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo o de separación de los padres.

Un caso particular es el del art. 157 CC que establece el ejercicio de la patria potestad del menor emancipado sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y a falta de ambos, de su tutor.

## Contenido

La propia Constitución Española de 1978, en su art. 39.3, ya señala las funciones de los padres diciendo que: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Tras la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, podemos señalar los siguientes deberes y facultades de los padres:

Velar por los hijos

Tenerlos en su compañía

Alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral

Corregirlos moderada y razonablemente

Para cumplir estos deberes y facultades, los padres podrán en el ejercicio de la patria potestad recabar el auxilio de la autoridad.

Un caso singular, lo tenemos regulado en el art. 111 CC, a tenor del cual, quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o sus descendientes el progenitor, cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En aplicación de este precepto, los Tribunales han considerado que procede excluir al padre de las funciones de la patria potestad cuando se opuso a la demanda de reconocimiento de filiación y obstaculizó la práctica de la prueba biológica (SAP Barcelona 3 de julio de 1998).

Por lo que respecta a los deberes y facultades de los hijos, se pueden resumir en los siguientes:

Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre.

Contribuir según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella.

Ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten, si tuvieren suficiente juicio. En este punto hay que tener en cuenta que, el art. 154 no impone que necesariamente los hijos hayan de ser oídos en el proceso sobre privación de la patria potestad (como así sucede en caso de desacuerdo en su ejercicio conjunto, según el art. 156.2), sino que más bien los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten (STS 25 de junio de 1994).

Tienen derecho a relacionarse con sus padres, parientes y allegados.

Los menores de edad carecen de la capacidad de obrar para actuar en la vida jurídica, por lo que deberán ser representados por sus padres, titulares de la patria potestad. Así lo establece el artículo 162 CC, que a continuación enumera una serie de actos exceptuados expresamente de la representación legal.

### Extinción

En este punto hay que distinguir entre causas de extinción propiamente dichas y causas de privación de la patria potestad.

Las causas de extinción, no plantean ningún problema desde el punto de vista práctico y las tenemos reguladas en el art. 169 CC:

la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres;

la muerte o la declaración de fallecimiento del hijo;

la emancipación del hijo;

la adopción del hijo.

Pero además de estas causas de extinción de la patria potestad, existe, como se ha dicho, causas de privación de la misma. Así, y según el art. 170 CC, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad:

1- Por Sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma.

Esta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, pero en la práctica la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de marzo de 1998, considera que es motivo determinante de la privación de la patria potestad el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento en 1.988 hasta 1.991 no haya satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por Sentencias de Tribunales.

Ilustrativa resulta en este punto la Sentencia de la AP de Barcelona de 10 de noviembre de 1998, al declarar que, la patria potestad, está conformada como una institución jurídica de derecho natural y de contenido esencialmente asistencial en cuanto que recoge en los arts. 153 y ss. CC lo que ha venido en denominarse la responsabilidad parental. La privación del derecho-deber que comporta tal relación de parentesco de primer grado, no puede acordarse, sino por la concurrencia de una causa de notoria gravedad, de la que se deriven graves perjuicios para el menor, tal como establece el art. 170 CC. En base e lo expuesto, la Audiencia considera que en el caso contemplado, no se desprende la gravedad de la conducta del padre, pues la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas, es consecuencia de la negativa vivencia y desarrollo de la crisis entre los progenitores, sin que se hayan adoptado las medidas oportunas tendentes al cumplimiento forzoso de las obligaciones que atañen a ambos progenitores, a excepción de la denuncia por abandono económico de la familia, que ya ha obtenido la correspondiente respuesta en el ámbito penal con la condena impuesta al padre, que no puede determinar, de no persistir en la reiteración de los hechos, la duplicidad de la sanción, ahora por vía civil, de privarle de la patria potestad y de toda comunicación con el hijo menor (en sentido similar se expresa la SAP Barcelona 21 de septiembre de 1999).

Por otra parte, considero que, cuando el Juzgado de Primera Instancia acuerde la privación de la patria potestad, de uno u otro progenitor, o de ambos, deberá razonar adecuadamente su resolución, pues no es inusual que se limite a declarar que el interés del niño o de la niña es privar parcialmente de la patria potestad a uno de los progenitores y confiar la guarda y custodia al otro, dando

por sentado que el progenitor privado de la patria potestad ha incumplido sus deberes legales, pero sin la debida acreditación de ello.

2- Por Sentencia dictada en causa criminal.

Algunos han pensado que este precepto establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el penal) de la privación de la patria potestad por incumplimiento de sus deberes.

El T.S., parece dar por zanjada esta cuestión en la Sentencia de 11 de septiembre de 2000, que, además, establece claramente la diferencia de efectos que tiene, a la hora de acordar la privación de la patria potestad, que un delito tenga como sujeto pasivo al propio menor o a su progenitor. En consecuencia, y a efectos de privación de la patria potestad, siempre hay que diferenciar los hechos acaecidos entre los progenitores y la conducta de los padres hacia el hijo o la hija (SAP Barcelona 17 de junio de 1999).

Concretamente, dice la citada Sentencia que, el artículo 170 del Código Civil dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por Sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Pero este precepto no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el proceso penal) de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece



precisamente entre de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte una Sentencia dictada en causa criminal, es decir que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligacional que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal, que, no permite la imposición de tal pena en el presente caso (homicidio de la madre del menor, de siete meses de edad, a manos de su padre) . Por lo tanto no supone el artículo 170 su imposición como pena principal o accesoria de un delito.

Continua diciendo el T.S., que es cierto la propia Sala Segunda, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1993, interpretó el artículo 170 del Código Civil en sentido contrario, es decir como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes.

Pero en primer lugar, se trataba entonces de un delito de lesiones y malos tratos reiterados cometidos sobre el propio menor de cuya patria potestad se privó al acusado, mientras que en el caso ahora contemplado, el delito se ha cometido contra el otro progenitor, supuesto contemplado en la posterior Sentencia de 13 de marzo de 1995, en la que la misma Sala declaró la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad. Y en segundo lugar, la Sala, en Sentencia de 10 de octubre de 1994 declaró que una interpretación correcta del artículo 170 del Código Civil, y las

exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio (Sentencia de 10 de octubre de 1994). Y debe significarse que la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del T.S. de 26 de mayo de 2000.

Por último, subraya el T.S. que una interpretación contraria ya no viene exigida por la necesidad de salvaguardar los intereses del menor, afectados cuando uno de sus progenitores ha dado muerte al otro y es condenado por ello con las penas legalmente establecidas. La reforma del Código Civil operada por Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, ha introducido los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la Jurisdicción Civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello.

Por otra parte, en la práctica es frecuente que se invoque como causa de privación, el mero de hecho de haber sido condenado uno de los progenitores a pena privativa de libertad. Incluso alguna Audiencia y Juzgado de Primera Instancia lo han entendido así en base al argumento de que el progenitor condenado a pena privativa de libertad no puede cumplir los deberes legales que señala el artículo 154 CC, estando, por tanto, incurso de hecho en causa de privación de la patria potestad.

En cambio, el Tribunal Supremo no admite esta tesis y en varias Sentencias, como la de 24 de mayo de 2000 ha declarado que la mera condena pena privativa de libertad no es causa de privación de la patria potestad, pues esta dato, por sí sólo no nos dice que el condenado sea un mal padre o madre. Además, la medida de privación de la patria potestad se revela innecesaria, porque ya el legislador ha previsto en los párrafos último y penúltimo del art. 156 CC que en los casos de imposibilidad de ejercicio o cuando los cónyuges vivan separados, la misma sea ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que deja reducido a un mero rótulo la titularidad de la misma, que el legislador reformista de 1.981 disoció de su ejercicio concreto y efectivo.

3- Por Sentencia dictada en causa matrimonial.

Destacar, finalmente que, como se puede comprobar, la privación de la patria potestad sólo puede acordarla la autoridad judicial mediante la correspondiente Sentencia.

### 3. Tutela

#### Concepto y sistemas

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

El objetivo de la función tutelar viene establecido por el art. 215 CC, y no es otro que la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados.

En cuanto a los sistemas de tutela, se pueden distinguir los siguientes:

el sistema de tutela de familia, en la que la función tutelar se encomienda al grupo familiar del pupilo,

el sistema de tutela de autoridad, en la que el tutor se encuentra bajo la vigilancia, supervisión y control de la autoridad pública.

Nuestro Código Civil ha adoptado el sistema de tutela de autoridad tras la reforma operada por Ley de 23 de octubre de 1983.

#### Personas sujetas a tutela

Dice a este respecto el art 222 CC que estarán sujetos a tutela:

Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

Serán los casos en que los padres de los menores hayan fallecido o se les haya declarado fallecidos o hayan sido privados de la patria potestad. En esta hipótesis, la tutela tendrá carácter pleno y comprenderá todos los derechos y obligaciones respecto de la persona y bienes del menor.

Los incapacitados, cuando la Sentencia de incapacitación lo haya establecido.

Los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela.

Los menores que se hallen en situación de desamparo.

Este apartado ha sido introducido por la ley de 11 de noviembre de 1987. La situación de desamparo se producirá por el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio, de los deberes de protección cuando quedan privados de la adecuada y necesaria asistencia moral y material. Es la llamada tutela automática del art. 172 CC y a la que nos referiremos más adelante.

Delación y constitución de la tutela

Se llama delación de la tutela a la designación de la persona o personas que han de ejercer la función de tutor/es.

Para el nombramiento del tutor, el Juez deberá atender al orden establecido en el artículo 234 CC y en atención al mismo, preferirá:

Al cónyuge que conviva con el tutelado.

A los padres.

A las personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad.

Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

En defecto de las personas mencionadas en este art. 234, el art. 235 dice que el Juez designará tutor, a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo.

En los supuestos de menores desamparados, le corresponde a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores (arts. 239 y 172 CC).

Cuando se dé el supuesto de la existencia de una persona que deba quedar sujeta a tutela, tendrán la obligación de promover su constitución:

Los parientes llamados a ella y quienes lo padres hayan llamado a desempeñar el cargo de tutor en testamento o documento público notarial.

La persona bajo cuya guarda se encuentra el menor o incapacitado, y que podrá ser, bien la entidad pública, bien el guardador de hecho.

El Ministerio Fiscal.

El Juez competente por razón del territorio.

En cuanto a la constitución de la tutela, diremos a efectos prácticos, que la Sentencia de incapacitación no puede constituir, de oficio, la tutela ni nombrar tutor. La sentencia de incapacitación es Sentencia constitutiva que, cuando en el demandado concurre una de las causas que prevé el Código Civil, le constituye en el estado civil de incapacitado y debe marcar el alcance de la incapacitación, de acuerdo con lo establecido en el art. 210 CC.

La constitución de la tutela en expediente de jurisdicción voluntaria, y el nombramiento de tutor, procede una vez firme la Sentencia de incapacitación.

En consecuencia, no cabe en una misma resolución, la Sentencia, constituir la incapacitación y constituir la tutela, nombrando la persona del tutor (STS 27 de enero de 1998).

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2001 considera que no se puede constituir el organismo tutelar en la misma Sentencia de incapacitación si no se ha solicitado, pero deberá iniciarse de oficio, con deducción de testimonio.

Señalar, por último, que no es infrecuente el supuesto de que, por ejemplo, una madre, por marcharse a trabajar a otra población, o por cualquier otra causa similar, encomiende sus hijos al cuidado de su hermano o sus padres. La cuestión que ante un caso de este tipo se plantea, es si ,por ejemplo, el hermano de la madre (y tío de los menores) está legitimado para interponer demanda de constitución de la tutela de los menores. Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en casos de este tipo, y así, la Audiencia Provincial de Barcelona ha manifestado al respecto que, tales menores se hallan sometidos a la potestad de su madre, por lo que no cabe constituir la tutela solicitada sin habersele privado a la madre de la patria potestad, que, obviamente ostente, al tratarse ésta de una función inexcusable respecto de los hijos menores no emancipados, y cuya potestad parental no puede ser delegada ni deferida fuera de los cauces legales, sin poder olvidar y desconocer, de una parte, que el poder otorgado por la madre a su hermano y tío de los menores es simplemente un poder especial de representación, sin que implique renuncia alguna a la potestad de aquélla, y, de otra, que no existe una situación de desamparo de tales menores, sino una simple guarda de hecho por parte de su tío. En resumen, no puede constituirse la tutela de los menores a favor de los tíos (abuelos, etc.) cuando la madre no está privada de la patria potestad y estos no se encuentran declarados en desamparo (SAP Barcelona 8 de noviembre de 1999).

Ejercicio de la tutela, obligaciones, atribuciones y derechos del tutor; actos prohibidos del mismo.

En el ejercicio de la tutela, el Juez controla aquellos aspectos del tutelado que son más trascendentes, concediendo o no la



autorización. Por su parte, el Fiscal vigilara el ejercicio de la tutela y podrá exigir al tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.

Las obligaciones que pesan sobre el tutor son las siguientes:

Prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, si bien el juez puede modificar la prestada o dejarla sin efecto.

Formar inventario de los bienes del tutelado.

Constituir depósito con el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios que a juicio de la autoridad judicial no deban quedar en poder del tutor.

Como atribuciones del tutor, podemos destacar las siguientes:

Representar al menor o incapacitado.

Velar por el tutelado. (Este es en realidad el deber esencial del tutor)

Recabar autorización judicial previa para realizar una serie de actos: por ejemplo, enajenar bienes inmuebles.

En relación con las facultades del tutor, y por su relación con los negocios jurídicos de Derecho de familia, destacar que el TS, en Sentencia de 27 de febrero de 1999, ha declarado que las acciones

civiles de separación o divorcio, dado que estos actos implican un cambio en el estado civil de las personas, sólo pueden ser consecuencia de un acto de voluntad del propio cónyuge, aunque esté sometido a tutela. Por tanto, el tutor no podrá ejercitar estas acciones, aunque en la práctica se haga en ocasiones, invocando que la no autorización del tutor para su ejercicio supondría una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el art. 32.1 en relación con el 14 de la Constitución.

Asimismo, es importante destacar que, en los supuestos en que se designa tutor testamentario, éste debe constituir la tutela para ostentar la representación legal del menor, pues, en otro caso, tan sólo ostentará, como mucho la guarda y custodia de hecho del menor. Esto es importante a efectos prácticos, pues no es infrecuente que el tutor testamentario deje de constituir la tutela, siendo, en tal caso, un simple guardador de hecho, con las consecuencias que ello tiene a la hora de representar al menor en los procedimientos en que pueda estar interesado. Así, se ha dado el supuesto de que el tutor testamentario no ha constituido la tutela y, en consecuencia, no se le ha considerado parte interesada en los expedientes tramitados ante el Registro Civil, a instancias, por ejemplo, del padre biológico para el reconocimiento de la filiación extramatrimonial (vid. STS 9 de octubre de 1997).

Los principales derechos que nuestra legislación reconoce al tutor son los siguientes:

Exigir respeto y obediencia al pupilo.

Percibir una retribución que deberá fijar el Juez en atención al trabajo realizado y el valor y rentabilidad de los bienes, procurando que no baje del 4 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes.

Percibir una indemnización por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio del cargo.

Por último, señalar que el tutor tiene prohibido:

Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.

Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga por cuenta de un tercero o haya conflicto de intereses.

Adquirir a título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

### Extinción

Las causas de extinción de la tutela las tenemos reguladas en los artículos 276 y 277 del Código Civil, siendo las siguientes:

Cuando el menor de edad cumple los 18 años, a no ser que con anterioridad haya sido judicialmente incapacitado.

Por la adopción del tutelado menor de edad.

Por fallecimiento del tutelado.

Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

Cuando habiéndose originado la tutela por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la Sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituya la tutela por la curatela.

#### 4. Otras instituciones de Protección de Menores

##### 4. 1. Curatela

###### Concepto

La curatela es un cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, complementando la capacidad del mismo que no la tiene plena. Por tanto, el curador ni suple ni representa, ni cuida al sometido a ella, sino que sólo complementa su capacidad en aquellos actos que no puede realizar por sí mismo.

Como toda institución tutelar, la curatela está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 CC).

Personas sometidas a curatela

Según el art. 286 CC, estarán sometidos a curatela:

Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.

Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad ( a este respecto dice el art. 321 CC: también podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de 16 años que lo solicitare)

Los declarados pródigos. Según nuestro TS, el pródigo queda sujeto a la curatela y no es un incapacitado total sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad (“asistencia”, “intervención”, “consentimiento” según terminología del código) que le otorga el curador: la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos, y tales actos son los que haya determinado la Sentencia (STS 23 de diciembre de 1997).

Señalar, finalmente, que también estarán sujetos a curatela los incapacitados cuya sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique los coloque bajo esta forma de protección.

Constitución

La constitución de la curatela es judicial.

En la práctica, a veces, resulta difícil para los Tribunales determinar si la persona en cuestión ha de quedar sujeta a tutela o a curatela, con las evidentes consecuencias que ello tiene. El Juez, a la hora de tomar esta decisión, se basa principalmente (es más, no suele existir ningún otro dato o prueba) en el informe médico que determinará el tipo de trastorno que afecta al individuo y cómo le afecta. Los supuestos más complicados son aquellos en los que no procede la incapacitación respecto de la persona, pero sí respecto a su patrimonio, planteándose entonces la cuestión de si procede la tutela o la curatela. La doctrina que se debe aplicar en tales casos, es entender que procede la tutela si la inidoneidad para gestionar el patrimonio es total, mientras que si sólo es parcial (en el sentido de que no pueden dejarse a su libre arbitrio los actos más importantes de su patrimonio, y que son, evidentemente, los actos de disposición), procederá la constitución de la curatela de manera que conserve su iniciativa pero precisando los actos que precisarán del complemento que le dará el curador (STS 16 de septiembre de 1999).

### Ejercicio

El curador complementa la capacidad del sometido a ella, en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar por sí solo, mediante la intervención, asistencia o autorización.

El acto realizado por el sometido a curatela sin la intervención del curador, no será nulo sino anulable.

La invalidez de tales actos, hechos sin la autorización o intervención o consentimiento, es decir, sin el complemento de capacidad del curador, viene determinada por lo dispuesto en el art. 293 CC, en el sentido de que son anulables. Distinto es el caso del negocio de disposición a título gratuito a favor del curador, que cae bajo el imperio de la norma prohibitiva del art. 221, n.º 1.º CC, referido a todo cargo tutelar, que es de nulidad absoluta ipso iure, como establece el art. 6.3 del CC (STS 23 de diciembre de 1997).

### Extinción

Se producirá la extinción de la curatela cuando desaparezca la causa que dio lugar a la misma.

### 4. 2. Tutela de Hecho

La regulación de la tutela de hecho, aunque no era desconocida por nuestra legislación, es otra de las novedades introducidas por la Ley de 24 de octubre de 1983.

La tutela de hecho es aquella situación en la que una persona, sin nombramiento alguno, se encarga de la guarda de un menor no sometido a patria potestad o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación igualmente sin patria potestad.

El Código Civil dedica a la tutela de hecho los arts. 303, 304 y 306.

La situación de tutela o guarda de hecho puede dar lugar a que la autoridad judicial solicite informes al guardador sobre la situación

personal y de los bienes del menor o presunto incapaz y sobre la actuación en relación con los mismos, e imponer medidas de control y vigilancia.

Destaca, por tanto, que la actuación es a posteriori, pero no regula la situación hacia el futuro, pese a lo cual, la doctrina considera que el guardador deberá actuar con buena fe y con la diligencia de un buen padre de familia.

#### 4. 3. El Defensor Judicial

El defensor judicial no es un órgano de vigilancia de la patria potestad, sino que con carácter transitorio representa al sometido a ella, por tanto, mientras dure el conflicto y en relación con algún asunto concreto y específico.

Esta figura se regula en el art. 163 CC, a tenor del cual, siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro, por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

Para la práctica procesal, es importante retener que el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al



designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el Auto judicial de nombramiento (STS 10 de marzo de 1994).

Asimismo, hay que destacar que, en aquellos casos en que el esposo impugna la paternidad del hijo de su esposa, cuando presenta la demanda contra la esposa, es importante que exista defensor del hijo no emancipado, pues la consecuencia fundamental que deriva de la no existencia del mismo es la declaración de nulidad de las actuaciones. Así, el TS, en Sentencia de 5 de junio de 1997 ha declarado que se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del art. 39, de que el valor superior y prevalente y, por tanto, proyectable en los hijos, es que, a toda costa, se facilite la investigación de la paternidad, esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”, y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie, amén de que en la actuación procesal de esa madre no pueda eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc., que aunque sumergidos, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación; en definitiva, no cabe sino exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico procesal, el Tribunal

de oficio, decreta la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado.

#### 4. 4. La llamada Tutela Automática

Con el nombre de tutela automática nos estamos refiriendo a la de los menores desamparados que el artículo 172 del Código Civil (redactado por la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor) encarga a las entidades publicas de protección de menores, que asumen ex lege automáticamente, sin nombramiento previo.

El artículo 239 CC dispone que la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.

Este último precepto dice en su apartado 1 que la entidad pública a la que, en su respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo, y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificándolo en legal forma a los padres, tutores o guardadores en el plazo de 48 horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, si bien, no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Por último, indicar que incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela (art. 174).

#### 4. 5. Guarda

Cuando los padres o tutores por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

De la entrega de la guarda se dejará constancia por escrito, haciéndose constar que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquellos y al Ministerio Fiscal.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores (voluntaria) o como función de la tutela por ministerio de la ley (forzosa) se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que el acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

Se buscará siempre el interés del menor, y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor o la persona o personas a quien se hubiere confiado su guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta. (art. 172, apartados 2, 3, 4 y 5 CC).

Finalmente, señalar que incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la guarda (art. 174 CC).

A efectos procesales prácticos, cabe decir que en los procesos sobre guarda y custodia de hijos menores (también sobre alimentos en

nombre de éstos), el Tribunal competente es el Juzgado de Primero Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. Para el supuesto de que éstos residan en distintos partidos judiciales, será Tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

Ahora bien, ¿qué fuero es aplicable en los procesos sobre guarda y custodia cuando los progenitores residen en el mismo partido judicial, pero siendo éste distinto de aquél en que radicaba el último domicilio común? En este caso, y atendiendo a que se debe facilitar el acceso de los ciudadanos a la Administración de Justicia, no resultaría muy lógico aplicar el fuero del último domicilio en el que convivieron, aunque así se desprenda de la L.E.C. 1/2000. Pero si por domicilio común entendemos no ya el último en que convivieron, sino el domicilio procesal coincidente en el momento de presentarse la demanda, se aplicará la norma principal y podrá presentarse en los Juzgados del partido donde ambos residan en el momento de hacerlo.

#### 4. 6. Acogimiento

##### Concepto

El acogimiento, es definido por la doctrina científica como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de los menores que se encuentren privados (aunque sea circunstancialmente) de una adecuada atención familiar.

##### Clases de acogimiento

El artículo 173 bis se refiere a las distintas modalidades del acogimiento familiar por su finalidad. Así, distingue:

Acogimiento familiar Simple.

Tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección más estable.

Acogimiento familiar permanente.

Cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, y así lo informen los servicios de atención al menor

Acogimiento familiar preadoptivo.

Se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informado por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, y cuando fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, antes de la propuesta de adopción.

Procedimiento

De carácter administrativo.

Según el artículo 173.2 CC, el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviere 12 años cumplidos.

Cuando fuesen conocidos los padres que no estuvieren privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento provisional a que hace referencia el apartado 3 de este artículo.

De carácter judicial.

Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial

La entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de 15 días (art. 173.3 CC).

Tendrá preferencia el acogimiento en el seno de la familia natural extensa pues el principio de prioridad de la propia familia es sancionado en el ámbito incluso del Derecho internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales (Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, art. 3) y que tiene su reflejo en el art. 172.4 CC (AAP Barcelona 14 de octubre de 1998).

En relación con la prioridad del acogimiento en el seno de la familia natural, no es infrecuente que se otorgue el acogimiento a favor de un familiar antes que a un padre. Así, en un caso en el que un menor, ante la situación de grave enfermedad de su madre (quedando en situación de desamparo) es dado en acogimiento por la administración a favor de su tío materno, la AP de Barcelona, en un Auto de 4 de diciembre de 1998, optó por el mantenimiento del acogimiento por el núcleo familiar del tío materno del menor y la no entrega del mismo a su padre biológico, debido a que el padre tenía desatendidos desde hacía un tiempo, tanto al menor como a su madre; es decir, la repentina aparición del padre biológico no puede justificar un cambio en las medidas adoptadas por la administración en interés del menor. La solución adoptada por la Audiencia hay que estimarla lógica y acorde a los principios que rigen en esta materia, pues por encima de todo está el interés superior del menor.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que en principio, tendrá preferencia el acogimiento en el seno de la familia natural extensa, ello no quiere decir que necesariamente el acogimiento tenga que llevarse a cabo en el ámbito familiar, pues puede suceder (y en la práctica sucede con mayor frecuencia de la que cabría esperar) que realidad nunca hayan tenido un hogar con



sus padres biológicos y que la citada familia extensa no se muestre dispuesta a acoger al menor. En tales casos, lo mejor para el menor es que permanezca con otra familia que lo acoja integrándolo en su núcleo familiar de un modo que sea psicológica y pedagógicamente beneficioso para el menor.

### Efectos

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia del acogimiento, ya tal fin (igual que sucede con la guarda y tutela) la entidad pública le dará noticia inmediata de los ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución y cesación de tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Fiscal, semestralmente deberá comprobar la situación del menor y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. De todos modos, la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y deberá comunicar al Fiscal las anomalías que observe (art. 174 CC).

### Extinción

El acogimiento del menor cesara:

Por decisión judicial.

Por decisión de las personas que lo tienen acogido previa comunicación de éstas a la entidad pública.

A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.

Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores.

Debe tenerse en cuenta, por último, que será necesaria resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez (art. 173.4 CC).

Jesús Morant Vidal.

Juez sustituto y Profesor asociado del I.V.A.S.P.